

CAPÍTULO PRIMERO	
EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	33
I. La libertad de expresión como derecho individual	37
1. Su condición de límite del poder estatal	38
2. Su condición de derecho preferente	42
II. El desarrollo personal	44
III. La búsqueda de la verdad y la expansión del conocimiento .	48
1. El libre mercado de las ideas	51
2. Las consecuencias que derivan de esta tesis	55
3. La desviación de la tesis original: el derecho a la infor- mación veraz	60
IV. La libertad de expresión como herramienta del proceso po- lítico	70
1. Su condición de componente de la democracia	71
2. Su función constitucional y la teoría de la válvula de es- cape	77
3. Sus efectos sobre el bienestar general	84
4. Las limitaciones inherentes a esta tesis	86
V. La síntesis de diversas funciones	87

CAPÍTULO PRIMERO

EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los tiempos son peligrosos, y el mundo se vuelve quisquilloso y receloso de la libertad de expresión.

John CHAMBERLAIN, en carta dirigida a sir Dudley Carleton, febrero de 1622.

La idea expresada por James F. Stephen, en el sentido de que la libertad es como el fuego, por lo 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,⁸⁶ al aplicarla a la libertad de expresión, lleva a preguntarse por qué hay que protegerla, y a indagar qué es lo que hay de especial en ella. Porque, aunque la libertad de expresión sea generalmente aceptada, encontrándose incorporada no sólo en instrumentos internacionales ampliamente ratificados sino también en las Constituciones nacionales de los Estados, no hay el mismo grado de consenso en cuanto a las razones que justifican su especial protección, ya sea que, en función de la utilidad de la misma, se le aborde como un derecho individual o como un interés colectivo; es decir, que se le atribuya un valor intrínseco o un valor instrumental; que se le considere como un fin en sí misma, o como un medio para otros fines. Si es lo primero, ella podría ser vista desde la perspectiva de cualquiera de las teorías que han intentado ofrecer una base de sustentación a los derechos humanos en su conjunto;⁸⁷ pero, aun

⁸⁶ Cfr. *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, p. 90, citado por Schauer, Frederick, "The First Amendment as Ideology", en Allen, David S. y Jensen, Robert (comps.), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, Nueva York University Press, 1995, p. 28.

⁸⁷ En particular, el iusnaturalismo, el positivismo jurídico, y el modelo de justicia social.

así, más allá de esos modelos teóricos, todavía sería necesario precisar por qué la libertad de expresión es un derecho humano, y qué es lo que justifica la garantía y protección de la misma. Si es lo segundo, ella deberá examinarse a partir de los beneficios que pueda generar para la sociedad.

Definir los límites de la libertad de expresión inevitablemente pasa por dilucidar qué es lo que hace que este derecho deba gozar de la protección del Estado, pudiendo llegar a tener una posición preferente frente a otros derechos. Si bien la libertad de expresión surge como una afirmación de lo único y singular, ella desemboca inevitablemente en el reconocimiento de los demás, porque su libertad es una condición necesaria de la mía; a fin de cuentas, lo que sirve de fundamento de mi propia libertad es el reconocimiento del otro. Pero no se puede ignorar que no ha habido absoluto consenso en torno a la necesidad de proteger la libertad de expresión. En tal sentido, conviene recordar el pensamiento de Lenin, preguntándose: “¿Por qué debería permitirse la libertad de expresión y de prensa? ¿Por qué un gobierno que está haciendo lo que cree correcto debería permitir que lo critiquen? No permitiría la oposición con armas letales; pero las ideas son cosas más letales que las armas”.⁸⁸

En este mismo sentido, en una temprana etapa en la maduración de su pensamiento jurídico, cuando sus ideas no se inclinaban precisamente a favor de la libertad de expresión, Oliver Wendell Holmes señalaba que la persecución de las ideas le parecía perfectamente lógica, pues si una persona con poder no tiene ninguna duda en cuanto a sus propósitos, y con todo su corazón desea obtener un determinado resultado, naturalmente hará que los términos de la ley expresen sus deseos, a fin de barrer con toda oposición.⁸⁹

Desde luego, el fundamento de la libertad de expresión no se puede buscar en el campo del derecho; tal explicación es metajurídica, y para encontrarla debemos recurrir al auxilio de la filosofía y de la política, que son las ciencias que principalmente podremos orientarnos en cuanto al por qué es necesario asegurar y respetar la libertad de expresión. Como quiera que sea, al examinar cuál es el fundamento de la libertad de expresión, podemos encontrar que se han esbozado diversas teorías que in-

⁸⁸ Citado por Lee, Simon, en *The Cost of free Speech*, Londres-Boston, Faber and Faber, 1990, p. 21.

⁸⁹ *Cfr.* su opinión disidente en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

tentan responder a esta interrogante. En primer lugar, se puede asumir que la libertad de expresión constituye un fin en sí misma, y que por lo tanto no tiene que servir a ningún propósito específico. En oposición a la filosofía utilitarista, que busca atribuir alguna función a la libertad de expresión, ésta también puede ser vista simplemente como un derecho, que no está llamado a cumplir ningún papel distinto al que deriva de su consagración como tal. No obstante, esta teoría conduce a una concepción demasiado rígida y “absolutista” de la libertad de expresión, que rechaza cualquier posible restricción. Además, enfatizar su condición de derecho individual no logra explicar por qué el derecho del orador debe tener prioridad sobre los derechos o intereses de la audiencia, o por qué este derecho individual, que tiene la dimensión de un derecho humano, debe hacerse extensivo a aquellas instituciones y organizaciones que también se benefician de la libertad de expresión.⁹⁰

Pero, en general, se ha asumido que la libertad de expresión es un bien instrumental, y que el ejercicio de la misma cumple una función social. Entre estas últimas teorías merecen mencionarse especialmente tres, que parecen constituir una adecuada síntesis de todas las demás. En primer lugar, aquella que percibe a la libertad de expresión como un instrumento útil para el descubrimiento de la verdad; en segundo lugar, aquella que ve en la libertad de expresión un aspecto más del desarrollo y la realización personal, la cual está estrechamente asociada con la tesis que entiende a la libertad de expresión como un valor en sí misma, y, por último, aquella que concibe a la libertad de expresión como un derecho puramente político, cuya relevancia radica en su utilidad como herramienta para la participación ciudadana en el proceso político y en el fortalecimiento de la democracia.

La sola circunstancia de preguntar por qué debe respetarse la libertad de expresión parece asumir un enfoque utilitario o funcionalista, que entiende que —a partir del valor que tiene la comunicación en la vida de la sociedad, esta libertad debe cumplir una determinada función dentro de la estructura social, y que, por lo tanto, su ejercicio está subordinado a maximizar el bienestar general—. En este sentido, aunque refiriéndose a derechos “naturales”, y no a derechos que son el resultado de su consagración por las instituciones del Estado que tienen la misión de producir

⁹⁰ *Cfr.*, en este sentido, Fiss, Owen M., en *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts-Londres, 1996, p. 3.

normas jurídicas, Jeremías Bentham se reveló frente a la sola idea de derechos inalienables e imprescriptibles, que no atendían a ningún fin útil, ya que, en su opinión, asumir la existencia de derechos de este tipo era una insensatez (*nonsense upon stilts*).⁹¹ También Edmund Burke, que tenía dificultades para entender algo distinto a los derechos históricos, propios del proceso de formación del derecho en Inglaterra, en sus *Reflexiones sobre la revolución en Francia* sostenía que “los pretendidos derechos de estos teorizantes son todos absolutos y, en la medida en que son metafísicamente verdaderos, son moral y políticamente falsos”.⁹² Actualmente, la consagración de la libertad de expresión en numerosos instrumentos internacionales le ha conferido un evidente carácter positivo, y ha restado importancia al debate sobre su supuesto origen ius naturalista; pero lo que esta circunstancia no ha resuelto es el debate iniciado por los filósofos del utilitarismo en cuanto al propósito al que sirve la libertad de expresión. Sin pretender tomar partido en esta controversia, puede decirse que el enfoque funcionalista también sirve para exponer algunas de las razones que han conducido a elevar la libertad de expresión a la categoría de derecho, y a dotarla de contenido ético.

Probablemente, todas estas inquietudes y vacilaciones que se reflejan en la doctrina y en la jurisprudencia derivan de la complejidad de la libertad de expresión como tal, y de las múltiples facetas que ella presenta. En este sentido —suponiendo que la libertad de expresión cumple una función diferente a la de los otros derechos y libertades—, identificar el fundamento mismo de la libertad de expresión, y tratar de precisar por qué es necesario protegerla y ser tolerante con ideas que no compartimos —y que pueden socavar la autoridad del Estado o de la religión dominante— es, sin lugar a dudas, la primera interrogante que llama poderosamente nuestra atención; de la respuesta que ella reciba depende tanto el contenido de la libertad de expresión como el régimen jurídico que le es aplicable en caso de conflicto con otros derechos o intereses.

En los párrafos que siguen intentaremos examinar algunas de las respuestas que la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido a la pregunta de

⁹¹ Cfr. *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued During the French Revolution*, reproducido en Waldron, Jeremy (comp.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Londres y Nueva York, Methuen, 1987, pp. 46 y ss.

⁹² *Reflections on the Revolution on France*, 1790, Oxford L. G. Mitchell, 1993, p. 62.

Lenin, así como explorar las dificultades que cada una de ellas pueda plantear.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO INDIVIDUAL

¿... es la libertad de expresión en parte también un fin en sí misma? ¿Es una manifestación del tipo de sociedad que queremos y del tipo de personas que deseamos ser?

Laurence TRIBE, en *American Constitutional Law*

No cabe duda que la libertad de expresión es parte de la libertad individual. En tal sentido, en una primera aproximación, cabe preguntarse por el valor de la libertad de expresión para el que hace uso de la misma. De acuerdo con Alexis de Tocqueville, la idea de los derechos no es otra cosa que la idea de la virtud introducida en el mundo político;⁹³ es gracias al progreso moral e intelectual de la humanidad como hemos conquistado esos derechos. Por eso, para Benjamín Constant lo que caracteriza la libertad de los modernos es la libertad individual, que encuentra su garantía en la libertad política,⁹⁴ y no a la inversa. En tal sentido, uno de los significados que Erich Fromm atribuye a la libertad es que, mediante ella, el hombre moderno se ha liberado de las autoridades tradicionales y ha llegado a ser un individuo. En su opinión, la victoria de la libertad es posible solamente si la democracia permite construir una sociedad en que el individuo, su desarrollo y su felicidad constituyan el fin y el propósito de su cultura; una sociedad en que la vida no necesite justificarse por el éxito o por cualquier otra consideración, y en la que el

⁹³ Cfr. *La democracia en América*, título original, *De la démocratie en Amérique*, 1835, traducción de Lius R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 246 y ss.

⁹⁴ Cfr. “De la liberté des anciens comparée a celle des modernes”, discurso pronunciado en el Athénée Royal, de París, en 1819, reproducido en *Political Writings*, traducción y recopilación de Biancamaria Fontana, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 323.

individuo no se vea subordinado ni sea objeto de manipulaciones por parte de ningún otro poder exterior a él mismo.⁹⁵

Pero aunque en el derecho interno de los Estados —como reflejo de las concepciones utilitaristas de Jeremías Bentham— se pueda haber consagrado la libertad de expresión teniendo en mente el logro de fines ulteriores, ése no es el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuyas disposiciones deben ser interpretadas en el contexto de esos tratados, y tomando en consideración la idea subyacente en todos ellos, que es el respeto de la dignidad individual. Por consiguiente, es allí donde esta teoría tiene un respaldo más sólido.

La tesis que comentamos no explica suficientemente por qué la expresión o la comunicación tienen derecho a una mayor protección que otras actividades, o incluso que otros derechos que no forman parte del catálogo de derechos humanos, o que no tienen rango constitucional. Pero, en todo caso, esta teoría no impide atribuirle a la libertad de expresión dos efectos muy claros: a) la circunstancia de que ella erige una barrera frente a la autoridad del Estado, y b) la circunstancia de que la libertad de expresión no es un derecho cualquiera y que, desde un punto de vista ético y político, se sitúa en un nivel superior al de otros derechos.

1. *Su condición de límite del poder estatal*

Una primera tesis sobre el fundamento de la libertad de expresión, con profundas raíces históricas y políticas, e íntimamente asociada a la visión que el liberalismo del siglo XIX tiene del Estado, parte de la premisa de que la libertad de expresión es un derecho individual, derivado de la naturaleza misma, que ha sido retenido por los individuos al momento de constituir el Estado, que, como tal, constituye una barrera al ejercicio del poder estatal y que, al mismo tiempo, es objeto de éste. No se trata ya de las “franquicias”, “privilegios”, o de los “fueros” concedidos excepcionalmente por el poder, y que formaron parte del modelo clásico hasta fines del siglo XVIII, sino de un derecho individual que debe servir de marco a la actividad del Estado. Es por ello que, según Lawrence Tribe, ninguna concepción adecuada de la libertad de expresión puede desarro-

⁹⁵ Cfr. Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, título original, *Escape from Freedom*, 1941, traducción de Gino Germani, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1980, pp. 296 y ss.

llarse a partir de la idea de que ésta cumple una función puramente instrumental.⁹⁶

Entre los textos de mayor trascendencia histórica que proclaman la libertad de expresión y que asumen esta tesis debe mencionarse la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia,⁹⁷ que sostiene que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos “innatos”, de los cuales no se les puede despojar por ningún acto del Estado, y entre esos derechos reconoce la libertad de prensa como uno de los grandes baluartes de la libertad, que no puede ser restringida jamás. Pero, sin duda, en la historia de la libertad, uno de los instrumentos jurídicos más relevantes es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,⁹⁸ adoptada en el curso de la Revolución francesa, y que pretende “reconocer” y servir de recordatorio de lo que considera “derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”, entre los cuales incluye la libertad de expresión. La Declaración francesa despertó una fascinación universal que aún conserva, y que no ha sido igualada por ningún otro acontecimiento político; su originalidad radica precisamente en haber formulado una doctrina sistemática de los derechos del individuo frente al Estado, y en haber concebido a éste como un marco político para la convivencia en libertad.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, que tradicionalmente ha sostenido un enfoque utilitarista, ocasionalmente ha señalado que la garantía constitucional de la libertad de expresión deriva de la convicción de que ninguna otra actitud sería coherente con el principio de la dignidad y de la libertad de elección de cada individuo, sobre el cual reposa el sistema político estadounidense.⁹⁹ Además, en el caso de los papeles del Pentágono, este mismo tribunal subrayó que la libertad de expresión, en cuanto derecho individual, sirve de frontera infranqueable al ejercicio del poder estatal. En efecto, en el caso antes citado, el juez Black recordó que cuando, en 1789, se adoptó la Constitución de los Estados Unidos, mucha gente se opuso a ese documento porque no contenía una carta de

⁹⁶ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 785.

⁹⁷ Aprobada el 12 de junio de 1776 e incorporada en la Constitución del Estado de Virginia.

⁹⁸ Aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789.

