

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA*

*Ximena Fuentes Torrijo***

RESUMEN

Una de las diferencias más destacables entre el Convenio Europeo y la Convención Americana de Derechos Humanos es que ésta última prohíbe expresamente toda forma de censura. Se ha podido apreciar que, en varios casos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado legítimas ciertas formas de censura. Esto ha llevado a la propia Corte Interamericana a concluir que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”. El presente artículo cuestiona esta posición, en la medida que lleva a reducir a un mínimo, a veces inadecuado, el ámbito de la regulación gubernamental en materia de expresión. Los gobiernos no son los únicos enemigos de la libertad de expresión. El dinero y el poder también la pueden amenazar y dañar seriamente. En el mundo actual, el propio ejercicio de la libertad de expresión por algunos puede dejar a muchos sin posibilidad de expresarse. Es en estos casos que se requiere la acción del Estado para garantizar una real democracia. ¿Está preparado el sistema interamericano para enfrentar estos problemas? En la medida que, en materia de libertad de expresión, la Convención Americana se ha centrado fuertemente en el aspecto individual del derecho, limitando excesivamente el aspecto colectivo del mismo, creo que no.

La libertad de expresión, comparada con otras conductas humanas, goza de un lugar privilegiado en tanto ha sido definida como un derecho fundamental de las personas que los sistemas políticos deben proteger y fomentar. En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se concibe la protección de la libertad de expresión (libertad de opinión y de información) como un derecho fundamental de la persona. Es así como el artículo 4 de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”. Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que:

Artículo 13. *Libertad de pensamiento y de expresión*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto

* Este artículo se inserta dentro del proyecto Fondecyt N° 1010453 sobre ‘El derecho a la libertad de opinión e información frente al derecho al honor y a la vida privada en Chile’.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (U. de Chile). D. Phil (Oxford). Profesora de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho U. de Talca.

a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respecto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La libertad de expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos se concibe como un derecho humano que antecede al estado, es decir, se trata de un atributo de las personas consustancial con su ser, que no es creado ni otorgado por el estado.¹ Esta idea se encuentra en el propio preámbulo de la Convención al señalar que se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado

Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.² Al vincularse estrechamente con la noción de los atributos inherentes de la persona humana, el fundamento de la libertad de expresión parece encontrarse en un derecho individual al libre desarrollo de la personalidad y la autorrealización. Así concebida, la libertad de expresión se presenta, primeramente, como una libertad negativa en el sentido de excluir la invasión por parte del estado de un área de autonomía de los individuos.

Sin perjuicio de la fuerza de este argumento en su aplicación a la idea general de los derechos humanos, tratándose de la libertad de expresión se debe reconocer que hay aspectos de la misma que no pueden fácilmente explicarse en función de esta directa relación con los atributos inherentes o consustanciales de la persona humana. Es decir, la libertad de expresión y su especial lugar como un derecho fundamental no pueden completamente explicarse por su relación con el desarrollo de la autonomía individual. Sobre la base de este tipo de fundamento es a veces difícil explicar por qué quienes reciben las expresiones de otros se encuentran obligados a tolerarlas. En relación con este punto es útil preguntarse, como lo hace Barendt, por qué la libertad de expresión es particularmente importante para el desarrollo y bienestar personal.³ Como bien señala este autor, hay muchas otras actividades o necesidades humanas que también contribuyen al bienestar personal, pero que no gozan de la misma relevan-

¹ Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 24.

² Ver también el preámbulo de la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión ordinaria No. 108 (octubre, 2000) que señala que se considera que “el derecho a la libertad de expresión no es una concesión de los Estados sino un derecho fundamental”. El Principio 1 dispone que: “La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.”

³ Barendt, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1985 [1996], p. 17.

cia que la libertad de expresión en el discurso constitucional y, debemos agregar, tampoco en el discurso de los derechos humanos. Por ejemplo, Barendt hace notar la importancia de una adecuada vivienda y educación, de la utilidad de viajar gratis por el mundo para abrir los horizontes intelectuales de las personas, intereses éstos que no han obtenido la misma protección que la conseguida por la libertad de expresión. Por supuesto, en la medida que la libertad de expresión puede concebirse como una libertad negativa, hay razones prácticas para distinguirla de esos otros derechos o eventuales derechos que también contribuirían al desarrollo de la personalidad y la autorrealización. Sin embargo, agrega Barendt, existen casos en que será difícil identificar un factor de autorrealización en algunas formas de expresión que se han intentado proteger constitucionalmente. Ese sería el caso de la libertad para publicitar determinados productos o de la libertad para hacer contribuciones financieras a campañas políticas o de ciertas formas de pornografía que, a primera vista, podrían vincularse con los argumentos sobre bienestar personal y autorrealización pero que, luego de un escrutinio más profundo, tienen –según Barendt– poca relación con la teoría según la cual el fundamento de la libertad de expresión se encuentra en el desarrollo moral e intelectual de cada persona; más bien, estos serían casos relacionados con una demanda general por mayor libertad, pero no explicarían la especial importancia de la libertad de expresión como derecho fundamental.⁴

Pero el fundamento de la libertad de expresión no se agota en la necesidad de otorgar a las personas la oportunidad de autorrealización, también existe un valor social o colectivo que se promueve a través de la libertad de opinión e información: el desarrollo y fortalecimiento de la democracia. Esta vinculación con la democracia nos presenta el aspecto colectivo de la libertad de expresión, que se puede encontrar tanto en la libertad de emitir opiniones e informaciones, como en el derecho al acceso a la información. Como bien dicen Abramovich y Courtis, “este

carácter público o social tiende a relevar el empleo instrumental de la información no como –o no sólo como– factor de autorrealización persona, sino como mecanismo o andamiaje de control institucional”.⁵

El presente trabajo tiene por objeto examinar hasta qué punto el sistema interamericano de protección de los derechos humanos recoge este aspecto colectivo de la libertad de expresión. En particular, se examinará la tensión que existe entre el aspecto individual (o libertario) de la libertad de expresión y el aspecto social que concibe esta libertad en función de su utilidad para promover la democracia. Esta tensión es real y no desaparece por la simple invocación de un supuesto principio de complementariedad. En este contexto, este artículo parte de la base de que no siempre es posible proteger ambos aspectos de la libertad de expresión en forma simultánea, como propone la Corte Interamericana de Derechos en su decisión en el caso *Ivcher Bronstein*.⁶ Surge entonces la pregunta de cómo dar completa cabida al aspecto social, el cual puede involucrar mayores restricciones al aspecto individual que aquellas específicamente contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

LAS IMPLICACIONES DEL ASPECTO COLECTIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El carácter instrumental que cumple la libertad de expresión en la promoción y funcionamiento de la democracia ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia de tribunales nacionales como supranacionales. Como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la

⁵ Abramovich y Courtis, ‘El acceso a la información como derecho’, en González y Viveros (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, p. 200.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein*, párrafo. 149.

⁴ *Ibid.*, pp. 14-19.