⁹⁹ Cfr. *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

derechos que garantizara las libertades fundamentales de los individuos, y temían que los poderes conferidos al gobierno central pudieran interpretarse en el sentido de permitirle que coartara, *inter alia*, precisamente la libertad de expresión; de manera que fue en respuesta a esa inquietud que, a proposición de James Madison, en 1791 se adoptaron una serie de enmiendas para garantizar que estas libertades, incluida la libertad de expresión, permanecerían fuera del alcance del poder estatal.¹⁰⁰ Según el juez Black, estas enmiendas cambiaron la Constitución original, sustituyéndola por un nuevo documento en el que se restringen los poderes del Estado y se impide que cualquiera de sus órganos pueda coartar la libertad de expresión.¹⁰¹

En cuanto a su fundamento actual, no obstante los numerosos instrumentos internacionales que la consagran, y que le confieren un firme sustento en el derecho positivo, aún hoy en día es posible concebir una fuerte carga iusnaturalista en la percepción que se tiene de la libertad de expresión; en tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho inalienable, inherente a todas las personas, y que no es una concesión de los Estados.¹⁰² Por nuestra parte, nos inclinamos por sostener que la libertad de expresión es un derecho en cuanto, como parte del proceso político, ha sido conquistado por el individuo, y en cuanto ha sido consagrado en textos de derecho positivo que señalan precisamente los límites de esta libertad, al igual que las restricciones que ella supone para el Estado en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, sin atribuirle un carácter iusnaturalista, la Corte Europea de Derechos Humanos ha subrayado que la libertad de expresión es una condición básica para la plena realización de cada individuo.¹⁰³

Sin perjuicio de que la libertad de expresión adquiere sentido sólo en un contexto social, pues se trata de una experiencia compartida que supone un proceso de interacción, ésta es una de las libertades públicas que

¹⁰⁰ Cfr. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁰¹ Cfr., *idem*.

¹⁰² Cfr. la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, penúltimo párrafo del preámbulo y párrafo 1 de la parte declarativa.

¹⁰³ Cfr., por ejemplo, Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 52.

los individuos se han reservado frente al Estado y que en el liberalismo clásico se impone por encima del Estado y de la sociedad. Pero la idea central detrás de esta teoría —al igual que en el caso de los otros derechos y libertades fundamentales— es el respeto a la dignidad individual. Referirse a la libertad de expresión como un derecho individual no significa necesariamente que éste tenga prioridad sobre otros derechos u otros intereses dignos de protección, pero enfatiza su importancia en las relaciones entre el Estado y el individuo, y sirve para delimitar las competencias del primero.

En el marco de un enfoque deontológico, se parte de la premisa de que los derechos individuales ponen un límite al poder estatal, y que es como tales que deben respetarse, sin que ningún objetivo social pueda frustrar su ejercicio;¹⁰⁴ se trata de lo que para Kant hubiera sido un imperativo categórico, que obliga a respetar esos derechos en cuanto tales, no porque ellos sirvan a un determinado fin social, y que imponen restricciones en cuanto a lo que razonablemente puede entenderse como parte del bienestar general, o de los medios para alcanzarlo. En consecuencia, no es extraño que, desarrollando esta teoría, algunos filósofos hayan identificado la libertad de expresión como un derecho natural y, por lo tanto, inherente a la persona; esta circunstancia, si bien no le confiere carácter legal ni hace que obligatoriamente deba ser observada y acatada por los Estados, es uno de los factores que ha servido de inspiración para consagrarla como parte del derecho positivo. En tal sentido, en el pensamiento de Ronald Dworkin este derecho aparece íntegramente vinculado con conceptos fundamentales de dignidad humana y con el derecho de toda persona a igual respeto y consideración.¹⁰⁵ En la medida en que el derecho a la libertad de expresión está estrechamente ligado al respeto por la dignidad individual, no tendría que cumplir ninguna otra finalidad específica; para Chomsky y Herman, se trata de un bien en sí mismo que,

¹⁰⁴ Cfr., por ejemplo, Scanlon, Thomas, “A Theory of Freedom of Expression”, en *The Philosophy of Law*, editado por R. M. Dworkin, Oxford, 1977, pp. 153 y ss.; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 371 pp.; Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 607 pp., y Tucker, D. F. B., *Law, Liberalism and Free Speech*, Totowa, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld, 1985, 212 pp.

¹⁰⁵ Cfr. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 266-278.

por lo tanto, no debe defenderse en términos instrumentales, o en virtud de su contribución a algún bien superior.¹⁰⁶

2. *Su condición de derecho preferente*

Sin proponérselo, esta teoría ha conducido a considerar la libertad de expresión como un derecho preferente y, paradójicamente, como un derecho que sirve de garantía para la realización de otros derechos y libertades. Pero es importante subrayar que esta circunstancia se ha visto reforzada por esa combinación de funciones que se le atribuye a la libertad de expresión respecto de la sociedad como un todo, y que son comentadas en las secciones siguientes de este capítulo.

La libertad de expresión, consagrada como parte del derecho positivo y no como una mera pretensión —desprovista de sustento legal— basada en las concepciones filosóficas del iusnaturalismo, hoy se encuentra firmemente establecida en el derecho internacional, y no es un derecho cualquiera. Ella 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. Es en torno a la libertad de expresión que se articulan y adquieren sentido otros derechos civiles, tales como la libertad de conciencia y religión, el derecho de reunión, o la libertad de asociación. 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. En todo caso, hay que advertir que su atributo de derecho fundamental no es el resultado de disposiciones jurídicas que así la califiquen, sino de su importancia política y de su relevancia como medio para el ejercicio de los otros derechos; en realidad, desde el punto de vista estrictamente normativo, son otros los derechos que, ya sea por su carácter absoluto¹⁰⁷ o por tratarse de dere-

¹⁰⁶ *Cfr.* Chomsky, Noam y Edward, Herman, S. *Los guardianes de la libertad*, Barcelona, Crítica, 2000, p. 341.

¹⁰⁷ Es decir, derechos que, como la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, o la prohibición de leyes penales *ex post facto*, están consagrados de manera

chos intangibles,¹⁰⁸ pueden calificarse como fundamentales. Ciertamente, tampoco queremos sugerir que éticamente la libertad de expresión tenga prioridad sobre otros derechos tan importantes como el derecho a la vida, o sobre la prohibición de la esclavitud; su carácter preferente es el resultado de la función que le corresponde como instrumento vital para la preservación de las libertades públicas. Por consiguiente, es esta relación con otros derechos que la libertad de expresión sí tiene un carácter instrumental.

Llevada a sus lógicas consecuencias, su noción de derecho preferente 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. De manera que no se trata de un derecho que posea una importancia relativa frente a otros bienes jurídicos, sino que, por el contrario, de un derecho que tiene absoluta prioridad respecto de cualquier otra consideración, formando parte de lo que Rawls denomina “la prioridad de la libertad”. Pero no se puede ignorar que este derecho supone una relación de alteridad, en la que hay alguien que transmite un mensaje y otra persona que lo escucha; además, como todos los derechos individuales, la libertad de expresión adquiere sentido en un contexto social, que impone al individuo determinadas obligaciones para con la sociedad, y que la subordina al bienestar general o a la seguridad de todos. Sobre este particular, es importante hacer notar que el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, y que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público, y del bienestar general en una sociedad democrática. Asimismo, en el preámbulo del Pacto

que no admiten excepciones, y que tienen que ser respetados en toda circunstancia. Estos derechos difieren, por ejemplo, del derecho a la vida, que es un derecho calificado, y que, entre otras cosas, admite la pena de muerte como una excepción.

¹⁰⁸ Es decir, aquellos derechos que no pueden suspenderse ni aun en circunstancias extraordinarias, y que se encuentran señalados en los artículos 4, núm. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 27, núm. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entre estos derechos figuran el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud, y la prohibición de leyes penales *ex post facto*.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se afirma que el individuo tiene deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece. En el mismo sentido, el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos también subraya que este derecho entraña deberes y responsabilidades especiales, y el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recuerda que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. En consecuencia, asumir esta tesis no significa necesariamente asumir un enfoque individualista a ultranza, sino que, muy por el contrario, implica comprender que la libertad de expresión, en cuanto derecho individual, está inserta en ese contexto social en el cual adquiere sentido, y que, por lo tanto, tiene limitaciones inherentes a las necesidades propias del bienestar general.

II. EL DESARROLLO PERSONAL

El afán del hombre por expresarse, que a lo largo de los siglos ha construido sus monumentos, no puede situarse dentro de fronteras pre-establecidas; las creaciones que ayer eran lo detestado y lo obscuro, son los clásicos de hoy.

Matthew TOBRINER, *The Wall Street Journal*, 3 de febrero de 1964.

Entre los postulados que condujeron a la formulación de las primeras declaraciones de derechos, y que orientaron el pensamiento filosófico y político de los siglos XVII y XVIII, figura la idea de que el Estado debe permitir al individuo el completo desarrollo de sus facultades. En esa concepción, a la libertad de expresión le corresponde un lugar destacado, pues mediante ella se promueve la realización personal, sin interferir indebidamente con los legítimos derechos de los demás.

Esta teoría está íntimamente asociada con la tesis anterior, que ve en la libertad de expresión un derecho que debe ser respetado, y que está re-

lacionada con la noción de dignidad humana y con la posibilidad de moldear nuestro propio estilo de vida. En ella se percibe la libertad de expresión como un instrumento para el desarrollo del individuo y para su plena realización personal; porque, en efecto, el derecho a expresar y comunicar a otras personas nuestros pensamientos, ideas o sentimientos, es lo que reafirma la dignidad y el valor de toda persona como miembro de la sociedad, y lo que permite al individuo desarrollar todo su potencial. Cualquier restricción en lo que una persona pueda decir, o en lo que pueda leer, ver, u oír, inhiben el crecimiento de su personalidad, e impiden que se pueda desarrollar intelectual y espiritualmente.¹⁰⁹ La justificación del derecho a la libertad de expresión se encontraría en ese otro derecho subyacente: el derecho al desarrollo personal y a la autorrealización a que ya hicimos referencia, en cuyo marco es posible que florezcan la imaginación y la creatividad individual; es decir, permitir el desarrollo del individuo en el seno de una sociedad en la que esté expuesto al libre flujo de informaciones, opiniones e ideas que estimulen el crecimiento de su personalidad. Hay que convenir en que la recepción de información, así como el intercambio de ideas y opiniones, constituyen un componente vital para el desarrollo de nuestras potencialidades y para una vida autónoma e independiente. Según Badeni, si se restringe la manifestación del pensamiento, no sólo se coarta el desenvolvimiento individual, sino que se entorpece el progreso de la sociedad, que se encuentra inhibida de conocer, aceptar o rechazar la obra creativa de sus autores.¹¹⁰ Lo que no resulta evidente es que la libertad de expresión sea la única forma de lograr el desarrollo personal, y la única forma de obtener que florezcan la imaginación y la creatividad.

En cuanto libertad del espíritu, para algunos autores, la libertad de expresión forma parte de la libertad de pensamiento, constituida por la suma de aquellas libertades particulares —entre las que figurarían la libertad de culto y la libertad de enseñanza— que tienden a una misma finalidad: el mantenimiento de la independencia o autonomía del espíritu de la persona, reflejado en la salvaguardia de la determinación individual en todos los ámbitos de la vida;¹¹¹ en este sentido, Jean Rivero ha defini-

¹⁰⁹ Cfr. Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 14.

¹¹⁰ Cfr. Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 18.

¹¹¹ Cfr. Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 17.

do la libertad de pensamiento como la posibilidad que tiene cada persona de escoger o de elaborar él mismo las respuestas que considera pertinente dar a todas las cuestiones que le plantea la conducción de su vida personal y social, de adecuar su conducta a estas respuestas, y de comunicar a los demás lo que cree verdadero.¹¹²

Aunque comentando la posición de J. S. Mill —quien, como ya señalamos, ponía especial énfasis en la búsqueda de la verdad—, Archibald Cox observa que, a juicio de Mill, el sondeo y averiguación de la verdad tendría un inestimable valor derivado de las lecciones de ese proceso de indagación —tales como la disposición a aprender, el esfuerzo para comprender las mentes, los corazones, y las necesidades de otros hombres, y el esfuerzo para mantener un adecuado equilibrio entre los intereses propios y los intereses de otro—, de manera que esa búsqueda ejemplificaría el único fundamento sobre el cual los hombres podrían vivir y prosperar.¹¹³ Según Mill,

la prohibición de todos los argumentos que no conducen a la pura ortodoxia no perjudica sólo, ni en mayor medida, a los disidentes; los que primeramente sufren sus resultados son los ortodoxos mismos, cuyo desarrollo intelectual se estrecha y cuya razón llega a sentirse dominada por el temor a la herejía. ¿Quién puede calcular todo lo que el mundo pierde en esa multitud de inteligencias vigorosas unidas a caracteres tímidos, que no osan adoptar una manera de pensar valiente, independiente, audaz, por miedo a caer en una conclusión antirreligiosa o inmoral a los ojos de otro?¹¹⁴

En realidad, Mill enlaza hábilmente las ideas que fundan la libertad de expresión en la búsqueda de la verdad con aquellas que la perciben como un instrumento útil para el desarrollo personal; en su opinión,

gana más la verdad con los errores de un hombre que, después de estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones justas de los que las profesan solamente porque no se permiten el lujo de pensar... Allí donde se ha convenido tácitamente que los principios no deben ser discutidos; allí donde la discusión de los grandes problemas que pueden ocupar

¹¹² Cfr. *Les libertés publiques*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1980, p. 130.

¹¹³ Cfr., *Freedom of Expression*, Cambridge y Londres, Harvard University Press, 1981, p. 2.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 95.

a la humanidad se ha considerado como terminada, allí, digo, no debemos esperar que se encuentre en un grado intelectual elevado esa actividad que ha hecho tan brillantes a algunas épocas de la historia.¹¹⁵

Algunos jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos tampoco han sido indiferentes a esta función de la libertad de expresión. En particular, los jueces Marshall, Brennan y Douglas han sostenido que la garantía constitucional de la libertad de expresión sirve no solamente las necesidades de la forma de gobierno, sino también aquellas del espíritu humano, el cual requiere de autoexpresión; en su opinión, tal expresión es parte integrante del desarrollo de las ideas, y del sentido que se tiene de la propia identidad. De manera que suprimir la expresión es rechazar el deseo humano básico por lograr el reconocimiento, y constituye una afrenta al valor y a la dignidad individual.¹¹⁶

En resumen, la libertad de expresión ofrecería múltiples opciones y alternativas para la acción individual, así como una pluralidad de razones para comprender las acciones de otros. Sin embargo, de ser éste el fundamento de la libertad de expresión, ésta no sería un derecho absoluto, puesto que no toda forma de expresión parece contribuir a la realización personal; en este sentido, poco o nada parece aportar al desarrollo del individuo una expresión obscena o injuriosa; en realidad, tales tipos de expresión parecen absolutamente contrarios a la dignidad humana. Por otra parte, a juicio de Eric Barendt, esta teoría sería apta para asegurar la expresión de las ideas u opiniones del orador, pero no sería lo suficientemente coherente como para garantizar, igualmente, el derecho a recibir información.¹¹⁷ Pero, vista la opinión de Mill, no parece del todo cierto que esta teoría no pone suficiente énfasis en la libertad de expresión en cuanto garantía para buscar y recibir información.