Colegiación Obligatoria de Periodistas, la libertad de expresión no sólo consiste en un derecho individual que obliga a que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, sino que también implica “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.⁷ En esta dimensión social es evidente que la libertad de expresión no sólo sirve para el desarrollo de la autonomía de cada persona, sino que puede servir también un fin claramente relacionado con el desarrollo y la promoción de formas democráticas de gobierno. De otra manera, sería difícil explicar exclusivamente, en términos de autonomía y autodeterminación personal, el que se proteja el derecho de los ciudadanos a conocer las opiniones e informaciones de que disponen otros.⁸

Si bien es cierto que el fundamento para la protección de la libertad de expresión es doble: promoción de la democracia y autonomía individual, comparto con Barendt la opinión según la cual el argumento que se basa en la democracia cumple el rol más relevante a la hora de determinar el ámbito de acción del derecho a la libertad de expresión:

... el argumento de la democracia ha sido la teoría más influyente en el desarrollo de la legislación sobre libertad de expresión en el siglo veinte. El hecho que en cierta medida las expresiones obscenas y comerciales, además del discurso político, sean cubiertas por la disposición sobre libertad de expresión no desautoriza esta conclusión. La extensión de la protección constitucional a este tipo de expresiones ha sido... extremadamente controvertida. Pero los tribunales son comprensiblemente renuentes a tolerar la regulación de algunas variedades de ex-

presiones no políticas, en gran medida debido a que desconfían de la habilidad del legislativo para distinguir éstas de la genuina discusión de asuntos públicos, o debido a que temen que ésta última pueda ser inhibida por las restricciones significativas a la libertad de expresión... Se debe admitir que frecuentemente los jueces al interpretar disposiciones sobre libertad de expresión son influidos por diversas motivaciones que explican la existencia de las mismas. Esto es correcto, ya que ningún argumento tiene el monopolio de la verdad y las disposiciones constitucionales, ciertamente, están redactadas a la luz de diversas perspectivas filosóficas. Pero la jurisprudencia demuestra la importancia central de las expresiones políticas, y esto a su vez indica, como se sugiere, la preeminencia de este tercer fundamento para la libertad de expresión.⁹

Esta idea es compartida por Fiss, quien, refiriéndose a la tradición estadounidense en materia de libertad de expresión, señala lo siguiente:

Según la tradición alabada por Kalven, la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda equivale a una protección de la autonomía —el derecho pone una coraza alrededor de quien habla. Sin embargo, la teoría que motiva esta protección, que inspiró a Kalven y, antes de él, a Meiklejohn, y que ahora domina en este campo, formula el propósito subyacente de la Primera Enmienda en términos sociales o políticos: El propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual, sino más bien la

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 30.

⁸ Nótese aquí el empleo del término ‘exclusivamente’, que no excluye que la información también sirva la ‘función de maximizar el campo de autonomía personal’ (ver Abramovich y Courtis, *loc. cit.*, p. 198).

⁹ Barendt, *op. cit.*, p. 23 (mi traducción). El tercer fundamento al que se refiere es el que se basa en la democracia. Los otros dos fundamentos eran los basados en el descubrimiento de la verdad y en la autonomía o autorrealización personal. Ver también su capítulo V, sobre la expresión política y el lugar preferente que ocupa en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos y de algunos tribunales nacionales: pp. 145 y ss.

preservación de la democracia, y el derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida desea vivir. La autonomía no es protegida por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento para la autodeterminación colectiva. Le permitimos al pueblo hablar de manera que otros puedan votar. La expresión permite que la gente vote inteligente y libremente, consciente de todas las opciones y en posesión de toda la información relevante.¹⁰

Es a luz de esta tradición a la que refiere Fiss que uno debe leer los diversos fallos que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido ocasión de pronunciar en materia de libertad de expresión. Entre estos fallos cabe destacar el dictado en *Whitney v. California*, en que el juez Brandeis señaló que:

Aquellos que obtuvieron nuestra independencia creían ... que el debate público era un deber político; y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno americano. Ellos reconocieron los riesgos a los que están expuestas todas las instituciones humanas. Pero ellos sabían que el orden no puede asegurarse meramente a través del temor a un castigo por su violación; que es peligroso desincentivar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo alimenta la represión; que la represión alimenta el odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el camino hacia la seguridad se basa en la oportunidad de discutir libremente acerca de supuestos agravios y sus posibles remedios; y que el remedio adecuado para consejeros malignos consiste en buenos consejeros. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través del debate público, ellos han evitado el silencio obligado por el derecho —el argumento de la

¹⁰ Fiss, *Liberalism divided. Freedom of speech and the many uses of state power*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, p. 12 (mi traducción).

fuerza en su peor forma. Reconociendo la ocasional tiranía de las mayorías en el gobierno, reformaron la Constitución de tal manera que la libertad de expresión y de asociación debiera ser garantizada.¹¹

Esta misma perspectiva es recogida posteriormente en el muchas veces citado caso *New York v. Sullivan*, en que el juez Brennan, al examinar el caso suscitado por las críticas formuladas en la prensa contra la gestión de un funcionario público, señaló que:

... consideramos este caso a la luz de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate acerca de asuntos públicos debiera ser desinhibido, robusto y abierto, y que éste bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces incómodos hacia el gobierno y los funcionarios públicos.¹²

La Corte Europea de Derechos Humanos hace tiempo reconoció la relación entre libertad de expresión y democracia. Es así como en el caso *Handyside* (1976) señaló que:

... la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática; sujeta al párrafo 2 del artículo 10, ella se aplica no sólo a la información o ideas que son recibidas en forma favorable o que son consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, chocan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población.¹³

La misma idea se encuentra en las sentencias pronunciadas en el caso *Sunday Times*

¹¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, pp. 375-376 (mi traducción).

¹² Corte Suprema de los Estados Unidos, *Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, p. 270 (mi traducción).

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Handyside*, párrafo 50 (mi traducción).

(1979)¹⁴ y en el caso *Lingens* (1986)¹⁵, en los cuales la Corte Europea aprovechó de destacar la importancia de la prensa en la formación de la opinión pública en materias de interés público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido esta íntima relación entre democracia y libertad de expresión.¹⁶ Es así como ha señalado que:

69... el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. 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...

70. 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 deseen 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 está bien informada no es plenamente libre.¹⁷

El argumento según el cual la libertad de expresión encuentra su fundamento en las bondades de un debate abierto y plural que caracteriza a las sociedades democráticas es, como bien indica Barendt, un argumento eminentemente utilitarista o consecuencialista, a pesar de que esta libertad tienda a adoptar, como se ha visto, la forma de un derecho inherente a la persona humana.¹⁸ Este aspecto utilitarista abre las posibilidades de discusión sobre eventuales circunstancias en las que se justifiquen ciertas restricciones a la libertad de expresión en función, precisamente, del fortalecimiento de la democracia. Es decir, el argumento que se funda en la democracia puede servir un doble objetivo: por un lado, contribuye a reforzar la protección que debe brindarse a la libertad de expresión cuando ésta colisiona con otros derechos,¹⁹ pero, por el otro lado, paradójicamente también puede servir para privar a la libertad de expresión de ese aspecto 'no transable' que caracteriza a los derechos humanos. Sobre este punto es necesario subrayar que la idea de los derechos humanos implica que ciertos intereses alcanzan la calidad de 'derechos' con supremacía sobre otros intereses que no comparten tal carácter. Los derechos, como señala Dworkin, juegan como 'cartas triunfo' que prevalecen sobre objetivos sociales que no logran alcanzar la condición de derechos.²⁰ Por lo tanto, como señala Merrills, 'si una preferencia se puede transformar en un derecho, la posición

y la sentencia en el caso *Ivcher Bronstein*, párrafos 149 y 150.

¹⁸ Barendt, *op. cit.*, p. 21.

¹⁹ Para Llamazares Calzadilla, este reforzamiento del derecho a la libertad de expresión que se produce a consecuencia de su carácter de garantía institucional (además de garantía individual), se traduce en que la libertad de expresión adopta en su relación con otros derechos fundamentales, una posición preferente en caso de conflicto: *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 46.

²⁰ Dworkin, 'Rights as Trumps', en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984 [1992], p. 153. Ver también: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, 1977.

¹⁴ Ver párrafo 65.

¹⁵ Ver párrafos 41 y 42 del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lingens*.

¹⁶ Más adelante, sin embargo, se verá que existen importantes diferencias entre el sistema interamericano y el europeo en lo que se refiere a las implicaciones que tiene la relación entre libertad de expresión y democracia.

¹⁷ Opinión consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC-5/85, párrafo 70. Ver también sentencia de la Corte Interamericana en el caso "*La Última Tentación de Cristo*", párrafo 68

del nuevo tenedor de ese derecho es altamente reforzada, especialmente cuando se enfrenta con un adversario cuya preferencia no ha sufrido tal transformación'.²¹ De esta manera, si ciertos aspectos de la libertad de expresión de justifican por su contribución al desarrollo de la democracia, enfrentados a una situación de restricción de la libertad de expresión, los tribunales y todos aquellos quienes deban interpretar y aplicar este derecho, estarán autorizados para efectuar una ponderación de los diversos factores sociales envueltos, debiendo considerar una serie de intereses relativos al funcionamiento de la democracia, intereses que no siempre coincidirán con derechos establecidos.²² Dicho de otra manera, al fundarse en la democracia, la libertad de expresión podría ser despojada de parte importante de su fuerza como derecho fundamental y sería posible, entonces, justificar un amplio espectro de restricciones.

Para evitar que el fundamento democrático de la libertad de expresión se transforme en un argumento autodestructivo, es decir, que justifique cualquier limitación a la libertad de expresión autorizada por la mayoría, es necesario tener presente que la democracia no es el único fundamento de la libertad de opinión e información, sino que también existe el argumento basado en la autonomía y autorrealización personal.²³ También es importante considerar que, en todo caso, la democracia no se reduce simplemente a sancionar la regla de la mayoría, sino que ésta a su vez se justifica porque permite el establecimiento de una sociedad pluralista, tolerante y abierta.²⁴ La democracia, en ese sentido, debe defenderse de la tiranía de la mayoría. Teniendo estos factores en cuenta, los operadores del

derecho, cuando se enfrentan a una restricción a la libertad de expresión fundada en un supuesto fortalecimiento de la democracia, deben partir de la base que la libertad de expresión debe resguardarse y que sólo en casos bien justificados puede permitirse la restricción.

Es este tipo de razonamiento jurídico, en el que se reconoce el importante papel de la libertad de expresión en el establecimiento de una sociedad pluralista, el que ha empleado la Corte Europea de Derechos Humanos en los varios casos acerca de libertad de expresión sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse.²⁵ Sobre este punto, es el propio Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece la relación fundamental que existe entre libertad de expresión y democracia,²⁶ condicionando todas las posibles restricciones a la libertad de expresión a que éstas sean necesarias en una sociedad democrática. Al respecto, en el caso *Handyside* la Corte Europea analizó la prohibición de un libro dirigido a escolares en función del inte-

²⁵ En su sentencia en el caso *The Observer and Guardian v. Reino Unido* (1991), la Corte Europea fue clara al señalar que las excepciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas en forma restringida y que deben estar convincentemente justificadas (ver párrafo 59 de la sentencia).

²⁶ El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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

²¹ Merrills, 'Environmental Protection and Human Rights: Conceptual Aspects', en Boyle and Anderson (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 29. Mi traducción.

²² Esta consecuencia también es identificada por Barendt, *op. cit.*, p. 21.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Así caracterizó la Corte Europea lo que es una sociedad democrática en el caso *Handyside* (1976), párrafo 49.

rés por proteger la moral. ¿Hasta qué punto esta prohibición fundada en la protección de la moral de los jóvenes podía estimarse compatible con la existencia de una sociedad democrática? El fallo se pronunció a favor de la prohibición después de considerar que el libro estaba dirigido a un público de jóvenes entre los doce y los dieciocho años y que el gobierno se encontraba autorizado para aplicar su margen de apreciación tratándose de la protección de la moral de estos niños, teniendo presente que en los diversos países europeos no podía extraerse un concepto uniforme de moral.²⁷ Es decir, la Corte consideró compatible con una sociedad democrática la existencia de diversos patrones de protección de la moral de los jóvenes en los diversos países de Europa. Esta misma posición se ha repetido en otros casos presentados ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso de la película *Visions of Ecstasy* la Corte estimó que todavía no existía una base común en las normas jurídicas y sociales de los Estados miembros del Consejo de Europa como para concluir que la existencia de un sistema de restricciones respecto de la divulgación de material blasfemo fuera *per se* innecesario en una sociedad democrática.²⁸ Asimismo, en el caso *Otto-Preminger Institute v. Austria* (1994) la Corte Europea estimó que, en las circunstancias del caso, se justificaba imponer una restricción a la divulgación de una película antirreligiosa para mantener la paz religiosa en un área del país, la región tirolesa, donde existe una alta concentración de personas que pertenecen a la religión católica romana y donde la religión juega un papel muy importante en la vida diaria de estas personas.²⁹

En el caso *Sunday Times* (1979), la Corte Europea especificó que:

²⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia en el caso *Handyside*, párrafos 52 y 57.

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia en el caso *Wingrove vs. Reino Unido* (1996), párrafo 57.

²⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia en el caso *Otto-Preminger Institute v. Austria* (1994), párrafos 5 y ss.

Para evaluar si la interferencia de la cual se alega se ha basado en razones “suficientes” que la hacen “necesaria en una sociedad democrática”, debe tomarse en cuenta el elemento de un interés público envuelto en el caso.³⁰

El caso *Sunday Times* se refería a la prohibición judicial de la publicación de un artículo sobre las víctimas de la talidomida por existir un proceso judicial pendiente en el que se discutía sobre la responsabilidad y la negligencia de la compañía farmacéutica Distillers. La Corte estimó que, *prima facie*, podía existir un interés público en la restricción a la libertad de expresión: el interés por resguardar la imparcialidad y la autoridad del poder judicial. Sin embargo, después de un examen detallado llegó a la conclusión de que el interés público envuelto en la libertad de expresión debía triunfar frente al interés público de resguardar la imparcialidad del poder judicial:

Teniendo presente todas las circunstancias del caso y sobre la base de la perspectiva descrita en el párrafo 65 anterior, la Corte concluye que la interferencia de la que se reclama no corresponde a una necesidad social suficientemente imperiosa como para pesar más que el interés público en la libertad de expresión, conforme al significado del Convenio. Por lo tanto, la Corte halla que las razones para la restricción impuesta sobre los demandantes no son suficientes conforme al artículo 10(2). Esta restricción no es proporcionada al legítimo objetivo perseguido; no era necesaria en una sociedad democrática para resguardar la autoridad del poder judicial.³¹

El empleo del criterio de necesidad dentro de una sociedad democrática para definir la compatibilidad o incompatibilidad de una determinada restricción a la libertad de expresión se ha traducido en Europa en una distinción entre expresiones políticas, por una par-

³⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Sunday Times* (1979), párrafo 65 (mi traducción).