Pero como el desarrollo personal no es algo exclusivo de la libertad de expresión, esta teoría no proporciona una justificación para dar un trato diferente a otras actividades que son igualmente gratificantes, y que, sin embargo, no han merecido una protección especial.

Una teoría alternativa, estrechamente ligada con la noción de que la libertad de expresión permite la plena realización del individuo, es la formulada por Thomas Scanlon, en el sentido de que una persona es autó-

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Cfr.* su opinión concurrente en *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

¹¹⁷ *Cfr. Freedom of Speech*, p. 17.

noma si es libre de evaluar por sí misma los argumentos que otras personas puedan poner ante ella en pro de uno u otro curso de acción; en consecuencia, sostiene Scanlon, el gobierno no puede suprimir ningún tipo de expresión con el argumento de que la audiencia pueda formarse creencias perniciosas, o que pueda realizar actos dañinos o perjudiciales como resultado de esas creencias; a su juicio, el individuo tiene derecho a conocer otras opiniones y a considerar actuar en función de tales opiniones, incluso si este proceso puede resultar lesivo para la sociedad. Aunque él admite que el Estado puede regular la libertad de expresión, su preocupación fundamental tiene que ver con la legitimidad de las razones que puede esgrimir el gobierno para restringir este derecho en situaciones concretas.¹¹⁸ Una de las críticas que se puede formular a esta variante de la teoría que comentamos es que pone demasiado énfasis en los derechos de la audiencia (quien podrá ponderar las opiniones o informaciones recibidas) en desmedro de los derechos del orador, quien sólo sería un medio de conocimiento para la audiencia.

Una variante de esta teoría, que destaca el sentido axiológico de la libertad de expresión, aunque atribuyéndole también un carácter funcional, parece encontrarse en el caso *Palko v. State of Connecticut*, en la opinión del juez Benjamín Cardozo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien justificó la libertad de expresión como “la condición indispensable de casi todas las otras libertades”.¹¹⁹ Desde luego, hacer posible el ejercicio de esas otras libertades es un medio para lograr el desarrollo personal.

III. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA EXPANSIÓN DEL CONOCIMIENTO

“...conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres”.

Juan 8:32 (Inscrito a la entrada del cuartel general de la CIA, en Langley, Virginia)

Sin duda, el flujo de ideas e informaciones, así como el contraste de las mismas, permite tener una mejor percepción de los hechos y de lo

¹¹⁸ *Cfr.* Barendt, Eric, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹¹⁹ *Palko v. State of Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

que se considera que corresponde a la verdad. Asimismo, ese libre flujo de ideas e informaciones hace más fácil acceder a la verdad, circunstancia que puede verse como el propósito esencial de la libertad de expresión. Esta teoría corresponde a una concepción enunciada en 1644 por el poeta inglés John Milton, en un discurso pronunciado ante el Parlamento inglés, y que luego fue publicado bajo el título de *Areopagítica*.¹²⁰ Milton sostenía su confianza en que, en un encuentro libre y abierto, la verdad podía vencer al error, y que sólo en esta forma podía probarse la virtud, saliendo fortalecida de esta confrontación. Sin embargo, es importante observar que, dadas sus convicciones religiosas, en el argumento de Milton se observa una fuerte carga de puritanismo, que también le permitía confiar en la intervención divina en ayuda de la verdad.¹²¹ Las condiciones en que puede lograrse la posibilidad de ese encuentro libre y abierto es lo que posteriormente se ha descrito como la tesis del libre mercado de las ideas.

Si bien esta tesis no ha encontrado acogida ni en la práctica del Comité de Derechos Humanos ni en la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni muchos menos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque en el contexto de procesos por difamación ella ha sido insinuada tangencialmente en algunas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, la Corte ha señalado que, entre los principios que emergen de su jurisprudencia relacionada con la libertad de expresión, aunque la verdad de una opinión, por definición, no es susceptible de prueba, en ausencia de una base fáctica, dicha opinión puede ser excesiva;¹²² de manera que, al aplicar este principio a un caso particular, relativo a la condena de un periodista por un comentario de prensa considerado difamatorio, teniendo en cuen-

¹²⁰ De *Areópago*, el tribunal superior de la antigua Atenas, y de *Areopagita*, expresión con que se identificaba a cada uno de los magistrados que formaban parte del *areópago*, caracterizados como jueces incorruptibles e imparciales.

¹²¹ Paradójicamente, después de defender la libertad de expresión y oponerse a la censura previa, en 1651 Milton se convirtió en el censor oficial designado por Oliver Cromwell, y en el editor supervisor del *Mercurius Politicus*, un periódico oficial, que reemplazó a numerosas otras publicaciones que —hasta su aparición— habían circulado con relativa libertad en Inglaterra.

¹²² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 38. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, *De Haes and Gijssels v. Belgium*, sentencia del 24 de febrero de 1997, párrafo 47.

ta que aunque dicho comentario había sido elaborado en un lenguaje provocativo, “sin embargo, estaba basado en una sólida base fáctica”, por lo que dicha condena constituía una violación de la libertad de expresión;¹²³ pero no es claro si tal violación es el resultado de la base fáctica de lo afirmado, o si se debe a que dicha afirmación estaba relacionada con un asunto de interés público. En cualquier caso, más allá de su importancia para evaluar una denuncia de difamación, en la cual la verdad de lo afirmado resulta relevante e impide que se sancione al autor del mensaje, las consecuencias que derivan de lo sostenido por el tribunal europeo no resultan evidentes. Según otro pronunciamiento de la Corte Europea, que también podría apuntar en esta misma dirección, ella debe verificar si la crítica a un personaje determinado, formulada en términos muy duros, es compatible con el respeto por las reglas de la profesión periodística;¹²⁴ sin embargo, la jurisprudencia reiterada de ese mismo tribunal ha admitido que “la libertad periodística también cubre el recurso a un cierto grado de exageración, o incluso de provocación”,¹²⁵ sin que por ello tenga que aprobar el tono polémico utilizado por los periodistas, lo que obviamente sugiere que, en el ejercicio de su función, la prensa no tiene que decir necesariamente la verdad.

Pero esta materia también ha sido abordada desde otro ángulo por el tribunal europeo. En el caso *Gaweda v. Poland*, los tribunales polacos habían rechazado la solicitud de registro del título de dos publicaciones periódicas sobre la base de que las mismas —*El mensual social y político: un tribunal moral europeo*, y *Alemania: un milenio de enemistad con Polonia*— estaban en conflicto con la realidad, pues la primera sugería falsamente la existencia de una institución europea y la segunda se concentraba indebidamente en los aspectos negativos de las relaciones germano-polacas, proporcionando un cuadro no equilibrado de las mismas. La Corte Europea de Derechos Humanos observó que la negativa a registrar el título de esos periódicos equivalía a impedir que los mismos se publicaran, y señaló que requerir que el título de una revista contuviera información veraz era “inapropiado desde el punto de vista de la libertad de prensa” (*sic*), porque el título de una publicación periódica no es una

¹²³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 47.

¹²⁴ Cfr. *ibidem*, párrafo 40.

¹²⁵ Cfr. *ibidem*, párrafo 42. Cfr., también, Corte Europea de Derechos Humanos, *Prager and Oberschlick v. Austria*, sentencia del 26 de abril de 1995, párrafo 38.

declaración como tal, sino que sólo tiene, para sus eventuales lectores, la función de identificar a ese periódico en el mercado de la prensa.¹²⁶ Pero, de nuevo, la Corte no examinó si, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos, la veracidad de la información es un requisito compatible con la libertad de expresión.

1. *El libre mercado de las ideas*

Desde una perspectiva menos religiosa y puritana, este argumento fue retomado en el siglo diecinueve por John Stuart Mill, quien defendía la libertad de expresión sosteniendo que el silenciar una opinión constituye un robo a la raza humana, porque si la opinión es correcta, ésta se ve privada de sustituir un error por la verdad; asimismo, si la opinión es equivocada, ella se ve igualmente perjudicada, porque pierde el beneficio de una más clara percepción y una más vívida impresión generada por el choque entre la verdad y el error.¹²⁷ Según este autor, jamás podremos estar seguros de que la opinión que intentamos ahogar sea falsa; pero, incluso estándolo, el ahogarla no dejaría de ser un mal. Nadie tiene derecho a decidir la cuestión por todo el género humano e impedir a otros el derecho de juzgar.¹²⁸ En opinión de Mill, existe una gran diferencia entre presumir que una opinión es verdadera, porque a pesar de todas las tentativas para refutarla ello no se ha conseguido, y afirmar la verdad de ella para impedir que se le refute; la libertad de contradecir y desaprobarnos nuestra opinión es la única condición que nos permite suponer su verdad en relación con fines prácticos, y un ser humano no conseguirá de ningún otro modo la seguridad racional de estar en lo cierto.¹²⁹ En su discurso inaugural como presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson llevó esta tesis a sus últimas consecuencias, extendiéndola incluso a aquellas expresiones que podían ser una amenaza para la estabilidad de las instituciones del Estado, como un monumento a la seguridad con que la opinión errónea podía ser tolerada donde la razón es libre para combatirla.¹³⁰ En todo caso, según la tesis del libre mercado de las ideas, prohi-

¹²⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, First Section, Case of Gaweda v. Poland, sentencia del 14 de marzo de 2002, párrafos 6, 10, 12, 36, 42 y 43.

¹²⁷ *Cfr.*, *On Liberty*, Middlesex, England, Penguin Books Ltd., 1978, p. 76.

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 79.

¹³⁰ *Cfr.* su discurso inaugural, del 4 de marzo de 1801, criticando la Ley de Sedición.

bir una opinión falsa no hará que ella desaparezca, y, muy por el contrario, tendrá el efecto de hacer que ella se difunda clandestinamente, sin el riesgo de tener que confrontar opiniones opuestas, como sería el caso en un debate franco y abierto.

Suprimir una opinión porque se le considera falsa equivale a asumir que no hay ninguna posibilidad de que pueda ser verdadera, y, por lo tanto, implica asumir con toda arrogancia la infalibilidad del juicio del censor. Por el contrario, tanto en el pensamiento de Milton como en el de J. S. Mill parece estar latente la idea de la falibilidad humana, sugiriendo que lo que ayer aceptábamos como verdad era un error, y que lo que ayer rechazábamos como falso o herético es lo que hoy se acepta como el pensamiento más ortodoxo. En ambos casos, se asume que es la libertad de expresión la que conduce finalmente a descubrir la verdad; además, al permitir que se desafíe lo que creemos verdadero, estamos adquiriendo las herramientas para refinar esa verdad, y posiblemente también descubriremos algo de verdad en aquello que considerábamos absolutamente falso. En el mismo sentido, refiriéndose a la libertad de expresión en el contexto de la Constitución de los Estados Unidos, Archibald Cox señala que Thomas Jefferson, James Madison y los otros padres de la patria que eran hijos de la Ilustración, creían sobre todo en el poder de la razón, en la búsqueda de la verdad, en el progreso y en la perfectibilidad humana; en consecuencia, para ellos, la libertad para investigar y expresarse eran consideradas esenciales para el descubrimiento y la difusión de la verdad, pues sólo a través del debate podría exponerse el error y surgir la verdad.¹³¹

Esta tesis fue compartida por Oliver Wendell Colmes, quien, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Abrams v. United States* sostuvo, con especial elocuencia y vigor, que “el último bien deseado se logra mejor en el libre mercado de las ideas, y que la mejor prueba de la verdad es la fuerza del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado”.¹³² En una época relativamente reciente, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que en el área de la libertad de expresión y de prensa los tribunales siempre deben ser sensibles a cualquiera violación genuinamente seria de la expresión artística, política o científica, porque “ésta es un área en la cual hay pocas verda-

¹³¹ Cfr. *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 2.

¹³² *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

des eternas”.¹³³ Pero, como se puede apreciar, a diferencia del argumento de Mill, aquí se está partiendo de la premisa de que no hay verdades absolutas, y que ésta es un concepto relativo. Más recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que, al igual que en otras esferas de la vida social y cultural, el mercado comercial proporciona un foro donde florecen las ideas y las informaciones, y que mientras algunas de esas ideas e informaciones son vitales, otras son de escaso valor; pero, si bien, a juicio de ese alto tribunal, la regla general es que sean el orador y la audiencia, no el gobierno, quienes evalúen el valor de esa información, se observa que la “mayor objetividad” de la expresión comercial justifica conferirle al Estado mayor libertad para distinguir los anuncios comerciales que contienen información falsa de aquellos que son fieles a la verdad.¹³⁴

Pero el mismo J. S. Mill puso en duda esta función de la libertad de expresión, sosteniendo que el que la verdad siempre sale triunfante de la persecución es una de esas mentiras agradables que los hombres se repiten unos a otros hasta convertirla en un lugar común, en contradicción con la experiencia; en su opinión, la historia nos muestra constantemente a la verdad reducida al silencio por la persecución, y si ésta no ha logrado reducirla en forma absoluta, al menos la ha retardado en muchos siglos.¹³⁵ A juicio de Mill, la única ventaja que posee la verdad consiste en que, cuando una opinión es verdadera, aunque haya sido reprimida múltiples veces, siempre habrá alguien en el transcurso de los siglos para descubrirla de nuevo, hasta que una de sus reapariciones ocurra en una época en que, por circunstancias favorables, escape a la persecución, al menos durante el tiempo preciso para adquirir la fuerza de poder resistir a los ataques posteriores.¹³⁶ Además,

por poco dispuestos que estemos a admitir la posibilidad de que una opinión a la que estamos fuertemente ligados sea falsa, debemos considerar que, por verdadera que sea, nunca será una verdad viva, sino un dogma muerto, si no la podemos discutir de modo audaz, pleno y permanente... La verdad que se profesa de este modo no es sino una superstición más, accidentalmente unida a palabras que enuncian una verdad.¹³⁷

¹³³ Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

¹³⁴ Cfr. Virginia State Bd. Of Pharmacy v. Virginia Cit. Council, 425 U.S. 748 (1976).

¹³⁵ Cfr., *op. cit.*, p. 89.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 90.

¹³⁷ *Op. cit.*, pp. 96 y ss.