³¹ *Ibid.*, párrafo 66 (mi traducción).

te, y otro tipo de expresiones, tales como las expresiones comerciales y artísticas, por la otra. Las expresiones políticas son las que obtienen el mayor grado de protección. Las expresiones artísticas y comerciales, a pesar de reconocerse su carácter de expresión para los efectos del artículo 10, suelen recibir una menor protección, precisamente porque, en principio, tratándose de ellas, existiría un mayor espacio para aceptar interferencias, pudiéndose ponderar ciertos intereses sociales sin por ello transformar las restricciones en incompatibles con la existencia de una sociedad democrática. Así, por ejemplo, en el caso *Müller y otros* (1988), enfrentada a la orden de retirar una serie de pinturas obscenas de una exhibición artística gratuita y destinada para un gran público, incluidas familias con sus niños, la Corte Europea estimó que, si bien el artículo 10 del Convenio no cubre exclusivamente las expresiones explícitamente políticas sino también las expresiones artísticas,³² el interés legítimo del Estado de proteger la moral, en un contexto europeo en que no existe un concepto uniforme de moralidad, justificaba la restricción impuesta.³³

En lo que se refiere a las expresiones comerciales, es necesario considerar el caso *Markt Intern* (1989) relativo a una publicación comercial en que se acusaba a una determinada empresa de venta de productos cosméticos por catálogo de no haber dado cumplimiento a las condiciones sobre devolución de productos ofrecidas por la empresa. En este caso la Corte Europea afirmó que las expresiones comerciales también estaban cubiertas por el artículo 10 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, pero que en las circunstancias del caso, el resguardo de la competencia leal justificaba la imposición de una restricción a una publicación referida a un incidente comercial aislado que podría haber ocasionado daños gratuitos a la reputación comercial de una determinada compañía.³⁴

³² Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Müller y otros* (1988), párrafo 27.

³³ *Ibid.*, párrafos 35 y 36.

³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Markt Intern* (1989), párrafos 35 y 36.

Los casos anteriormente referidos y el énfasis que la Corte Europea de Derechos Humanos ha puesto sobre el fundamento democrático de la libertad de expresión, ponen de manifiesto una diferencia fundamental entre el sistema europeo y el sistema americano de protección supranacional de la libertad de expresión. La Convención Americana de Derechos Humanos no se refiere explícitamente a la relación que existe entre libertad de expresión y promoción de la democracia.³⁵ Ciertamente, no puede omitirse el hecho de que la jurisprudencia de los órganos interamericanos de supervisión han reconocido la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo de una sociedad democrática.³⁶ Sin

³⁵ Debe advertirse en todo caso que el artículo 29 de la Convención Americana dispone que la interpretación de la Convención no puede excluir otros derechos y garantías que se derivan de la forma democrática representativa gobierno. Sin embargo, nótese que se habla sólo de derechos y garantías, excluyéndose otros intereses que no reúnan esas características. En este contexto, es interesante subrayar lo que señala la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVIII dispone que: "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático".

³⁶ Así en su opinión consultiva OC-5/85, la Corte Interamericana señaló, en el párrafo 70, que: "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 deseen 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 está bien informada no es plenamente libre." En el caso *Ivcher Bronstein*, párrafo 149, la Corte se pronunció en el siguiente sentido: "La Corte considera que ambas dimensiones [la individual y la social] poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel

embargo, al señalar que el aspecto individual y el aspecto social tienen la misma importancia, como lo ha hecho la Corte Interamericana, y que, por lo tanto, ambos deben ser garantizados en forma simultánea, en los hechos se está dando preponderancia al aspecto individual, puesto que a este aspecto individual se otorga la calidad de intocable, mientras que siempre se podría presentar algún argumento plausible según el cual el aspecto social resulta, a la larga, mejor protegido en un entorno de completa libertad.

Correspondería ahora revisar aquellas situaciones en que puede darse un conflicto entre el aspecto individual y la dimensión colectiva de la libertad de expresión y examinar cómo el texto de la Convención Americana puede dificultar la solución de este tipo de conflicto. Sin embargo, antes de entrar de lleno en este tema, es necesario precisar primeramente que existe un ámbito en que, en vez de conflicto, existe complementariedad entre ambos aspectos. El sistema interamericano, como se verá, está preparado para recoger esta complementariedad, que se traduce en un fortalecimiento de la libertad de expresión cuando ésta entra en conflicto con otros derechos fundamentales, tales como la honra y la vida privada de los funcionarios públicos.

LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL FORTALECIMIENTO DE ESTE DERECHO FRENTE A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como señala Llamazares Calzadilla, el aspecto colectivo de la libertad de expresión, o lo que ella llama su condición de garantía institucional, refuerza la eficacia de este de-

recho en su relación con otros derechos fundamentales, de tal manera que la libertad de expresión adoptaría una posición preferente en caso de conflicto.³⁷ Esto es lo que sucedería en caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor y a la vida privada, cuando se encuentra envuelta una información u opinión de interés público.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión nombrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado en sus informes que uno de los problemas más frecuentes que afectan la libertad de expresión en la región es la existencia de leyes que tienden a poner a los gobiernos y a los funcionarios públicos que los componen al margen de la crítica. Esto es lo que ocurre con las llamadas leyes de 'desacato' o 'difamación' o con el empleo de las figuras penales de injurias y calumnias para inhibir la crítica, a veces ácida, que se puede formular respecto de funcionarios públicos. Estos casos presentan un conflicto entre libertad de expresión, por una parte, y derecho al honor y a la vida privada, por la otra. El aspecto colectivo de la libertad de expresión se traduce, en estos casos, en el empleo de una serie de criterios que otorgan a la libertad de expresión preferencia sobre el honor y la privacidad. Esta idea es compartida por la Relatoría para la Libertad de Expresión establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³⁸ como también por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de la Libertad de Opinión y Expresión.³⁹ El primero ha indicado los siguientes

³⁷ Llamazares Calzadilla, *op. cit.*, p. 46.

³⁸ Ver 'Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión', en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 3 rev., 13 abril 2000, pp. 18 y ss.

³⁹ Ver *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted in accordance with Commission resolution 1999/36*, E/CN.4/2000/63, párrafo 52 y *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion*

que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones". Y, por último, en el caso de la película "La Última Tentación de Cristo" la Corte, en los párrafos 66 y 67 reitera lo señalado en las decisiones anteriores.

criterios para resolver los eventuales conflictos entre libertad de expresión y la protección del honor y la vida privada de los funcionarios públicos: (i) un sistema dual de protección, que distinga entre personas públicas y privadas, y que establezca límites más amplios al ámbito de la crítica aceptable para las primeras; (ii) la imposición sólo de sanciones civiles en caso que se demuestre que hubo 'real malicia' en el uso de información falsa; (iii) la inmunidad del reporte fiel, aun cuando la información no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona.⁴⁰

Respecto de las leyes de desacato, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que:

La aplicación de leyes para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte indirectamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y estructurar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.⁴¹

and expression, Mr. Abid Hussain, submitted in accordance with Commission resolution 2000/38, E/CN.4/2001/64, párrafos 43 y ss.

⁴⁰ 'Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión', en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 3 rev., 13 abril 2000, vol. III, pp. 18-24.

⁴¹ OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev. (1995), p. 218.

Y en otra parte de su informe se señala que:

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación y la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.⁴²

A la luz de las sentencias pronunciadas por la Corte Europea de Derechos Humanos, se puede elaborar una lista de factores relevantes a la hora de solucionar la colisión entre libertad de expresión, y derecho al honor y la vida privada, similar a la indicada por el Relator Santiago Cantón:⁴³

- 1) En primer término se debe tener presente que el carácter de personaje público que puede tener la persona que se siente ofendida implica que la extensión de la crítica aceptable es más amplia que si se tratara de un individuo particular.⁴⁴
- 2) Se debe tener presente, además, el importante papel que juega la prensa en la divulgación de información e ideas sobre materias políticas.⁴⁵
- 3) Es importante, además, distinguir entre información sobre hechos y la elabora-

⁴² *Ibid.*, p. 222.

⁴³ Ver Fuentes, 'Criterios para solucionar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de la honra de las personas: dos métodos distintos de razonamiento jurídico', en *Ius et Praxis* (2000), N° 1, pp. 437 y ss.

⁴⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Lingens*, párrafo 42.

⁴⁵ *Ibidem.*

ción de juicios de valor. En el caso *Lingens*, por ejemplo, el periodista en cuestión se había referido a la persona de Kiersky, un político austríaco, como un oportunista, inmoral e indigno. Todos estos adjetivos se pronunciaron dentro del contexto de la actitud asumida por Kiersky en relación con el supuesto pasado nazi de otro político austríaco con el cual Kierky pensó en algún momento aliarse. La Corte Europea señaló que en estas circunstancias Lingens no había ejercido su libertad de información sino su libertad de emitir una opinión y su derecho a divulgar sus ideas. Por supuesto, los juicios de valor también están sujetos a las restricciones del párrafo 2 del artículo 10 del Convenio Europeo pero, como juicios de valor que son, no se puede exigir prueba de su veracidad.⁴⁶

- 4) Debe considerarse además que las sanciones criminales que intenten imponerse a quienes hacen uso de su libertad de expresión no son, en general, proporcionadas al fin perseguido. En el caso *Castells v. España* (1992), la Corte Europea de Derechos Humanos se pronunció en el siguiente sentido:

... la posición predominante que ocupa el gobierno hace necesario que éste trate de abstenerse de recurrir al procedimiento criminal, particularmente cuando dispone de otros medios para responder a los ataques o críticas injustificadas de sus adversarios o de los medios.⁴⁷

La Corte no negó que en algunos casos pueda ser necesario recurrir al derecho penal para sancionar la difamación abiertamente maliciosa. Lo importante es que, en su opinión, el derecho penal debe ser usado como último recurso.

- 5) Finalmente, también debe tenerse presente el posible efecto disuasivo pemi-

cioso que puede tener la sanción impuesta sobre la prensa y otras personas en el ejercicio de su libertad de expresión.⁴⁸

LA SOSPECHA HACIA LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Una de las diferencias más destacables entre el Convenio Europeo y la Convención Americana es que esta última prohíbe expresamente toda forma de censura.⁴⁹ Se ha podido apreciar que, en varios casos, la Corte Europea ha estimado legítimas ciertas formas de censura.⁵⁰ Las diferencias entre ambas convenciones han sido reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas* (OC-5/85), calificándolas como 'diferencias significativas'.⁵¹ La propia Corte destaca en esta opinión consultiva el hecho que la prohibición a las restricciones a la libertad de expresión sea más explícita que en el Convenio Europeo, llegando a concluir que:

50... La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) ... demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.

Esta prohibición 'generosa' a las restricciones a la libertad de expresión en el contexto interamericano de protección de los dere-

⁴⁸ Ver el fallo de la Corte Europea en el caso *Thorgeison v. Islandia* (1992), párrafo 68.

⁴⁹ En la Convención Americana sólo cabría un caso de censura con el exclusivo objeto de regular el acceso a los espectáculos públicos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia.

⁵⁰ Ver casos *Handyside, Müller y Otros, Wingrove v. Reino Unido*, y *Otto Preminger Institute v. Austria*.

⁵¹ Ver párrafos 45 a 49.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 45. Ver también caso *Oberschilek v. Austria* (1991), párrafo 63.

⁴⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Castells v. España* (1992), párrafo 46.

chos humanos, se traduce en una visión negativa del control gubernamental que pueda ejercerse sobre la libertad de expresión. Es así, como en esta misma opinión consultiva la Corte agrega que:

55... resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

Pero sabemos que los gobiernos no son los únicos enemigos de la libertad de expresión. El dinero y el poder también pueden amenazar y dañar seriamente la libertad de expresión. La Corte Interamericana, en todo caso, se ha referido al peligro que representan los monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación y está consciente de la necesidad de evitarlos. Lo que llama la atención, sin embargo, es que la Corte no haya indagado sobre las diversas formas que existen para combatir estos monopolios económicos o los efectos de los mismos sobre la libertad de expresión. Pareciera que la Corte sólo piensa en una regulación económica de estos monopolios, pero ¿qué pasa con la regulaciones estatales que estuvieran dirigidas a hacer el debate más abierto y plural? ¿Hasta qué punto ese tipo de regulación sería compatible con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos? Tampoco, repara la Corte en la posible existencia de monopolios ideológicos, es decir, aquellos en que, no existiendo concentración de la propiedad de los medios de comunicación, los diversos propietarios de los mismos comparten una misma ideología y la imponen a través de sus medios.

Este es un punto importante. El énfasis en el aspecto individual de la libertad de expresión se traduce en el rechazo a todo tipo de regulación. Cualquier regulación estatal aparece como sospechosa. Esta manera de concebir la libertad de expresión ha encon-

trado eco en el Tribunal Constitucional chileno, el cual en sentencia pronunciada respecto del reclamo de inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo", se refirió en los siguientes términos al derecho a la información:

21) ... el derecho establecido en el proyecto de ley para que las personas recibieran información, se refiere a que, proporcionadas por los medios de comunicación, nace el derecho. Ello no significa en ningún caso que se pueda obligar a alguna persona o a algún medio a entregar determinadas informaciones.

Si así fuera y se entendiera que la autoridad puede obligar a las personas o a los medios a informar, se estaría atentando contra claros preceptos constitucionales, como son la autonomía de los grupos intermedios que está consagrada en el artículo 1, inciso tercero, de nuestra Ley Fundamental y la libertad de opinar y de informar sin censura previa.

22) Que, el derecho que se consagra en el proyecto de ley no otorga en ninguna de sus partes una atribución al Estado para exigir que se dé una determinada opinión, noticia o información sobre el acontecer nacional o internacional. Las normas constitucionales deben ser interpretadas en forma armónica y sistemática y si se reconoce a las personas el derecho de opinar y de informar, y por otra parte, se garantiza a los cuerpos intermedios de la comunidad su adecuada autonomía, se desprende con claridad que ninguna norma legal puede obligar a las personas naturales o jurídicas a dar una información u opinión o a inmiscuirse en la autonomía que deben tener los grupos intermedios de la comunidad, entre los que se cuentan los medios de comunicación social.