La única forma de evitarlo es permitiendo que esa verdad sea desafiada, y obligando a que quienes la sostienen la defiendan con sus mejores argumentos. Siguiendo este razonamiento, según el juez White, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el fundamento para proteger a quien difunde información falsa es que, de otra manera, también se podría suprimir la verdad; de manera que a veces hay que proteger falsedades inocentes para asegurar el acceso a la verdad.¹³⁸ En el mismo sentido, a juicio del juez Powell —hablando por la Corte—, si bien las afirmaciones de hecho falsas no tienen ningún valor constitucional, a veces deben protegerse simplemente porque son inevitables en un debate libre.¹³⁹ Según la Corte, permitir como defensa el probar la verdad de lo que se afirma no significa que en esta forma se va a disuadir el discurso falso; bajo esa regla, eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, incluso si se cree que ellas son verdaderas, e incluso si ellas son —de hecho— verdaderas, debido a la duda de si se podrá probar en el tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo. En opinión del citado tribunal, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.¹⁴⁰ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario público demandar daños por aseveraciones falsas que lo difamen si tales aseveraciones se refieren a su conducta oficial, a menos que pruebe que esa aseveración se hizo con “mala intención” (*real malice*), es decir, con conocimiento de su falsedad, o con manifiesta indiferencia por su verdad o falsedad.¹⁴¹ Además,

¹³⁸ Cfr. su opinión concurrente en *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

¹³⁹ Cfr. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

¹⁴⁰ Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁴¹ *Idem*. En una traducción literal, que no compartimos, esta tesis ha sido recogida por parte de la doctrina española y latinoamericana con el título de “real malicia”, o “malicia real”. Cfr., por ejemplo, Saraza Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 281. También, Bertoni, Eduardo Andrés, “New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina”, en *Estudios básicos de derechos humanos X*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, pp. 121 y ss.; el “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1999*, Washington, vol. III, 2000, p. 21, y Bustamante Alsina, Jorge, “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la *actual malice*”, en *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, pp. 7 y ss. Cfr., en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional,

en relación con la solicitud de dinero para fines caritativos, si bien el tribunal ha admitido que la representación fraudulenta de los hechos puede estar sancionada, se ha señalado expresamente que la diseminación de las ideas no puede estar regulada.¹⁴²

Como quiera que sea, la tesis del libre mercado ha sido duramente criticada. Si alguna vez existió, ese libre mercado de las ideas ya no existiría, pues estaría controlado por los medios de comunicación de masas, y el acceso a los mismos estaría lejos de ser libre; además, tampoco debería perderse de vista que los medios de comunicación serían los que controlan el contenido de lo que se difunde.¹⁴³

2. *Las consecuencias que derivan de esta tesis*

Sólo hay verdad en los matices.
Benjamín CONSTANT

Junto con subrayar implícitamente los derechos —supuestamente prioritarios— del destinatario del mensaje, en cuanto se refiere a la calidad de la información que éste reciba, esta teoría parece poner especial énfasis en el mundo de los hechos y en la distinción entre lo que es verificable y aquello que no lo es. Como muy bien observa Baker, la premisa fundamental de esta teoría descansa en la existencia de una verdad objetiva y verificable, que puede ser contrastada con la realidad.¹⁴⁴ Pero la libertad que comentamos ampara no sólo el conocimiento cierto, sino que también las conjeturas que se formulen sobre determinados hechos y, sobre todo, las apreciaciones, ideas y opiniones que pudieran entrar en el campo de lo que Baker denomina la “verdad subjetiva”.¹⁴⁵ De manera que esta manifiesta predilección por la verdad objetiva parece descuidar la importancia de las apreciaciones, las opiniones y los puntos de vista divergentes, que —en el campo de la libertad de expresión— parecen ser

Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, sentencia del 12 de junio de 2001.

¹⁴² Cfr. *Riley v. National Federation of Blind of N.C., Inc.*, 487 U.S. 781 (1988).

¹⁴³ Cfr. Barron, Jerome A. y Dienes, C. Thomas, *First Amendment Law*, St. Paul, Minn., West Publishing, 2000, pp. 7 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. C. Baker, Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 6.

¹⁴⁵ *Idem*.

más relevantes que una verdad única y absoluta. Una libertad de expresión que tenga como modelo lo que se acepta como verdadero, o lo que es verificable, inhibe las potencialidades de la imaginación y de la capacidad de creación, condenándonos inexorablemente al estancamiento; además, la tesis que comentamos parte de la premisa de que la veracidad o realidad del mensaje puede ser constatada por individuos racionales, que están en capacidad de controlar las percepciones de los demás, y la comprensión que cada uno tenga del mundo.¹⁴⁶

La tesis del libre mercado parece subestimar los mensajes que no contribuyen a un debate de ideas; además, hay casos en que lo que está en juego son valores demasiado importantes, como la vida, la integridad física, o la dignidad de las personas, y esperar que la verdad logre imponerse puede costar demasiado caro. Pero, en todo caso, en un libre intercambio de ideas la verdad no es necesariamente el valor más relevante; en realidad, en el marco de la teoría democrática puede argumentarse que, independientemente de su verdad o falsedad, lo verdaderamente importante es lo aceptado por la mayoría. En este sentido, Alexander Meiklejohn sostenía que, si bien el conocimiento de la verdad es importante para los propósitos del autogobierno, lo esencial es que, si los hombres van a ser los maestros de su propio destino, cualquier verdad disponible pueda estar a disposición de todos los ciudadanos.¹⁴⁷

Al margen de que no siempre es fácil distinguir entre lo verdadero y lo falso (excepto, tal vez, en matemáticas y en ciencias puras), la teoría de la búsqueda de la verdad no parece resultar apta para justificar todo tipo de expresión. En particular, ella no constituye un fundamento suficiente respecto de aquellas expresiones que no recaen sobre situaciones de hecho, sino que constituyen juicios de valor o apreciaciones subjetivas que traducen una opinión, y que difícilmente pueden ser juzgadas en términos de lo que es verdadero o falso. La Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que debe hacerse una cuidadosa distinción entre juicios de hecho y juicios de valor, porque mientras la existencia de los hechos puede demostrarse, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba;¹⁴⁸ según este alto tribunal, exigir que se pruebe la verdad

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹⁴⁷ *Cfr. Free Speech and its Relation to Self-Government*, Nueva York, Harper & Row, Publishers, 1948, pp. 88 y ss.

¹⁴⁸ *Cfr. Lingens v. Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 46.

de un juicio de valor es algo imposible de cumplir que infringe la libertad de opinión, la cual es una parte fundamental del derecho asegurado por el artículo 10 de la Convención Europea, que consagra la libertad de expresión.¹⁴⁹ Sin embargo, la Corte Europea está consciente de que incluso los juicios de valor pueden depender de una base fáctica que los sustente,¹⁵⁰ y que si ellos están apoyados en evidencia documental, así como en artículos de prensa y en sentencias de los tribunales, puede considerarse que el juicio de valor expresado sobre esa base constituye un comentario apropiado.¹⁵¹ En todo caso, el tribunal europeo ha tenido especial cuidado en subrayar que, incluso si determinadas expresiones difundidas a través de un medio de comunicación social reflejan una visión parcializada sobre los orígenes de un conflicto y sobre la responsabilidad que, en esa forma parcializada, se atribuya a una de las partes en el conflicto, esa circunstancia no justificaría por sí misma una interferencia con la libertad de expresión.¹⁵²

Si la libertad de expresión tiene algún sentido, su ejercicio no puede estar sujeto a que se produzca evidencia de la verdad de lo que se dice o se publica, o de la verdad del mensaje que se intenta transmitir; cualquier otra cosa implicaría aceptar un sistema de censura y coartar el pluralismo cultural propio de una sociedad democrática. En este sentido, es importante subrayar que desde comienzos del siglo XX la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que, en virtud de la misma razón de su existencia, la libertad de expresión no depende de la prueba de la verdad.¹⁵³ Curiosamente, para Milton, al igual que para Mill, el valor de la libertad de expresión radicaba primordialmente en el campo de las ideas y de la discusión política; las dos esferas en que probablemente estaba pensando Oliver Wendell Holmes cuando señalaba que la verdad es una noción relativa.

Según la tesis que comentamos, el valor de la libertad de expresión no radica en su estrecha relación con la libertad individual, sino en los beneficios que de ella derivan para la sociedad. De acuerdo con esta teoría, el

¹⁴⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 42.

¹⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 43.

¹⁵¹ *Ibidem*, párrafo 45.

¹⁵² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

¹⁵³ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

Estado debe evitar restringir la difusión de informaciones verdaderas, y debe dejar al mercado la función de determinar el valor que se confiera a las demás. Pero tampoco se puede olvidar que con mucha frecuencia el Estado tiene un interés legítimo en impedir la difusión de informaciones verdaderas, como sucede con lo que se califica como secretos de Estado, o con los secretos industriales, para no mencionar la protección de la vida privada de las personas, o la difusión de materiales sexualmente explícitos, u otras informaciones o ideas que, precisamente por ser verdaderas, puedan afectar la armonía o el bienestar de la sociedad. En tal sentido, la Corte Federal de Justicia de Alemania ha sostenido que incluso las afirmaciones verdaderas sólo pueden utilizarse para desacreditar a un competidor comercial cuando la persona que hace esas afirmaciones tiene suficientes elementos de juicio para relacionar su propia posición competitiva con el descrédito de la de su competidor, y siempre que esa crítica no exceda en naturaleza o en grado a lo que sea estrictamente necesario.¹⁵⁴

Por otra parte, si se considera que los medios de comunicación de masas son propiedad de grandes monopolios u oligopolios, difícilmente accesibles para las grandes mayorías, la imagen del “libre mercado de las ideas” como el proceso social más idóneo para la búsqueda de la verdad, no resulta enteramente apropiada; muy por el contrario, esa imagen invita a la intervención del Estado para corregir las iniquidades provocadas precisamente por la mano invisible de un mercado que facilita la aceptación de aquellas ideas que son presentadas o “comercializadas” de una manera más efectiva, desechando aquellas que no pueden acceder al mercado, o que no están debidamente “empaquetadas”. Sobre este particular, Lawrence Tribe también ha criticado la metáfora del mercado, con la que, en su opinión, se percibe la comunicación como un simple sistema de transacciones para descartar lo que es falso.¹⁵⁵ Sobre este particular, Octavio Paz objetaba que las leyes del mercado se apliquen lo mismo a la propaganda política que a la literatura, a la predicación religiosa que a la pornografía, o a la belleza corporal, que a las obras de ar-

¹⁵⁴ Cfr. Federal Court of Justice, en GRUR 1968, pp. 262 y 265, Fälschung, citado en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Jacobowski v. Germany, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 17.

¹⁵⁵ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 786.

te, pues, de esta forma, las almas y los cuerpos, los libros y las ideas, los cuadros y las canciones, se habrían convertido en una mercancía.¹⁵⁶

Algunas variantes de esta teoría parecen privar de toda protección a expresiones manifiestamente falsas, que tendrían por efecto el desvirtuar o destruir el objeto de la libertad de expresión. De acuerdo con este criterio, Desantes-Guanter ha señalado que “prohibir la información falsa de hechos no significa limitar el derecho a la información, ni su ejercicio libre, sino, por el contrario, promover la información y el derecho que la tiene como objeto”.¹⁵⁷ En opinión de este mismo autor, “cuando una ley, un acto de los poderes públicos o un acto privado, como el que puede proceder de la actitud contestataria, impiden la difusión o rectifican la información falsa e, incluso, la castigan, en el caso de la ley formal, no están limitando el derecho a la información, ni la libertad de expresión, sino procurando que la información sea conforme a su naturaleza y a la naturaleza del hombre y, por tanto, promoviendo su derecho”.¹⁵⁸ Por el contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor”.¹⁵⁹ Según la Corte Interamericana, “un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”.¹⁶⁰ Asimismo, en su informe sobre las leyes de desacato, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó que:

¹⁵⁶ Cfr. Paz, Otavio, *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 Biblioteca Breve, 2001, p. 52.

¹⁵⁷ “El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos”, en Daniel, y Vaz, Aires (ed.), *Información y derechos humanos*, Inneraty, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1987, p. 28. Citas en el original omitidas.

¹⁵⁸ *Idem*. Citas en el original omitidas.

¹⁵⁹ 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 33.

¹⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 77.

Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa (en juicios por difamación) inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica.¹⁶¹

En el mismo sentido de lo manifestado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha enfatizado que la libertad de expresión, en virtud de la misma razón de su existencia, no depende de la prueba de la verdad de lo que se afirma, pues esto sería un primer paso a un completo sistema de censura.¹⁶²

En una formulación moderna de esta tesis, la libertad de expresión debería entenderse en términos de su contribución a la expansión del conocimiento; es decir, debería percibirse como un instrumento que estimula y hace posible el crecimiento de la información y de las ideas disponibles.

3. *La desviación de la tesis original: el derecho a la información veraz*

La verdad no es nunca pura. Y raramente es simple.

Óscar WILDE, en *La importancia de llamarse Ernesto*.

¹⁶¹ Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 219 y ss.

¹⁶² *Cfr.* *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), y *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

Si bien la libertad de expresión puede ser el instrumento para encontrar la verdad, condicionar el ejercicio de la libertad de expresión a la veracidad de la información es otra cosa muy diferente. Desde luego, no podemos renunciar a la verdad; pero tampoco podemos conformarnos con lo que se nos ofrece como la verdad oficial, porque eludir el debate libre y abierto no nos permitirá tener una mayor certeza de lo que se afirma. Es difícil aceptar que la verdad pueda ser tan frágil como para no resistir el menor análisis, y que deba contar con la protección del Estado. En realidad, someter el ejercicio de la libertad de expresión a la veracidad de la información, establecida de antemano por los órganos del poder público, constituye una peligrosa desviación de la tesis antes expuesta, y puede operar como un mecanismo de censura, o como un filtro de la información que se considera “políticamente correcta”, que no se puede discutir ni refutar, y que es la única que, como ciudadanos, estamos autorizados para recibir.

En los textos constitucionales de España, Portugal, Colombia y Venezuela, al formular los contornos de la libertad de expresión, se incorpora el derecho a la “información veraz”; de manera semejante, el párrafo 2 del artículo 55 bis de la Constitución de Suiza indica que la radio y la televisión “presentarán objetivamente los acontecimientos”. Disposiciones de esta naturaleza se apartan notablemente de la tesis propuesta inicialmente por Milton y reformulada por Oliver Wendell Holmes, distorsionan los argumentos sostenidos por aquéllos, niegan la esencia de la libertad de expresión, y están en contradicción con los instrumentos internacionales que la consagran. Por consiguiente, en la medida en que ella sugiere que se pierde la protección constitucional en caso de afirmaciones falsas o erróneas, la tesis de la información veraz ha sido duramente criticada. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que la protección constitucional de la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias que se ofrecen; en opinión de ese alto tribunal, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y deben estar protegidas si la libertad de expresión va a disponer del “espacio para respirar” que ella necesita para sobrevivir.¹⁶³

No porque esté implícita en la Convención Europea de Derechos Humanos, pero como consecuencia de lo alegado por los Estados, esta ma-

¹⁶³ *Cfr.* Nueva York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

teria tampoco ha sido ajena a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En el caso de una publicación aparecida como un anuncio pagado en *Le Monde*, calificada como “defensa pública de crímenes de colaboración con el enemigo”, que constituía una apología de la política del mariscal Pétain durante la Segunda Guerra Mundial y que condujo a la condena de los autores de dicha publicación, el gobierno del Estado demandado sostuvo que el texto en cuestión se refería a ciertos hechos históricos “en una forma manifiestamente errónea, a veces atribuyéndoles un significado que no tenían,... y a veces ignorando acontecimientos que eran esenciales para la comprensión de ese periodo de la historia, incluyendo la colaboración entre el régimen de Vichy y la Alemania Nazi”.¹⁶⁴ Según el Estado francés, la publicación de un texto, que se suponía que era una contribución a un debate público de naturaleza histórica, obligaba a sus autores a observar algunas reglas y limitaciones, teniendo en cuenta hechos que eran de conocimiento público al momento de dicha publicación, y que, como eso no se había hecho, ni la presentación ni el contenido de ese texto satisfacía los “mínimos requerimientos de objetividad”.¹⁶⁵ Como respuesta, los peticionarios alegaron que el texto en cuestión reflejaba una opinión acerca de hechos históricos, e impartía información acerca de un tema de interés general, y que con su condena se pretendía imponer una versión “políticamente correcta” de la historia.¹⁶⁶ La Corte tomó nota del “carácter unilateral” de esa publicación, que presentaba al mariscal Philippe Pétain en forma enteramente favorable, sin mencionar ninguno de los delitos de los que se le había acusado y por los que se le había condenado a muerte por la Alta Corte de Justicia, lo que sin duda le confería un tono polémico a esa publicación; sin embargo, el tribunal europeo reiteró que la libertad de expresión protege no solamente la sustancia de las ideas e informaciones que son objeto del mensaje, sino también la forma en que ellas se comunican.¹⁶⁷ De manera más tajante, en su opinión concurrente, el juez De Meier observó que es natural que aquellos que desean impartir ideas de esta naturaleza dirijan su atención a los méritos de la persona involucrada, o a la que se considera que son sus méritos, pero no se les puede exi-

¹⁶⁴ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 35.