24) ... toda otra comprensión del precepto legal objetado podría interpretarse en el sentido que se estaría imponiendo una forma de censura al obligar a entregar

información, lo que violenta el derecho en su esencia.⁵²

En este entendido, el Tribunal Constitucional consideró que no correspondía que la ley en cuestión obligara al Estado a garantizar el pluralismo político en el sistema informativo, desautorizándolo para asegurar la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión. En opinión del Tribunal:

31) ... desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio —que la Constitución reconoce, ampara y garantiza— sino, además, una violación directa a la libertad de emitir opinión y de informar ... sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio... Tan sensible es esta libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria: “sin censura previa”, término cuyo *quid* conceptual hoy no es otro que “sin interferencias” de nadie.

La sentencia comentada se opone a todo tipo de regulación que pudiera interpretarse como una interferencia con la autonomía de los medios de comunicación para decidir qué opiniones o informaciones divulgar. Se trata de un argumento eminentemente liberal en su sentido clásico; es decir, que ve en el estado al enemigo natural de la liberal.⁵³ El énfasis descansa en la libertad o autonomía de quien se expresa o del medio de comunicación a tra-

vés del cual se expresa, y se puede apreciar que la contribución que la libertad de expresión efectúa hacia el desarrollo democrático no estuvo presente en la mente de los jueces del tribunal constitucional chileno. Esto es grave, si se piensa que Chile es un país en el que la concentración económica e ideológica de los medios es especialmente marcada.⁵⁴

La experiencia comparada nos demuestra que un papel activo del estado en la promoción de una prensa democrática no es necesariamente contrario al principio de la libertad de expresión. En Estados Unidos la Corte Suprema se pronunció a favor de una ley que obligaba a las radioemisoras a transmitir informaciones de interés público y a mostrar las distintas posiciones involucradas en el debate, en el caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* (1969).⁵⁵ La teoría detrás de esta legislación se conoce como la ‘fairness doctrine’, que fue explicada en los siguientes términos por la Corte Suprema en *Red Lion*:

Del mismo modo que el gobierno puede limitar el uso de un equipo amplificador de sonido que potencialmente es tan ruidoso como para ahogar la expresión privada civilizada, también puede limitar el uso del equipo comunicacional. La libertad de expresión del comunicador, el usuario de una banda de sonido, o cualquier otro individuo no poseen un derecho a sofocar la expresión de otros.

Cuando dos personas conversan frente a frente, si ambas quieren ser entendidas en forma clara, no deben hablar al mismo tiempo. Pero el rango de la voz humana es tan limitado que puede haber comunicación inteligible si la mitad de la gente en los Estados Unidos habla y

⁵² Tribunal Constitucional de la República de Chile, Sentencia Rol 226 (1995).

⁵³ Fiss, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Gedisa, Barcelona, 1996, edición en castellano 1999, p. 72.

⁵⁴ Para un estudio detallado sobre esta materia, ver Sunkel y Geoffroy, *Concentración Económica de los Medios de Comunicación*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2001.

⁵⁵ 395 U.S. 367. Debe advertirse que durante la administración del Presidente Reagan, la doctrina formulada en este caso fue eliminada como inconstitucional. Ver, Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, p. 81.

la otra mitad escucha. En forma igualmente clara, la mitad de la gente puede publicar y la otra mitad leer. Pero el alcance de las señales de radio es incomparablemente mayor que el rango de la voz humana y el problema de interferencia es una realidad evidente. La falta de conocimiento y de equipamiento puede dejar a muchos fuera del aire, pero, si lo que se quiere obtener es una comunicación inteligible, sólo una fracción de aquellos que poseen los recursos y la inteligencia para hacerlo podrán esperar comunicarse en forma simultánea por radio, aun cuando el espectro de radio completo fuera utilizado en las condiciones comerciales actuales de la tecnología.

Por supuesto que se podría hacer una lectura restringida de las implicaciones de este fallo, señalando que sólo tiene aplicación para aquellas comunicaciones cuyo uso se encuentra limitado por la tecnología. Sin embargo, la tecnología no es el único factor que puede limitar el acceso a los medios de comunicación ni explicar el potencial de los mismos para frustrar el pluralismo deseado por el ideal democrático. Fiss señala que la teoría más plausible de la 'fairness doctrine' considera que es la economía y no la tecnología la fuerza que constriñe a la prensa.⁵⁶ Para Fiss, el hecho que la oferta informativa que brindan los medios de comunicación esté gobernada por las leyes del mercado crea el riesgo de que la cobertura informativa sea sesgada. No se trata de que se puedan o no establecer monopolios económicos en relación con los medios de comunicación, sino que las leyes del mercado tienden a que las empresas de los medios de comunicación prefieran maximizar sus ingresos en desmedro de la utilidad social que se cumple al dar cobertura a ideas que no sirven para obtener auspiciadores o vender productos.⁵⁷ A esto se debe agregar que en algunos países como Chile no existe pluralismo ideológico en el empresariado, lo cual se traduce en una fácil manipulación de

los medios de comunicación cuyos ingresos dependen en gran medida de la venta de publicidad.⁵⁸

A pesar de la existencia de un claro problema en el papel que cumplen los medios y la prensa en la promoción de una sociedad pluralista, América Latina parece insistir en el aspecto individual de la libertad de expresión, relegando a segundo plano el tema de la regulación de los medios para favorecer el debate público abierto. Si se leen los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llama la atención que no se trate en ninguno de ellos el problema de la concentración de los medios y la manipulación ideológica de los mismos por parte de propietarios y avisadores. Es cierto que en Latinoamérica existen situaciones brutales de represión a la libertad de expresión que justificadamente pueden parecer más apremiantes que la presión que ejerce el poder del dinero. Los siguientes son los problemas más graves identificados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: los asesinatos de periodistas, las múltiples amenazas de que son objeto los periodistas, la existencia de leyes de desacato, el uso de figuras penales como las injurias y las calumnias para acallar la crítica a los gobiernos y sus funcionarios, y la aplicación de diversas formas de censura previa.⁵⁹

⁵⁸ Sobre las presiones económicas que ejercen los avisadores sobre los medios ver: Otano y Sunkel, 'Libertad de los Periodistas en los Medios', en González y Viveros, *op.cit.*, pp. 278-281. En el reciente estudio de Sunkel y Geoffroy sobre *Concentración Económica de los Medios de Comunicación*, se concluye que la raíz de la falta de pluralismo en los medios de comunicación se debe, en gran medida, a la existencia de un empresariado ideologizado: "Nuestra hipótesis sería que la raíz del problema se encuentra en el empresariado chileno: esto es, un empresariado ideológicamente homogéneo, educado en una matriz económica neoliberal y en un conservadurismo valórico donde quienes se salen de este esquema constituyen excepciones a la tendencia general. Esto incluye no sólo a los propietarios de los medios sino también al conjunto de los avisadores": *op.cit.*, p. 115.