¹⁶⁵ *Ibidem*, párrafo 42.

¹⁶⁶ *Ibidem*, párrafo 40.

¹⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 52.

gir que, además de eso, también hagan referencia a sus errores o faltas, ya sean éstas reales o supuestas.¹⁶⁸

Hace relativamente pocos años, en Francia, haciéndose eco de la tesis de la información veraz, aunque sin mencionarla en forma explícita, la Ley de Libertad de Prensa, del 29 de julio de 1881, fue reformada por una ley adoptada el 13 de julio de 1990, conocida como la Ley Gayssot, mediante la cual se tipificó como delito el negar la existencia de uno o más de los crímenes contra la humanidad definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, que hayan sido cometidos por miembros de una organización declarada criminal de acuerdo con el artículo 9 de dicho Estatuto, o por una persona encontrada culpable de tales crímenes por un tribunal francés o internacional. Por consiguiente, de acuerdo con el espíritu y la letra de la ley, esa verdad oficial no puede ser discutida, ni aun en el evento de un error judicial. La ley antes mencionada se aplicó, entre otros, en el caso *Lehideux and Isorni v. France*, previamente comentado. En tal sentido, es oportuno recordar que, según el Estado francés, los peticionarios en el caso antes citado habían sido condenados por publicar un texto que le atribuía a un hecho histórico, como la reunión de Montoire entre Philippe Pétain y Adolfo Hitler en octubre de 1940, “un significado diferente” al que se pudiera considerar más ortodoxo, sugiriendo que Pétain, secretamente, estaba practicando un doble juego con el régimen nacional socialista y con los aliados en la Segunda Guerra Mundial, teoría que, a juicio del gobierno francés, “había sido refutada por todos los historiadores que habían hecho un estudio especial de ese periodo”.¹⁶⁹ Con este razonamiento, el legítimo y muy encomiable empeño en repudiar las atrocidades cometidas por el régimen de la Alemania nazi, o por sus colaboradores, se pretende congelar el estudio de la historia, e impedir la difusión de cualquier tesis distinta de aquella que en la actualidad sea mayoritariamente aceptada como veraz; pero, paradójicamente, ese empeño en impedir el debate franco y abierto sobre un acontecimiento histórico que ha merecido la condena de un inmenso sector social puede tener el efecto de poner en duda, si no la esencia, por lo menos los detalles de lo que, durante más de medio siglo, habíamos aceptado como verdad. Pero debe advertirse que el problema

¹⁶⁸ *Ibidem*, opinión concurrente.

¹⁶⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 42.

esencial estriba en que, del mismo modo como el Estado puede declarar la verdad oficial en una esfera en que no contradice nuestras propias convicciones, a partir de los mismos argumentos, también lo puede hacer en otras materias más controversiales, que no se reducen solamente a los ámbitos histórico o político.

Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha distinguido entre afirmaciones de hecho y juicios de valor; mientras los primeros pueden demostrarse, la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. En realidad, de acuerdo con el criterio de la Corte, requerir la prueba de un juicio de valor es imposible de cumplir, e infringe la libertad de opinión en sí misma, que es una parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 de la Convención Europea; pero el tribunal admite que cuando una afirmación constituye un juicio de valor, la proporcionalidad de una interferencia con la libertad de expresión puede depender de que haya suficiente base fáctica para el mismo, puesto que con juicio de valor sin respaldo en los hechos puede ser excesivo.¹⁷⁰ En un caso en que se acusó a un dirigente político austriaco de “agitación racista” no se dejó convencer por el argumento del gobierno de que esa acusación debía probarse, e indicó que el grado de precisión para establecer lo bien fundada de una acusación criminal por un tribunal difícilmente puede compararse con el que debe observarse por un periodista cuando expresa sus opiniones sobre un asunto de interés público, en la forma de un juicio de valor; en el presente caso, en opinión de la Corte el peticionario publicó lo que podía considerarse como un comentario apropiado (*fair comment*) en un asunto de interés público, y ese comentario puede calificarse como juicio de valor, el cual no es susceptible de ser probado.¹⁷¹ En lo que se refiere a los elementos fácticos de un comentario, en el caso *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, la Corte Europea observó que los contenidos en los artículos periodísticos que se impugnaban consistían esencialmente de “historias” o “rumores”, que emanaban de personas distintas de su autor, o de la “opinión pública”, involucrando acusaciones de brutalidad policial; por ejemplo, fueron los compañeros de habitación del interno en el hospital quienes relataron, y el personal del hospital lo confirmó, que aquél había sido herido por la policía. En con-

¹⁷⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Unabhangige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafos 39 y 40.

¹⁷¹ *Ibidem*, párrafo 46.

secuencia, el autor de esos artículos simplemente reportó lo que otros decían sobre brutalidad policial; por lo tanto, exigirle que demostrara la veracidad de sus afirmaciones equivalía, en opinión de la Corte, a imponerle una tarea exorbitante, si no imposible.¹⁷²

Entre los textos que comentamos, el artículo 20, núm. 1, letra d), de la Constitución de España, indica que se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; no obstante, el párrafo 2 del mismo artículo dispone que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, y el párrafo 5 señala que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, en virtud de resolución judicial. Pero incluso en un sistema constitucional como éste, en donde se consagra el derecho a comunicar o recibir libremente “información veraz” por cualquier medio de difusión, el Tribunal Constitucional español ha interpretado esta disposición muy restrictivamente, señalando que la libertad de expresión comprende la libertad de errar, y que otra actitud sería entrar en el terreno del dogmatismo, pues la afirmación de la verdad absoluta —conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información— es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa.¹⁷³ De manera que el citado tribunal se ha negado a pronunciarse sobre el acierto o desacierto en el planteamiento de los temas, o sobre la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, y ha rechazado emitir juicios de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, que por su propia naturaleza estarían desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta.¹⁷⁴ Además, la exigencia de veracidad de la información como requisito para merecer la protección del ordenamiento jurídico se ha entendido sólo en el sentido de exigir en quien la difunde el propósito de buscar la verdad a través de una especial diligencia, a fin de contrastar debidamente la información, asegurando la seriedad del esfuerzo informativo;¹⁷⁵ en este sentido, la

¹⁷² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, sentencia del 28 de mayo de 1992, párrafo 65.

¹⁷³ *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).

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *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).

jurisprudencia del Tribunal Constitucional español parece coincidir con la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en cuanto la referencia a la “información veraz” que se hace en la Constitución española no demanda una comprobación de la verdad, sino que requiere solamente un esfuerzo razonable por averiguar la verdad, o, lo que es lo mismo, que no haya un desprecio temerario por la verdad; por consiguiente, “la veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo”.¹⁷⁶ De manera que en los casos en que se ha planteado la aplicación de esta disposición, se “ha tenido por probada la veracidad de las informaciones, desdeñando determinadas imprecisiones de carácter técnico-jurídico y ajustándose, con ello, al concepto jurisprudencial de ‘veracidad’ como constatación diligente de la realidad de lo informado y no como necesaria adecuación, en todos sus extremos, a la verdad objetiva del hecho noticiado”.¹⁷⁷

Incluso en asuntos eminentemente fácticos, un aspecto no menos relevante es el que se refiere a lo que, según la tesis de la información veraz, se considera pertinente para los efectos del mensaje de que se trata. En principio, en el marco de la libertad de expresión, que no debe olvidarse que comprende la libertad de opinión, ésta es una materia que le corresponde decidir al autor del mensaje; a aquel que tiene algo que comunicar. Pero debe observarse que la tesis de la información veraz condiciona el contenido del mensaje no sólo en cuanto a lo que se puede expresar, sino también en cuanto a lo que no se puede omitir. A título ilustrativo, debe mencionarse que, en el caso *Lehideux and Isorni v. France*, según el Estado francés, los peticionarios habían sido condenados por publicar un texto en el que se había omitido mencionar hechos históricos que eran de conocimiento público, y que eran “inevitables y esenciales para un relato objetivo” del asunto en discusión; a juicio del gobierno francés, en esa publicación en que se glorificaba a Philippe Pétain al omitir cualquier referencia a lo que fue la mancha más negra en toda la experiencia del régimen de Vichy, como fue su activo antisemitismo, deliberadamente los peticionarios habían escogido guardar silencio acerca de los actos

¹⁷⁶ 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).

¹⁷⁷ *Idem*.

más escandalosos de ese gobierno, que habían sido reconocidos como hechos históricos incontrovertibles, y que objetivamente habían servido a los intereses de la Alemania nazi.¹⁷⁸ La Corte no consideró apropiado pronunciarse en abstracto sobre este argumento; el tribunal europeo observó que éstas no eran omisiones acerca de hechos que no tuvieran consecuencias, sino de hechos directamente ligados con el holocausto, por lo que era moralmente reprobable que no se les mencionara; sin embargo, luego de señalar que esto formaba parte de los esfuerzos que cada país debía hacer para debatir su propia historia abierta y desapasionadamente, la Corte reiteró que la libertad de expresión es aplicable no solamente a las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, que son consideradas como inofensivas, o que nos son indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, conmocionan, o alborotan, pues esas son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la apertura mental, sin las cuales no puede haber una sociedad democrática.¹⁷⁹ Además, el citado tribunal recordó que el objeto de las asociaciones en cuyo nombre se había publicado el texto que se objetaba era promover la rehabilitación de Philippe Pétain, no podía sorprender que respaldaran, en una publicación por la que habían pagado, aquella teoría que era más favorable a la memoria del hombre que buscaban defender.¹⁸⁰

Precisamente el temor de que la veracidad de la información fuese utilizada como un criterio para controlarla, generó un intenso debate durante la elaboración de la actual Constitución de Venezuela, cuyo artículo 58 indica que “toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial”; si bien inmediatamente se agrega que este derecho a la información es “sin censura”, en una exposición de motivos de la Constitución,¹⁸¹ se expresa que

esta regulación responde a la necesidad de elevar a rango constitucional los parámetros éticos indispensables para el ejercicio del derecho a la in-

¹⁷⁸ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 42.

¹⁷⁹ *Ibidem*, párrafos 54 y 55.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párrafos 48 y 56.

¹⁸¹ Publicada en la *Gaceta Oficial* del 24 de marzo de 2000, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente después que la Constitución ya había sido aprobada mediante referéndum y, por lo tanto, después de que dicha Asamblea ya había cesado en sus funciones.

formación, con el objeto de que los medios de comunicación como parte de su actividad y de la responsabilidad que ella genera, establezcan mecanismos de auto-evaluación informativa a los que tenga acceso toda persona, natural o jurídica, pública o privada, que se considere perjudicada por informaciones emitidas por los medios de comunicación y que tengan relación con ella, a fin de que se revise la veracidad y oportunidad de la información.¹⁸²

Además del artículo 20, núm. 1, letra d), de la Constitución española, que ya hemos comentado en párrafos anteriores, el artículo 20 de la Constitución colombiana de 1991 también establece, *inter alia*, que se garantiza a toda persona la libertad de informar y recibir información veraz, pero inmediatamente agrega que los medios de comunicación son libres y tienen responsabilidad social, y que no habrá censura. Como se podrá observar, en el marco de los textos constitucionales antes citados la protección de esta garantía constitucional parece extenderse únicamente a la información veraz, con todos los problemas prácticos que ello pueda generar en cuanto al peso de la prueba, al momento en que esa prueba se debe ofrecer, y al efecto inhibitorio que disposiciones de esta naturaleza pueden tener en el ejercicio de este derecho, como consecuencia de los riesgos que genera el tener que probar la veracidad de la información que se proporciona. Obviamente que, con todas las dificultades que la prueba de la veracidad de una información pueda generar, si la expresión protegida es sólo la información veraz, las posibilidades de que se someta a todo tipo de sanciones —incluyendo la cárcel— a quien no pueda acreditar la veracidad de la información que está transmitiendo son inmensas.

Esta tesis ha sido desarrollada por una controversial sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, que sostiene que,

cuando la información ha sido supuestamente contrastada por el medio antes de su divulgación, aunque tenga errores o inexactitudes, la información

¹⁸² *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 5.453 extraordinario, de 24 de marzo de 2000, p. 2. Por contraste, en opinión del relator para la libertad de expresión designado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la reciente incorporación del concepto de “información veraz” en la Constitución de Venezuela representó el mayor retroceso para la libertad de expresión e información en el hemisferio. *Cfr.* el “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1999*, Washington, 2000, vol. III, p. 16.

puede considerarse veraz, ya que tiene una correspondencia básica con la realidad, y no puede exigirse a quien busca la información, que va a beneficiar a las personas que tienen derecho a ella, una meticulosidad y exactitud que choca con la rapidez sobre la captura de la noticia, con la dificultad de comprobar la fiabilidad de la fuente de la misma (la cual muchas veces es oficial) o con las circunstancias —a veces oscuras— como sucede con los hechos que interesan al público.¹⁸³

Sin embargo, confundiendo opinión con información, esa misma sentencia señala que “es un atentado a la información veraz e imparcial tener un número mayoritario de columnistas de una sola tendencia ideológica, a menos que el medio en sus editoriales o por sus voceros, mantenga y se identifique con una línea de opinión congruente con la de los columnistas y colaboradores”.¹⁸⁴ En realidad, resulta difícil comprender qué relación puede tener con la veracidad de la información el que un medio tenga una determinada tendencia ideológica, o con la circunstancia de que no haya suficiente equilibrio entre el número de columnistas identificados con una u otra corriente de opinión. En este punto, no es innecesario recordar que ningún mensaje es neutro.

En la medida en que el requisito de la veracidad de la información adquiere especial relevancia en el caso de los medios de comunicación, lo único que justifica exigir un mayor celo periodístico para averiguar la verdad es la posición privilegiada de los profesionales de la información, cuyas fuentes son secretas. De manera que el sentido de esta exigencia es mantener un cierto equilibrio entre los daños que puede ocasionar y las responsabilidades que pueden derivar de una información inexacta o agravante, y la confidencialidad de las fuentes de la información. En consecuencia, teniendo presente que la tarea de los medios de comunicación es informar, lo que no está permitido es actuar con manifiesto desprecio por la verdad, transmitiendo información inexacta, que no sea el reflejo de la realidad, y que pueda causar daños a terceros. En tal sentido, el artículo 4 del proyecto de Declaración sobre Libertad de Información, aprobado por el Consejo Económico y Social de la ONU, todo individuo que difunda información deberá tratar de cerciorarse de buena fe de la

¹⁸³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, sentencia del 12 de junio de 2001.

¹⁸⁴ *Idem*.

exactitud de los hechos sobre los que informa.¹⁸⁵ Los profesionales de la comunicación son un filtro de la información y, por lo tanto, deben tener un fuerte sentido de su responsabilidad social; se espera que los medios de comunicación no sean un medio propagandístico al servicio de un gobierno o de un determinado sector social, y que, sin pretender que sean indiferentes o neutrales en relación con los hechos sobre los cuales nos informan, desarrollen su tarea con objetividad. Esto es lo que permitirá que los medios de comunicación disfruten de mayor o menor credibilidad; pero de allí a restringir la libertad de información de acuerdo con la veracidad de la misma hay una distancia muy grande. Después de todo, el artículo 1 del mismo proyecto de Declaración sobre Libertad de Información, al que antes se ha hecho referencia, afirma que “el derecho de saber y el derecho de buscar libremente la verdad son derechos inalienables y fundamentales del hombre”.

Otro aspecto en que tradicionalmente se ha exigido la prueba de la verdad, aunque por razones radicalmente distintas a las que han inspirado a la tesis de la información veraz, es en los procesos por difamación. En los procesos por difamación, la ley presume, a favor del demandante y hasta que el demandado demuestre lo contrario, que las expresiones calumniosas o difamatorias son falsas. Pero, en todo caso, debe observarse que en los procesos por difamación, el permitir la prueba de la verdad no responde a la tesis que sostiene que la libertad de expresión se funda en la búsqueda de la verdad, ni mucho menos a esta versión distorsionada de la misma, que reserva la protección de la libertad de expresión únicamente a la información veraz; su propósito es permitir al acusado que pueda demostrar que la reputación de la persona supuestamente difamada no se ha visto lesionada y que, por lo tanto, está exonerado de responsabilidad —tanto civil como penal— por las expresiones que pueda haber emitido.

IV. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO HERRAMIENTA DEL PROCESO POLÍTICO

Quando gobierna el pueblo, la discusión es necesaria.

William Howard TAFT, discurso pronunciado en Denver, Colorado, el 21 de septiembre de 1909.

¹⁸⁵ *Cfr.* la resolución del ECOSOC, núm. 756 (XXIX), del 21 de abril de 1960.

Como fruto del liberalismo, que desconfía del poder público, la libertad de expresión nació íntimamente asociada al tipo de relación que debe existir entre el individuo y el Estado. La libertad de expresión es inherente al liberalismo político, que se opone al despotismo, y que sirve de fundamento al gobierno representativo, y encarna en el liberalismo intelectual, que se caracteriza por el espíritu de tolerancia. La libertad de expresión constituye un muro de contención frente al poder estatal y, al mismo tiempo, forma parte de los mecanismos de control de que dispone la sociedad frente a los órganos del poder público. Además, cualquiera que sea el concepto que se acepte de la democracia, ésta sólo es posible en un contexto en el que, como mínimo, se garanticen el sufragio universal y la libertad de expresión.

Esta libertad no es un exceso de la democracia; por el contrario, ella ocupa un lugar destacado en una sociedad democrática, y es vital para el funcionamiento de la misma. En realidad, en un sentido sustantivo, ella forma parte del concepto mismo de democracia, que está indisolublemente ligado a la idea de libertad y a la participación de la voluntad popular en la formación de la voluntad general; porque, si la democracia supone que todos los ciudadanos participen en la toma de decisiones, esas decisiones deben ser el fruto de la discusión y del debate. La experiencia vivida, ya sea bajo las dictaduras militares de América Latina, detrás de la cortina de hierro durante la guerra fría, o en muchas otras circunstancias dramáticas en la historia reciente, demuestra que la libertad de expresión va de la mano con la democracia; sobre todo, demuestra que una democracia madura debe ser capaz de defenderse a sí misma.

1. *Su condición de componente de la democracia*

La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son dos cosas enteramente complementarias; por el contrario, la censura y el voto universal son dos cosas que se contradicen.

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

No cabe duda que el debate libre y abierto es, en sí mismo, un componente de la democracia, que permite persuadir a los demás de aquello

que es objetable para el gobierno. Según Ronald Dworkin, la democracia significa, por lo menos, que a nadie puede negarse el derecho a participar en las deliberaciones de la colectividad porque sus ideas puedan considerarse ofensivas o peligrosas; en opinión de Dworkin, la libertad de expresión es esencial para la democracia, porque cualquier gobierno que no disfrute del consenso de los gobernados es una tiranía.¹⁸⁶ La libertad de expresión es indispensable para cumplir una responsabilidad social y para decidir, en una respuesta cívica si no necesariamente en elecciones formales, cuáles son sus valores políticos como colectividad; pero la libertad de expresión es incluso más fundamental que la democracia, porque debe respetarse incluso para permitir que se ataque a esta última.¹⁸⁷ Por consiguiente, en cualquier país, el debilitamiento de la libertad de expresión es una clara indicación del debilitamiento de la democracia, pues ésta supone una pluralidad de opiniones e ideas, y un clima de tolerancia que haga posible el libre flujo de las mismas; desde luego, ese clima de respeto no se extiende solamente a las opiniones más ortodoxas, sino que, sobre todo, a aquellas que no son compartidas por la mayoría, y que incluso pueden parecerle repudiables. Ésa es una de las reglas de la convivencia. De manera que la democracia, que forma parte de la cultura política de nuestro tiempo, es una noción que no puede prescindir de la libertad de expresión.

Pero el derecho que tenemos a autogobernarnos lleva implícito el deber ciudadano de participar en el proceso político. A partir de la participación ciudadana en el proceso político, esta teoría asume que la discusión pública es un deber, y que el propósito de la libertad de expresión es permitirle al ciudadano comprender cabalmente los asuntos de interés público, a fin de que pueda participar eficazmente en el adecuado funcionamiento de la democracia. En realidad, esta tesis asume que la democracia política y la libertad de expresión están íntimamente entrelazadas, y que esta última es una condición necesaria de la primera; pero, a la inversa, también puede afirmarse que la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática. Este postulado corresponde a lo que Fiss denomina la teoría democrática de la libertad de expresión, en contraposición a lo que sería la teoría libertaria, que estaría basada en el interés individual; por contraste, lo que él denomina la teo-

¹⁸⁶ Cfr. "Forked Tongues, Faked Doctrines", *Index*, 3 de mayo de 1997.

¹⁸⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, *idem*.

ría democrática pondría el acento en valores sociales más que individuales y, junto con servir de garantía a la soberanía popular, resultaría esencial para la autodeterminación colectiva.¹⁸⁸ Según Fiss, la democracia permite a la gente elegir el modo de vida que desea llevar, y asume que esta elección se hace en el contexto de un debate público que, usando la fórmula del juez Brennan, debe ser desinhibido, vigoroso, y ampliamente abierto.¹⁸⁹

La conexión entre la democracia y la libertad de expresión ya había sido apreciada nítidamente por James Madison, uno de los redactores de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos —la cual consagra la libertad de expresión—, al observar que si Jorge III hubiera podido estrangular a la prensa de las colonias inglesas en Norteamérica antes de 1776, esos pueblos hubieran continuado siendo miserables colonias, quejándose bajo el yugo extranjero.¹⁹⁰ En este mismo sentido, William Jennings Bryan, siendo secretario de Estado de los Estados Unidos, sostenía que la publicidad es esencial para una honesta administración, del mismo modo que la libertad de expresión lo es para un gobierno representativo.¹⁹¹ Pero probablemente ha sido Alexander Meiklejohn quien ha subrayado con mayor vigor la relación que existe entre el sistema democrático y la libertad de expresión; en su opinión,

(L)a Primera Enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos) no protege la libertad de expresión. En realidad, ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos gobernamos. No se refiere a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno.¹⁹²

A juicio de Meiklejohn, la garantía de la libertad de expresión no fue diseñada para la protección de los aristócratas de la intelectualidad, que

¹⁸⁸ Cfr. Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, Londres, 1996, pp. 2 y ss.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁹⁰ Cfr. Elliot, *Debates on the Federal Constitution*, vol. 4, p. 571.

¹⁹¹ Discurso pronunciado el 24 de abril de 1915, ante el City Club de Baltimore, Maryland.

¹⁹² “The First Amendment is an absolute”, *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 253 y 255.

se interesan en el conocimiento por mera diversión, y que buscan la verdad como una mera curiosidad intelectual, por el placer individual, o por el simple orgullo de un logro mental; ella tiene el propósito de despejar el camino para el pensamiento que sirve al interés general, y ofrece una defensa para aquellos que incitan a la acción colectiva en procura del bien común. Es en defensa de aquellos que abogan por el interés público que la libertad de expresión nos indica que cada idea debe ser considerada, independientemente de los peligros que ella pueda involucrar. En consecuencia, no hay ninguna diferencia entre abogar a favor de la conscripción militar u oponerse a ella; hablar a favor o en contra de la guerra; defender la democracia o atacarla; sugerir un proyecto económico comunista o criticarlo. En su opinión, en la medida en que se trate de mensajes que involucran una participación en la discusión de asuntos de interés colectivo y en la formación de las políticas públicas, la libertad de expresión no puede ser coartada, porque ella es el postulado básico de una sociedad gobernada por el voto de sus ciudadanos.¹⁹³

La tesis de Meiklejohn fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, al señalar que, cualquiera que sean las diferencias que puedan existir acerca de la interpretación de la primera enmienda a la Constitución de ese país, existiría prácticamente un amplio consenso en cuanto a que su objetivo fundamental es proteger la libre discusión de los asuntos gubernamentales, y que esto incluye —entre otras cosas— la discusión de candidaturas, la estructura y forma de gobierno, la forma en que opera o debería operar el gobierno, y todos los asuntos relacionados con el proceso político.¹⁹⁴ En opinión de ese alto tribunal, “la vitalidad de las instituciones civiles y políticas de nuestra sociedad depende de la libre discusión”.¹⁹⁵ Sin embargo, al resaltar el papel que le corresponde a la libertad de expresión en la preservación de las instituciones políticas en una sociedad democrática, la Corte ha sido especialmente cuidadosa en señalar que los mensajes de naturaleza política no se reducen solamente a las comunicaciones serias y bien articuladas, pues los mensajes humorísticos, una caricatura satírica, o una parodia, pueden ser muy efectivos

¹⁹³ *Cfr.* Free speech and its relation to self-government, pp. 45-46 (1948), citado por el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su opinión disidente en *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations et al.*, 413 U.S. 376 (1973).

¹⁹⁴ *Cfr.* *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

¹⁹⁵ *Cfr.* *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949).

para comunicar ideas y opiniones igualmente serias, y que, en lo que se refiere a esta garantía constitucional, la línea entre el mensaje que informa y el que entretiene es demasiado borrosa.¹⁹⁶

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la consolidación y el desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión, y que ésta es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.¹⁹⁷ Además, la Comisión considera que el derecho de acceso a la información en poder del Estado permite una mayor transparencia de los actos del gobierno, afianzando las instituciones democráticas.¹⁹⁸

Asimismo, 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”.¹⁹⁹ 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.²⁰⁰

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión está indisolublemente

¹⁹⁶ Cfr. *Winters v. Nueva York*, 333 U.S. 507 (1948). Cfr., también, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

¹⁹⁷ Cfr. la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108o. periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000, segundo párrafo del preámbulo y párrafo 1 de la parte declarativa.

¹⁹⁸ *Ibidem*, quinto párrafo del preámbulo.

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ *Ibidem*, párrafo. 70. Cfr., también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 68.

vinculada a la existencia misma de una sociedad democrática, y ha observado que la libre discusión evita que se paralice una sociedad, y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen a las civilizaciones.²⁰¹

Dentro del sistema interamericano, tampoco podemos omitir mencionar el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001, que señala que la libertad de expresión y de prensa son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

Por otra parte, para la Corte Europea de Derechos Humanos, en el marco del artículo 10 de la Convención Europea hay poco espacio para restringir la difusión de mensajes de contenido político en cuestiones de interés público, y que los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto de un político actuando en su capacidad oficial que en relación con un individuo particular;²⁰² además, el tribunal europeo ha señalado reiteradamente que 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.²⁰³ De modo semejante, la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos afirmó que la libertad de expresión comprende el derecho a participar en una discusión abierta incluso sobre los complejos problemas que puedan afectar a un país, tales como los que confronta Turquía con las pretensiones secesionistas de un sector de la población, ya sea con miras a analizar las causas de esa situación o para expresar opiniones sobre posibles soluciones.²⁰⁴

²⁰¹ *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 69/98, caso 11.803, Chile, Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, párrafo 63.

²⁰² *Cfr.*, por ejemplo, European Court of Human Rights, Former Third Section, Case of Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafo 36. *Cfr.*, también, European Court of Human Rights, Case of Sürek v. Turkey (núm. 1), sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

²⁰³ *Cfr.*, por ejemplo, European Court of Human Rights, Case of Müller and others, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 33.

²⁰⁴ *Cfr.* el punto de vista de la Comisión en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Karatas v. Turkey, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 47.

2. Su función constitucional y la teoría de la válvula de escape

En una sociedad democrática, el debate libre y abierto debe ser el cauce normal a través del cual, en un diálogo fluido, se expresen los puntos de vista de las mayorías y de las minorías, cuya composición depende de la propia dinámica del debate. Es precisamente ese debate el que proporciona un mecanismo de control del ejercicio transparente del poder y, al mismo tiempo, una válvula de seguridad para el descontento y para las tensiones que puedan generarse dentro de una sociedad. Según Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es peligroso coartar el pensamiento, la esperanza y la imaginación, porque el temor alimenta la represión, la represión estimula el odio, el odio amenaza la estabilidad de las instituciones, y porque la seguridad descansa en la oportunidad de discutir libremente los supuestos agravios y los remedios propuestos.²⁰⁵

Desde luego, la forma de gobierno debe ser el fruto de la libertad de expresión y del debate público; pero tampoco puede olvidarse que el ejercicio de la libertad de expresión sólo es posible en el marco de una sociedad democrática, la cual es fortalecida por la vitalidad de la primera. De manera que estos dos elementos se refuerzan mutuamente. En este sentido, 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.²⁰⁶ En opinión de este alto tribunal, la libertad de expresión se configura como un derecho fundamental, con un marcado talante instrumental, pues su función es garantizar la existencia de una opinión pública también libre, lo cual es indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político, como valor esencial del sistema democrático.²⁰⁷ Pero es importante subrayar que, según el Tribunal Constitucional español, esta especial posición que ocupan en el ordenamiento jurídico corresponde tanto a la libertad de información como a la

²⁰⁵ *Cfr.* su voto concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

²⁰⁶ *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).