⁵⁹ Ver informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión: 1998, 1999 y 2000.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 75.

Estas situaciones se concentran en las acciones contrarias a la libertad de expresión que se cometen por parte de los gobiernos. La falta de pluralismo y las acciones contrarias a la libertad de expresión que se puedan realizar por la propia sociedad civil no han sido hasta ahora materia que merezca la atención de la Relatoría.

Llama la atención por ejemplo que, al referirse al tema de la relación entre la discriminación de la mujer y la libertad de expresión, el Relator Especial se concentre exclusivamente en la necesidad de promover una mayor libertad de expresión que, a su juicio, contribuiría a una mayor participación activa de la mujer en la denuncia de abusos y en la búsqueda de soluciones que resultarían en un mayor respeto a todos sus derechos fundamentales.⁶⁰ Se omite, entonces, toda mención a la posibilidad de que la propia libertad de expresión sea la que contribuya a la menor participación política de la mujer y la violencia contra su persona. Este es un tema que ha sido explorado por algunas feministas, especialmente en los Estados Unidos, para quienes la pornografía, por ejemplo, puede servir para perpetuar la subordinación de la mujer.⁶¹ Fiss, al examinar la constitucionalidad de una legislación de Indianápolis cuyo objeto era prohibir la comercialización (o tráfico) de cierto tipo de pornografía, aclara cómo una restricción a la libertad puede tener por efecto, precisamente, establecer las condiciones para un debate más abierto:

El decreto de Indianápolis, como un todo, está enraizado en una preocupación por la igualdad, lo que se aplica también a la prohibición del tráfico. No se basa en el disgusto o repulsión por la porno-

grafía brutal a la cual se refiere, a pesar de que ciertamente esto está presente, pero aspira a efectuar una pequeña contribución para erradicar la dinámica social que resulta de la subordinación de la mujer. Simplemente ofrecer la igualdad –tomada como un valor contenido en la Decimocuarta Enmienda– como una defensa para la regulación del tráfico no podría responder a la objeción que se basa en la libertad de expresión, a menos que se postulara una prioridad para la igualdad. Sin embargo, una vez que comprendemos que no se requiere mirar a la igualdad como un valor independiente, basado solamente en la Decimocuarta Enmienda, sino que ésta tiene una dimensión en la Primera Enmienda, la cuestión constitucional que presenta la disposición sobre tráfico se revela con una entera nueva luz. La democracia requiere que todos tengan una igual oportunidad para hablar y ser escuchados. La disposición sobre tráfico, dirigida como está hacia la industria pornográfica en sus formas más extremas, debe ser vista como una amiga y no una enemiga de la democracia: un esfuerzo para establecer las condiciones para un debate libre y abierto.⁶²

Llama la atención también, como ya se dijo anteriormente, que la Corte Interamericana, en su opinión consultiva OC-5/85, sólo se haya referido a una forma de restricción derivada de la acción no estatal: la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación.⁶³ Ninguna mención se hace a las restricciones que el propio mercado impone sobre el contenido de las informaciones ni cómo los privados, sin la necesaria existencia de monopolios sobre la propiedad de los medios, pueden limitar el ámbito del debate público. Esta sería omisión que la Corte Interamericana desecha

⁶⁰ Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 3 rev., p. 32.

⁶¹ Ver MacKinnon, 'Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech', en Mackinnon, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, y London, England, 1987, pp. 163 y ss. Ver también Mackinnon, *Only words*, 1993, *in passim*.

⁶² Fiss, *Liberalism Divided*, p. 87 (mi traducción).

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 56.

de plano toda posible regulación del mercado de la información que no tenga por exclusivo objeto la eliminación de los monopolios en la propiedad y control de los medios de información.⁶⁴ Esta posición se ha plasmado en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000.⁶⁵

¿Cómo explicar esta posición que se ha adoptado en el sistema interamericano de protección de la libertad de expresión? La explicación más plausible parece encontrarse en el escepticismo reinante en latinoamérica respecto del funcionamiento de la democracia. La historia de América Latina parece caracterizarse precisamente por la ausencia de democracia. Los regímenes autoritarios que han regido por décadas los destinos de esta parte del globo se han encargado de cometer las más graves violaciones a los derechos humanos. En este contexto, al efectuar una comparación entre el sistema europeo y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no puede dejar de constatarse que el segundo ha debido enfrentarse con atrocidades mayores, que el sistema europeo que nace en los años cincuenta no ha tenido, felizmente, ocasión de conocer. En este sentido, Cançado Trindade, actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que:

En el sistema europeo hasta la fecha, los casos en su gran mayoría han planteado cuestiones bajo el artículo 6 de la Convención Europea (debido proceso legal), y también bajo el artículo 5 (protección de la libertad y seguridad de la perso-

na), mientras que, en el sistema interamericano hasta el presente, en no menos del 70% de los casos se han alegado violaciones de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (bajo los artículos 4 y 5 de la Convención Americana).⁶⁶

En vista de la falta de democracia en latinoamérica, el sistema interamericano ha preferido reglar en forma detallada, en forma más detallada que el sistema europeo, los derechos protegidos y las situaciones de excepción contempladas. Esto es claro, como se ha visto en las páginas precedentes, en materia de libertad de expresión. Flexibilizar las disposiciones de la Convención Americana, se piensa, es demasiado riesgoso, ya que los gobiernos autoritarios aprovecharían cualquier posible justificación para limitar los derechos garantizados en la Convención. En Europa se reconoce a los gobiernos un cierto margen de apreciación en la implementación y cumplimiento de los derechos garantizados por el sistema europeo de derechos humanos. A diferencia del sistema europeo, la jurisprudencia de los órganos de supervisión del sistema interamericano de derechos humanos no contempla la doctrina del margen de apreciación y muchos, entre ellos el propio Presidente de la Corte Interamericana –Antonio Cançado Trindade–, consideran que este es un aspecto positivo. De hecho, Cançado Trindade califica como un hecho afortunado el que la doctrina del margen de apreciación no haya encontrado un desarrollo explícito en la jurisprudencia de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁷ Esta posición, a mi juicio, es demasiado extrema y omite un análisis más profundo acerca de los fundamentos de la doctrina del margen de apreciación. En particular, se podría decir que esta posición se basa en una perspectiva estática de la situación política en América Latina, que proyecta el debate sobre los derechos desde una óptica bipolar (respe-

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 54.

⁶⁵ Ver especialmente el Principio 5: “La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.”

⁶⁶ Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 387.

⁶⁷ *Ibidem.*

to o violación) que se extiende indefinidamente en el tiempo. La negación demasiado rápida de la utilidad de la doctrina del margen de apreciación en esta parte del hemisferio significa negar también la posibilidad de que en algunos países la discusión sobre la democracia introduzca elementos nuevos tales como la necesidad de limitar la libertad de expresión de algunos para garantizar la libertad de expresión de otros, que de otra manera permanecerían marginados de la arena pública. En la siguiente sección se examinará la utilidad y los peligros que encierra la doctrina del margen de apreciación para América Latina y para el fortalecimiento de la libertad de expresión.