²⁰⁷ *Idem.*

libertad de expresión propiamente tal, precisamente en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública informada, indisolublemente ligada al pluralismo político propio del Estado democrático.²⁰⁸ Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”.²⁰⁹ Es en este sentido que Lord Dennis Lloyd afirma que sin la libertad de expresión, la posibilidad de desarrollar y cristalizar la opinión pública, y de permitir que ésta llegue a pesar sobre los órganos del Estado, sería virtualmente ineficaz.²¹⁰

Esta “función constitucional” de la prensa ya había sido insinuada por el juez Charles E. Hughes, actuando como presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Near v. Minnesota*, al observar que la administración del Estado se había vuelto demasiado compleja, que las oportunidades para las fechorías y actos de corrupción se habían multiplicado, y que el riesgo de que pudiera haber funcionarios públicos indignos de la confianza pública enfatizaba la necesidad de contar con una prensa vigilante y valiente; porque el hecho de que se pueda abusar de la libertad de prensa no hace menos necesaria la inmunidad de la prensa para juzgar la conducta oficial.²¹¹ Asimismo, en el caso de “los papeles del Pentágono”, la Corte Suprema de los Estados Unidos también atribuyó a la prensa una función constitucional. De acuerdo con el juez Black, los redactores de la primera enmienda a la Constitución, relativa a la libertad de expresión, le confirieron a la prensa la protección que debía tener para cumplir su función esencial en una democracia. En su opinión, la fun-

²⁰⁸ 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).

²⁰⁹ Sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

²¹⁰ Cfr. *La idea del derecho: ¿perversidad represora o necesidad social?*, título original, *The Idea of Law: A Repressive Evil or Social Necessity?*, traducción de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat, Madrid, Civitas, 1985, p. 166.

²¹¹ Cfr. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

ción de la prensa es servir a los gobernados y no a los gobernantes; de manera que la censura de prensa fue abolida para preservar a los medios de comunicación de la censura gubernamental y permitirles que pudieran desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Para Black, la responsabilidad fundamental de una prensa libre es evitar que cualquier poder público pueda engañar a los ciudadanos, enviándolos a morir de fiebre en tierras extrañas, o a ser víctimas de las balas enemigas.²¹² De manera semejante, los jueces Stewart y White observaron que, en ausencia de ese sistema de frenos y contrapesos existente en otras áreas de la vida nacional, el único mecanismo efectivo para controlar la política del Poder Ejecutivo en el ámbito de la defensa nacional y de la política exterior es una opinión pública informada, que es la única que puede proteger los valores del sistema democrático; por tal razón, una prensa libre y alerta sirve a los propósitos de la primera enmienda, porque sin una prensa libre e informada no puede haber una opinión pública ilustrada.²¹³

La Corte Europea de Derechos Humanos no ha sido indiferente a esta función de la libertad de expresión, y ha observado que ésta constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones para su progreso;²¹⁴ a juicio de la Corte, la libertad de expresión es una condición previa para que funcione la democracia.²¹⁵ En numerosas oportunidades, el citado tribunal ha subrayado la necesidad de que las restricciones de la libertad de expresión no afecten el debate político, como lógicamente se desprende de la exigencia de que cualquier interferencia con ella deba ser necesaria en una sociedad democrática. Es por eso que, para la Corte Europea, la prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática, y tiene el deber de impartir informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público, de una manera compatible con sus obligaciones y responsabilidades.²¹⁶

²¹² *Cfr.* New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

²¹³ *Cfr.* su opinión concurrente en New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).

²¹⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Karatas v. Turkey, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 48.

²¹⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case of Özgür Gündem v. Turkey, sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafo 43.

²¹⁶ *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.

A juicio de la Corte Europea, de acuerdo con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos hay muy poco margen para que se puedan imponer restricciones sobre expresiones de contenido político, o sobre el debate en asuntos de interés público.²¹⁷ En la medida en que, para el tribunal europeo, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, ella no es aplicable solamente a la “información” o a las “ideas” que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, o que son vistas con indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan o perturban.²¹⁸ En el mismo sentido, en el caso *Castells v. Spain*, en que, a pesar de ostentar la condición de senador, el afectado había sido condenado por difamar al gobierno, el tribunal sostuvo que aunque la libertad de expresión es importante para todos, ella es especialmente importante para los representantes electos por el pueblo, precisamente para que llamen la atención sobre sus preocupaciones y defiendan sus intereses; por lo tanto, la Corte consideró que interferir con la libertad de expresión de un miembro del parlamento que, como en el caso del afectado, pertenecía a un partido político de oposición al gobierno, requería un examen muy estricto.²¹⁹ Según el tribunal, los límites de la crítica aceptable son más amplios respecto del gobierno que en las relaciones entre particulares, o incluso respecto de un dirigente político, porque en una sociedad democrática los actos u omisiones del gobierno deben estar sometidos al escrutinio más estricto, no sólo de las autoridades legislativas y judiciales, sino también de la prensa y de la opinión pública;²²⁰ en consecuencia, la Corte consideró que, en estas circunstancias, la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión a que se sometió al señor *Castells* no era necesaria en una sociedad democrática.²²¹

²¹⁷ *Cfr.*, en este sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58. *Cfr.* también, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 50, y *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

²¹⁸ *Cfr.*, por ejemplo, su sentencia en el caso *The observer and Guardian v. The United Kingdom*, del 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

²¹⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 42. *Cfr.*, también, Corte Europea de Derechos Humanos, tercera sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 36.

²²⁰ *Ibidem*, párrafo 46.

²²¹ *Ibidem*, párrafo 48.

El reconocimiento de esa estrecha relación que hay entre la libertad de expresión y el funcionamiento de la democracia ha llevado a numerosos tribunales nacionales a subrayar el carácter prioritario de la libertad de expresión. En tal sentido, la Corte Constitucional alemana ha sostenido que la libertad de expresión tiene precedencia sobre otros derechos protegidos por leyes ordinarias, en la medida en que esas expresiones sean parte del proceso de discusión de asuntos de importancia pública, pues esto es absolutamente fundamental en un sistema democrático, y no puede estar subordinado a otros intereses.²²² Asimismo, a partir del artículo 55 de la Constitución de Federal de la Confederación Suiza,²²³ que garantiza solamente la libertad de prensa, desde 1961 el Tribunal Federal no ha vacilado en hacer de la libertad de expresión un derecho constitucional no escrito, y que constituye “un elemento esencial del orden democrático” y jurídico de la Confederación.²²⁴

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 80 y comienzos de la década de los años 90 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.²²⁵ 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 para

²²² Cfr. Corte Constitucional alemana, sentencia del 4 de octubre de 1988, *Deutsche Depeschendienst AG v. Manfred Jacobowski*, citada en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacobowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 19.

²²³ La denominación oficial del texto constitucional incluye, en los términos indicados, la referencia aparentemente contradictoria tanto a la “federación” como a la “confederación”.

²²⁴ RO 87, I, 117. Citado por Wachsmann, Patrick, “La liberté d’expression”, en Cabrillac, Rémy *et al.* (comps.), *Droits et libertés fondamentaux*, 4a. ed., París, Dalloz, 1997, p. 281.

²²⁵ 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.

ejercerla;²²⁶ en su opinión, las libertades políticas —entre las cuales la libertad de expresión ocupa un lugar destacado— son un instrumento para el desarrollo.²²⁷ Las libertades políticas contribuyen a salvaguardar las libertades económicas.²²⁸

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. En este sentido, la televisión pública, más allá de lo que pueda aportar a la difusión de la cultura, constituye un espacio vital para la preservación y el fortalecimiento de la democracia. 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 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. Sobre este particular, en el caso *Cohen v. California*, el juez Harlan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tuvo ocasión de señalar que:

El derecho constitucional a la libertad de expresión... está diseñado para remover, y tiene el propósito de remover, las restricciones gubernamentales de la arena de la discusión pública, dejando ampliamente la decisión en torno a cuáles opiniones podrán ventilarse en las manos de cada uno de nosotros, en la esperanza que el uso de esta libertad producirá, en última instancia, una ciudadanía más capaz y una forma de gobierno más perfecta, y en la creencia de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad humana y la elección sobre la cual descansa nuestro sistema político.²²⁹

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, más allá de promover la búsqueda de la verdad, la ciencia, la moral, y las artes en general, la importancia de la libertad de expresión radica en la difusión de sentimientos liberales sobre la administración del Estado, la comunicación de

²²⁶ Cfr. Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. XII.

²²⁷ *Ibidem*, p. 38.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 51 y ss.

²²⁹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

las opiniones entre los ciudadanos, y la promoción de la unión entre ellos, con el efecto de avergonzar o intimidar a los agentes del Estado, forzándolos a observar un comportamiento honorable en la conducción de los asuntos públicos.²³⁰ A juicio de ese alto tribunal, una opinión pública informada es el freno más importante que se puede imponer al gobierno.²³¹

La ausencia de libertad de expresión, por el contrario, debilita el sistema democrático, conduce a la desconfianza generalizada, y repercute negativamente en la convivencia social. En una comunicación dirigida por el Colegio de Periodistas de Chile al presidente de la Corte Suprema de ese país, durante la dictadura militar de Augusto Pinochet, se expresaba lo siguiente:

La política gubernativa respecto de los medios de comunicación social no puede ser más nociva. La comunidad, sabedora de que hay temas sobre los cuales no se puede opinar y acontecimientos que no se pueden narrar, ha aprendido a dudar de cuanto se informa y comenta, lo que representa un modo distinto de ver la vida y entender la sociedad. Se ha creado el hábito de la desconfianza y la incredulidad, en cuyo clima toda obra de bien común se hace difícil. El pueblo culto e informado de ayer, es hoy un pueblo indiferente y ajeno, que al no tener acceso a una parte del acontecer, se ha desinteresado por conocer la parte que se le cuenta; esta realidad es la que se refleja a través de la disminución de audiencia en los espacios informativos de radio y televisión y en la baja progresiva de la venta de diarios y revistas. Naturalmente, la pérdida de la confianza implica (la) disminución de la buena fe; y ambos procesos afectan negativamente a la convivencia pacífica y fraternal de toda la comunidad.²³²

En tal sentido, el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana ha puesto de relieve la relación que existe entre la transparencia en el ejercicio de las actividades gubernamentales y la libertad de expresión, en la que por cierto está incluida la libertad de prensa.

²³⁰ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

²³¹ *Cfr.* *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936).

²³² Carta del Colegio de Periodistas de Chile al presidente de la Corte Suprema de Chile, citada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Washington, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 231.

3. *Sus efectos sobre el bienestar general*

Por otra parte, hay que hacer notar que la libertad de expresión puede ser vista no sólo como una simple herramienta del proceso político, sino como un instrumento para el progreso y el desarrollo colectivo. Al permitir desafiar las ideas prevalecientes, su fundamento descansa en la contribución que ella pueda aportar al buen gobierno. De acuerdo con este criterio, la premisa fundamental es que las ideas hacen avanzar a las ideas; pero ellas sólo pueden germinar y desarrollarse en un ambiente de libertad y tolerancia. Tal vez esto es lo que ha llevado a Walter Lippman a sostener que en una democracia se tolera a la oposición no porque sea constitucional, sino porque es necesaria.²³³

La tesis que comentamos tiene la ventaja de contemplar tanto los intereses del orador como los de la audiencia a la cual éste se pueda dirigir; sin embargo, tiende a privilegiar el discurso de contenido político en desmedro de otras formas de expresión (como la expresión comercial o literaria) que —en cuanto no constituyen asuntos de interés público y son independientes del proceso político—, no estarían protegidas por la libertad de expresión, pudiendo ser objeto de regulación estatal o, incluso, de censura en el caso de aquellas expresiones que —por su contenido religioso, literario, o artístico— no están necesariamente ligadas al proceso político ni contribuyen al debate público. Por otra parte, esta tesis también tiene —como consecuencia lógica— el efecto de proporcionar una más amplia protección al discurso político y al acceso a información de interés público, rechazando la tan utilizada costumbre de clasificar información que el gobierno considera debe mantener en secreto y que no debe ser conocida por la ciudadanía. A título ilustrativo, en el caso *Boos v. Barry*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó como inconstitucional una regulación que prohibía el despliegue de mensajes de gobiernos extranjeros, argumentado que las restricciones dirigidas al contenido del discurso político debían estar sometidas al examen más riguroso.²³⁴ Si bien se acepta que la libertad de expresión no es absoluta, ese mismo tribunal ha sostenido, en *obiter dicta*, que el interés en estimular la libertad de expresión en una sociedad democrática prevalece so-

²³³ Cfr. “The Indispensable Opposition”, *The Atlantic Monthly*, agosto de 1939, citado por Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 90.

²³⁴ Cfr. *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312 (1988).

bre cualquier beneficio teórico, pero no probado, que pueda acarrear la censura.²³⁵ En realidad, incluso en el caso de mensajes comerciales, el tribunal estadounidense ha observado que cuando se restringe la difusión de información comercial verdadera, no engañosa, se corre el riesgo de poner en duda y oscurecer las razones que pueden haber llevado a la adopción de una política que tal vez podría lograrse con otras medidas menos restrictivas de la libertad de expresión, que no sólo reducen las opciones del consumidor, sino que impiden un debate abierto sobre temas de política pública.²³⁶

La Corte Europea de Derechos Humanos tampoco ha sido menos insensible a la mayor importancia del mensaje de contenido político, y a la necesidad de que éste disponga de un mayor margen de protección. Luego de indicar que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, respecto de una antología de poemas que podían interpretarse como incitando al odio y a la rebelión, el tribunal subrayó su “dimensión obviamente política”, y la circunstancia de que las restricciones sobre mensajes de contenido político o sobre el debate en asuntos de interés público tienen un muy escaso margen de aplicación en el marco del artículo 10 de la Convención Europea.²³⁷ De manera más explícita, los jueces Wildhaber, Pastor Ridruejo, Costa, y Baka, han señalado que el margen de apreciación de que dispone el Estado es más restringido cuando el mensaje que se objeta es de contenido político, porque este tipo de expresión es de la esencia de la democracia y porque interferir con el mismo socava las bases de la democracia, mientras que el margen de apreciación es mayor cuando es la misma naturaleza del mensaje la que crea el peligro de debilitar la democracia.²³⁸

En síntesis, puede afirmarse que la libertad de expresión, en cuanto permite controlar el funcionamiento de las instituciones políticas, es una garantía de la democracia; pero, simultáneamente, ella es también una forma de ejercicio de la democracia, y es un elemento inherente de la misma.

²³⁵ Reno, Attorney General of the United States *et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, 96 U.S. 511 (1997).

²³⁶ *Cfr.* 44 Liquormart, Inc. *et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

²³⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Karatas *v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 48 y 50.

²³⁸ *Cfr.* su opinión conjunta, parcialmente disidente, en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Karatas *v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

4. *Las limitaciones inherentes a esta tesis*

Sin duda, la libertad de expresión es la que promueve el debate y la deliberación; pero esta tesis asume que el Estado tiene un amplio margen para regular el ejercicio de la misma, en todo lo que no atañe a los asuntos de interés público, incluyendo los mensajes de contenido comercial y los mensajes de carácter científico cuya aplicación pueda constituir una amenaza para la seguridad nacional, para la salud de la población, o incluso para la moral pública. Esta noción de la libertad de expresión, como parte del proceso político y como instrumento para fortalecer la democracia, también ha servido para restringir el ámbito de lo que se protege, y para sugerir que hay actividades expresivas de poco valor, que no merecen la plena protección de la libertad de expresión. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, colocar el debate político y el libre intercambio de ideas en un mismo plano con la explotación comercial de materiales obscenos disminuye la majestuosa concepción de la libertad de expresión y sus elevados propósitos en la lucha histórica por la libertad; es un abuso de la libertad de expresión, porque ésta habría sido diseñada para asegurar un intercambio de ideas sin trabas para producir los cambios políticos y sociales deseados por la población, mientras que la representación gráfica de la conducta sexual, por sí misma o para obtener una ganancia comercial, sería algo distinto.²³⁹

Sin perjuicio de las dificultades prácticas que pueda plantear la necesidad de distinguir lo público de lo privado, esta teoría sugiere un mayor grado de protección para la expresión del contenido político, la cual se encontraría en el corazón mismo de la libertad de expresión, dejando las expresiones que no tienen tal carácter en una zona marginal o de penumbra, con un grado menor de protección, o con ninguno. Sobre este particular, Robert Bork ha sostenido que sólo la expresión o el discurso explícitamente políticos merecen la protección de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que esta disposición no ampara los mensajes de contenido científico, académico, comercial, o literario, en cuanto tales.²⁴⁰ En consecuencia, mientras el discurso político sería absolutamente inmune a la censura estatal, cualquier forma de expresión

²³⁹ *Cfr.* Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

²⁴⁰ *Cfr.* Bork, Robert H., "Neutral Principles and some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971, pp. 20-28.

de contenido no-político estaría sujeta a control y reglamentación. Sin embargo, no hay ninguna justificación razonable para que la libertad de expresión se reduzca exclusivamente a la expresión política.

En su versión más radical, esta teoría reduce la libertad de expresión a los asuntos de interés público o de importancia para la ciudadanía, que obviamente constituyen una categoría demasiado limitada de todo lo que forma parte del amplio espectro de la comunicación; pero cuando se le quiere expandir para que comprenda todo aquello que indirectamente pueda contribuir a la sofisticación y a la sabiduría del electorado, conceptualmente aporta muy poco. En realidad, a juicio de Lawrence Tribe, ésta es una teoría que en ningún caso aporta demasiado, pues da por sentadas las virtudes del autogobierno para el que, según se argumenta, la libertad de expresión es tan necesaria.²⁴¹ En opinión de Vincent Blasi, la tesis del autogobierno no es realista, y no describe el funcionamiento de la democracia; el autor antes citado pone en duda que en la sociedad contemporánea el individuo disponga del tiempo, del interés o de la capacidad para asumir el papel que le exige la teoría del autogobierno, y sostiene que los medios de comunicación de masas, que son los dignos adversarios del gobierno, son quienes han asumido el papel que se espera del público.²⁴²

V. LA SÍNTESIS DE DIVERSAS FUNCIONES

Nunca ha habido una hambruna en un país que sea una democracia con una prensa relativamente libre.

Amartya SEN, en *Resources, Values, and Development*.

Ciertamente, la libertad de expresión es un derecho individual; pero su reconocimiento como tal forma parte de un sistema político que se transforma cada vez que aquélla se ve amenazada. Además, independientemente de su valor intrínseco, que la convierte en un fin en sí misma, es

²⁴¹ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 787.

²⁴² Cfr. "The Checking Value in First Amendment Theory", *Am. B. Found. Res. J.*, 1977, p. 521, citado por Barron, Jerome A., y Dienes, C. Thomas, *First Amendment Law*, St. Paul, Minn., West Publishing, 2000, pp. 10 y ss.

inevitable que el ejercicio de esta libertad contribuya a la realización de otros fines sociales.

Probablemente, la complejidad de la libertad de expresión no permite que ella se preste, con facilidad, para llegar a conclusiones apresuradas y a explicaciones simplistas en cuanto a cuál es su fundamento; tal vez sería más acertado afirmar que su justificación se encuentra en la suma de todo lo que se ha indicado previamente, encerrando un valor en sí misma y, al mismo tiempo, sirviendo como instrumento para el logro de objetivos muy variados. Esa diversidad de propósitos no conduce necesariamente a conflictos irreconciliables, sino a estimular una muy amplia y rica variedad de mensajes; pero, en la misma medida en que se amplían las dimensiones de la libertad de expresión, surgen problemas adicionales, que no pueden ser ignorados.

Como ha observado Simon Lee,

no hay una explicación mágica de la libertad de expresión que no sea aplicable a la libertad de pensamiento o a la libertad de reunión, o a la libertad de religión o a la libertad de votar... Aunque cada una de ellas tenga un distinto papel que cumplir, estas libertades están interconectadas. Cada una de ellas tiene una contribución que hacer a la cultura en la cual podemos florecer. Hay muchas razones para respetar estas libertades y no tenemos que elegir un elemento que las unifique. Esto sería simplificar en exceso una realidad compleja en la cual los valores entran en conflicto.²⁴³

Sobre este particular, Emerson ha señalado que

estos valores no deben considerarse aisladamente, sino como un conjunto integrado. En consecuencia, un sistema pensado para servir sólo al propósito de un cambio social ordenado no podría tener éxito a largo plazo; en una sociedad democrática, tal cambio puede producirse sólo mediante la participación activa de la comunidad política en el proceso de toma de decisiones. A mayor abundamiento, tal participación no sería posible sin un compromiso de todo el cuerpo social con el progreso del conocimiento y el descubrimiento de la verdad.²⁴⁴

²⁴³ *The Cost of Free Speech*, Londres-Boston, Faber and Faber, 1990, p. 62.

²⁴⁴ "First Amendment Doctrine and the Burger Court", *California Law Review*, vol. 68, 1980, p. 481.

En este mismo sentido, a pesar de su firme adhesión a la persistentemente reiterada tesis del “libre mercado de las ideas”, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que la garantía constitucional de la libertad de expresión fue diseñada para remover las restricciones estatales de la arena de la discusión pública, dejando la decisión en cuanto a qué opiniones serán ventiladas ampliamente en las manos de cada uno de nosotros, con la esperanza de que el uso de esa libertad terminará produciendo una ciudadanía más preparada y una sociedad política más perfecta, y en la convicción de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad individual en que descansa nuestro sistema político.²⁴⁵ En concordancia con lo anterior, el juez Brandeis sostenía, en esa misma sentencia, que:

Aquellos que ganaron nuestra independencia creían que el fin último del Estado era dotar a los hombres de libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas de la razón deberían prevalecer sobre la arbitrariedad. Ellos valoraban la libertad como un fin en sí misma tanto como un medio. Ellos creían que la libertad era el secreto de la felicidad, y que el coraje era el secreto de la libertad. Creían que la libertad para pensar lo que a cada uno le plazca y para decir lo que cada uno piensa eran medios indispensables para descubrir y difundir las verdades políticas; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería inútil, y que con ellas la discusión proporciona ordinariamente una protección adecuada en contra de la diseminación de doctrinas perniciosas. Creían que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político, y que éste debería ser un principio fundamental del gobierno estadounidense.²⁴⁶

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión se sustenta en la hipótesis de que un mensaje se puede rebatir con otro mensaje, y en que el libre debate de ideas resultará en políticas gubernamentales más sabias.²⁴⁷ De manera que una teoría de la libertad de expresión como derecho individual, es decir, como una manifestación de la libertad, no es ajena a una determinada concepción de la sociedad política, ni al proceso de cambios indis-

²⁴⁵ *Cfr.* *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

²⁴⁶ *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

²⁴⁷ *Cfr.* *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

pensables para el progreso de la misma; además, la protección de la libertad individual contribuye a la realización personal sin interferir indebidamente con los legítimos derechos de otras personas, y propicia las condiciones para un cambio y un desarrollo gradual.

Desde luego, es el ejercicio de este derecho lo que hace posible la expansión del conocimiento indispensable para el progreso y desarrollo de los pueblos. En este sentido, para la Corte Europea de Derechos Humanos, la circunstancia de que la libertad de expresión puede servir múltiples propósitos tampoco ha pasado desapercibida. En su opinión, ella constituye uno de los fundamentos esenciales de toda sociedad democrática, y una de las condiciones básicas para su progreso y para el pleno desenvolvimiento de la personalidad individual.²⁴⁸

Pero, como ha sostenido el premio Nóbel de Economía, Amartya Sen, la libertad de expresión también puede desempeñar un importante papel en el desarrollo económico de un país, pues las libertades políticas pueden contribuir de manera extraordinaria a dar incentivos y a suministrar informaciones para solucionar las necesidades económicas acuciantes.²⁴⁹ Los derechos políticos brindan a los individuos la oportunidad de llamar la atención sobre sus necesidades generales y demandar la adopción de las medidas apropiadas; porque la respuesta de los gobiernos al sufrimiento de los individuos suele depender de las presiones que se ejerzan sobre ellos, y es allí donde el ejercicio de la crítica y la protesta puede ser importante;²⁵⁰ es por eso que, en opinión de Sen, nunca ha habido una hambruna en un país que tenga partidos de oposición para expresar las críticas, y que permita que la prensa informe libremente y ponga en cuestión el acierto de las medidas del gobierno.²⁵¹ Esta idea ya se había anticipado en el informe de la Comisión McBride, creada en 1976 por la Conferencia General de la UNESCO, sugiriendo que debía darse a la cooperación en materia de desarrollo de las comunicaciones la misma prioridad que se asigna a otros sectores de la economía, ya que la información

²⁴⁸ Cfr., por ejemplo, European Court of Human Rights, Case of Müller and others, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 33. También, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 49.

²⁴⁹ Cfr. *Desarrollo y libertad*, título original, *Development as Freedom* (Oxford, Oxford University Press, 1999), traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Planeta, 2000, p. 185.

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 188 y ss.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 191.

también es fundamental para el progreso individual y colectivo, así como para el desarrollo global.²⁵² Asimismo, en la Declaración de Windhoek se expresa que el establecimiento, mantenimiento y promoción de una prensa libre, pluralista e independiente es esencial para el desarrollo y mantenimiento de la democracia, y para el desarrollo económico en una nación.²⁵³ Del mismo modo, en el Proyecto de Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, cuya primera fase está prevista para celebrarse en Ginebra, del 10 al 12 de diciembre de 2003, se manifiesta el propósito de encauzar el potencial de la tecnología de la información y la comunicación para promover las metas de desarrollo y, entre otras cosas, erradicar la extrema pobreza y el hambre, reducir la mortalidad infantil, combatir las enfermedades, garantizar la sustentabilidad ambiental, y forjar alianzas mundiales en favor del desarrollo para lograr un mundo más pacífico, justo, y próspero.²⁵⁴ En este mismo sentido, la apertura política (*glasnost*) iniciada en la antigua Unión Soviética por Mikhail Gorbachev a fines de la década de los años 80, al igual que la pequeña liberalización política ocurrida en China después de la muerte de Mao, no eran solamente el fruto de mentes liberales, dispuestas a permitir un mayor grado de democracia; en realidad, por ese camino se perseguía que, con el florecimiento de las ideas, también pudiera despegar la economía.

La educación y la convivencia pacífica, como subproductos de la libertad de expresión, tampoco han escapado a la atención de quienes se han ocupado de esta materia. En tal sentido, la Asamblea General de la ONU, en una de sus primeras resoluciones, señaló que la libertad de información (que es uno de los componentes de la libertad de expresión) es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo, y que la comprensión y la cooperación entre las na-

²⁵² Cfr. Sean MacBride y otros, *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO, 1980, p. 456.

²⁵³ Cfr. el párrafo 1 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.

²⁵⁴ Cfr. Documento WSIS/PC-3/DT/6 (Rev. 1)-S, del 19 de noviembre de 2003, párrafos 1, 2, 6 bis, y 7.

ciones son imposibles sin una opinión mundial sana y alerta, la cual, a su vez, depende absolutamente de la libertad de información.²⁵⁵ Asimismo, en el preámbulo de la Constitución de la UNESCO se sostiene que los Estados partes en dicha Constitución, “persuadidos de la necesidad de asegurar a todos el pleno e igual acceso a la educación, la posibilidad de investigar libremente la verdad objetiva y el libre intercambio de ideas y de conocimientos, resuelven desarrollar e intensificar las relaciones entre sus pueblos, a fin de que éstos se comprendan mejor entre sí y adquieran un conocimiento más preciso y verdadero de sus respectivas vidas”.²⁵⁶ Además, en una de sus resoluciones, la Conferencia General de la UNESCO ha subrayado la contribución que pueden aportar los medios de comunicación al desarrollo económico, social y cultural, y a la lucha contra la intolerancia y todas las formas de discriminación.²⁵⁷

En opinión del Tribunal Constitucional de España, la libertad de expresión se configura, en principio, como un derecho fundamental de la ciudadanía, pero con un fuerte talante instrumental, pues su función es garantizar la existencia de una opinión pública también libre, lo que es indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político, como valor esencial del sistema democrático.²⁵⁸

Por otra parte, mientras más argumentos se esgriman a favor de la libertad de expresión, más razones habrá para protegerla y para extender sus fronteras hasta donde sea necesario para promover los objetivos que la justifican. Según Lawrence Tribe, cualquier concepción adecuada de la libertad de expresión debe incorporar el aporte de distintas teorías, a fin de poder proteger una variedad más rica de modos de expresión.²⁵⁹ Consecuente con esta tesis, en los instrumentos internacionales de derechos humanos que la consagran, la libertad de expresión no está circunscrita a ningún propósito específico, y no tiene señalada una finalidad concreta; ella encierra, en sí misma, un valor que trasciende la utilidad que pueda

²⁵⁵ Cfr. la resolución 59 (I), del 14 de diciembre de 1946.

²⁵⁶ Penúltimo párrafo del preámbulo de la Constitución de la UNESCO.

²⁵⁷ Cfr. la resolución 104, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 15 de noviembre de 1989.

²⁵⁸ 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).

²⁵⁹ Cfr. *American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 789.

tener para la realización de un objetivo determinado. De allí que no se puedan ignorar los múltiples propósitos que se puedan alcanzar con la libertad de expresión, y que es en donde reside la fortaleza de la misma.

Pero, obviamente, no todas las teorías aquí comentadas resultan aplicables a toda forma de expresión ni son indiferentes al contenido del mensaje; como regla general, con la sola excepción de la tesis que basa el fundamento de la libertad de expresión en su condición de derecho individual, en caso de conflicto con algún otro derecho o interés socialmente relevante, estas teorías no permiten que la libertad de expresión prevalezca en toda circunstancia.

No cabe duda que, al garantizar la libertad de expresión, cada texto constitucional puede inspirarse en alguna de las teorías previamente expuestas, confiriendo al derecho que comentamos un carácter absoluto o relativo, y señalando sus propios criterios para resolver, en función de esa teoría, los conflictos que se presenten entre la libertad de expresión, por una parte, y otros derechos o intereses igualmente dignos de protección jurídica, por la otra. Pero lo que nos interesa destacar aquí es la teoría que ha inspirado los tratados internacionales que consagran la libertad de expresión y que, en consecuencia, los Estados partes en esos tratados han asumido como suya y se han comprometido a respetar. En nuestra opinión, en esos tratados la libertad de expresión es vista en una doble perspectiva: como un fin en sí misma y como un medio para otros fines. En primer término, en esos tratados se parte de la premisa de que la libertad de expresión es inherente a la dignidad individual, y que ella tiene que ser respetada en cuanto ha sido reconocida como un derecho fundamental. En segundo lugar, es evidente que, incidentalmente, el ejercicio de esta libertad puede ser de utilidad para el grupo social, permitiéndole alcanzar distintos fines; pero, en particular, en esos tratados está implícita su función en una sociedad democrática, y su condición de herramienta del proceso político.