LA UTILIDAD Y LOS PELIGROS DE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Una forma simple de explicar la doctrina del margen de apreciación en el sistema europeo de protección de los derechos humanos señala que la diversidad cultural existente en Europa justifica que se autorice cierta discreción a los estados para definir el ámbito de los derechos protegidos por el sistema. Esta diversidad cultural no sería tan evidente en el caso latinoamericano, en que es posible encontrar mayor consenso en los derechos fundamentales, motivo por el cual no ha surgido ni se requiere una doctrina del margen de apreciación como la que existe en el sistema europeo. Sin embargo, la doctrina de margen de apreciación tiene un fundamento de mucho más peso, que se concentra en el problema de equilibrar en su justa medida las facultades de supervisión que se entregan a ciertos órganos supranacionales con el poder soberano de los pueblos para determinar sus propias leyes.⁶⁸ En este sentido, la doctrina del margen de apreciación guarda estrecha relación con los debates que se han dado a nivel nacional sobre el ámbito adecuado de

la revisión judicial o constitucional de la legislación. De esta manera, no se trata simplemente de una deferencia hacia la identidad cultural de cada país, sino que a través de la doctrina del margen de apreciación se ha tratado de preservar el valor de la democracia. Como señala Mahoney:

El Convenio Europeo de Derechos Humanos está basado en una determinada filosofía política, según la cual la democracia política es el mejor sistema de gobierno para asegurar el respeto de las libertades fundamentales y de los derechos humanos. Cualquier teoría sobre la interpretación o la revisión que pueda hacer la Corte debe ser compatible con este supuesto básico de teoría política. En una sociedad democrática pluralista en varios de los temas cubiertos por el Convenio existirá un espectro de opiniones diferentes pero aceptables. La decisión de la Corte respecto de algún punto del Convenio se referirá frecuentemente a determinar si la opción de las autoridades nacionales se ha mantenido dentro del espectro permisible.⁶⁹

Existen varios detractores de la doctrina del margen de apreciación, sin embargo, sus críticas no logran destruir la utilidad de la doctrina para realizar esta necesaria compatibilización entre democracia y derechos humanos. Este es el punto del cual Cançado Trindade no se hace cargo. Para él la doctrina del margen de apreciación sólo se justifica en el contexto de la existencia de un Estado de Derecho. Como el Estado de Derecho no existiría todavía en América Latina, concluye que no necesitamos ninguna doctrina de margen de apreciación, lo cual se vería reforzado por el hecho de que la mayoría de las violaciones a los derechos humanos en esta región se refiere a la violación de derechos inderogables.⁷⁰

⁶⁸ Mahoney, 'Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism' en *Human Rights Law Journal* (1998), vol. 19, N° 1, p. 3.

⁶⁹ Mahoney, 'Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin', en *Human Rights Law Journal* (1990), vol. 11, p. 81.

⁷⁰ Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 386-7.

Se olvida, entonces, de la importancia que tiene en un Estado de Derecho el respeto por las decisiones del pueblo y que no puede traspasarse a órganos de supervisión supranacionales no elegidos la responsabilidad de decidir sobre las políticas que deben implementarse dentro de un país. De otra manera, los sistemas políticos en Latinoamérica están condenados a vivir en el contexto de un sistema internacional de protección de los derechos humanos extremadamente paternalista.

En materia de libertad de expresión, la doctrina del margen de apreciación ha obtenido gran aplicación en el contexto europeo. De hecho, la doctrina fue por primera vez elaborada explícitamente por la Corte en un caso de libertad de expresión, el caso *Handyside*, en el que se justificó el reconocimiento de un amplio margen de apreciación de las autoridades nacionales, en función de la imposibilidad de identificar una concepción común sobre ciertos valores morales.⁷¹ En otro caso sobre libertad de expresión, el caso *Sunday Times*, la Corte especificó que la amplitud del margen de apreciación depende del fin que se persiga con la restricción impuesta.⁷² En ese caso, se estimó que la protección de la autoridad e imparcialidad del poder judicial era una noción más o menos objetiva que justificaba un menor margen de apreciación para las autoridades nacionales. De esta manera, un examen de los diversos casos en que la Corte Europea ha debido pronunciarse sobre la doctrina del margen de apreciación en materia de libertad de expresión, permite apreciar que se han seguido los siguientes criterios en su aplicación:⁷³

- (i) El tipo de restricción que se impone sobre la libertad de expresión. Así, respecto de las restricciones más severas, la Corte tiende a ser más estricta en cuanto al reconocimiento de un margen de apreciación para las autoridades nacionales.
- (ii) El tipo de expresión. Así, tratándose de expresiones relativas a cuestiones políticas, la Corte tiende a reconocer muy poco margen de apreciación. Distinto es el caso de las expresiones comerciales o blasfemas.
- (iii) La clase de interés que se pretende proteger. Es así como la protección de la moral admite un mayor campo para la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, en cambio, la seguridad nacional no gozaría de la misma amplitud.

La aplicación de la doctrina de margen de apreciación en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede encontrar, a parte de la oposición de muchos autores, entre los cuales se encuentran miembros de los propios órganos de supervisión del sistema, varios obstáculos. En primer término se debe considerar que existe una clara diferencia entre el texto de la Convención Americana y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que dice relación con la libertad de expresión. Como se ha explicado en las páginas anteriores, uno de los objetivos perseguidos por la Convención Americana ha sido reducir al máximo el ámbito de discreción de las autoridades nacionales. Así se explica que el artículo 13 de la Convención Americana contenga una expresa prohibición de la censura y sólo acepte un sistema de responsabilidades ulteriores. Además de este obstáculo, es necesario tener presente también los principios de interpretación de la Convención que se contienen en la misma. En relación a este punto, el artículo 29 de la Convención Americana dispone que:

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

⁷¹ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Handyside*, párrafos 48 y 49.

⁷² Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Sunday Times*, párrafo 59.

⁷³ Estos criterios corresponden a los identificados en el estudio realizado por Prebensen: 'The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention', en *Human Rights Law Journal* (1998), vol. 19, N° 1, pp. 14 y ss. En relación con los criterios aplicables a la generalidad de los derechos, ver Mahoney, *loc. cit.* (*supra* n. 68), p. 5.

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Sin ánimo de entrar a examinar en detalle los posibles caminos a seguir para salvar estos obstáculos, está claro que la vía más

directa es proponer una reforma del sistema interamericano de derechos humanos, a fin de poder enfrentar los nuevos desafíos que plantea la relación entre democracia y derechos humanos. Estos desafíos modernos no se pueden ni se deben evadir mediante la simple referencia a la falta de regímenes verdaderamente democráticos en latinoamérica. Latinoamérica a medida que avanza en forma gradual, muy lentamente tal vez, hacia una mayor democracia, debe, por supuesto, fortalecer los principios democráticos que en otras partes del mundo tienen ya una larga trayectoria. Sin embargo, además de fortalecer esos principios, tales como el respeto por la libertad de expresión, debe hacerse cargo de los problemas actuales que están surgiendo en Europa y Estados Unidos. En el ámbito de la libertad de expresión los nuevos problemas se pueden resumir de la siguiente forma: la propia libertad de expresión que ejercen algunos dejan a muchos otros sin posibilidad de expresarse. La solución a esta 'ironía de la libertad de expresión'⁷⁴ requiere de una visión más amplia sobre los derechos humanos que no se conforma con la posición liberal clásica.

⁷⁴ La expresión ha sido tomada del título del libro por Owen Fiss.