

CAPÍTULO SEXTO	
EL PROPÓSITO DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS	425
I. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás	427
1. Los derechos a la vida, integridad física y libertad personal	430
2. El derecho a la vida privada	431
3. El derecho al honor	441
4. La protección de la reputación de las personas	451
5. La protección de la propiedad intelectual	517
6. Los derechos al nombre y a la propia imagen	520
II. La protección de la seguridad nacional	524
1. El concepto de “seguridad nacional”	527
2. La relación de la seguridad nacional con el orden público	532
3. El ámbito de aplicación de este tipo de restricciones . .	533
4. Las condiciones operativas de esta restricción	539
5. Los tipos de restricciones que derivan de la seguridad nacional	547
III. El orden público	568
1. La justificación de esta restricción	571
2. Las condiciones operativas de esta restricción	582
3. La naturaleza de las medidas disponibles	591
IV. La moral pública	598
1. El carácter relativo de la “moral pública”	600
2. Los criterios para identificar el contenido de la moral . .	605

3. Las dimensiones de la moral pública	606
V. La protección de la salud pública	636
1. La prohibición de determinados mensajes	638
2. La imposición de determinados mensajes	640
3. La obligación de informar	642
4. Los mensajes dirigidos a proteger la salud pública	643
5. Las regulaciones adjetivas en función de la salud de la población	645
VI. La información recibida en confidencia	647
1. La confidencialidad de los funcionarios públicos	650
2. El secreto profesional	656
3. La confidencialidad entre particulares	664
4. El secreto de confesión	667
VII. Las necesidades derivadas de la administración de justicia . .	667
1. Los intereses de la justicia	673
2. La protección de los derechos de las partes	686
VIII. Las bases de otras posibles restricciones	689
1. La blasfemia	690
2. Las restricciones derivadas de la privación de libertad . .	699
3. Las restricciones derivadas del ejercicio de la función pública	704
4. Las restricciones inherentes a la vida militar	706
5. Las restricciones derivadas de la actividad escolar o académica	711
6. La regulación de la actividad política de los extranjeros .	714

7. La regulación de las campañas electorales	718
8. El uso de transmisiones oficiales conjuntas	730
9. El anonimato	733

CAPÍTULO SEXTO

EL PROPÓSITO DE LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS

Está firmemente establecido que no existe una necesidad esencial para restringir válidamente la libertad de expresión, a menos que esa expresión pueda producir, o tenga la intención de producir, un peligro claro e inminente de un daño sustancial que, constitucionalmente, el Estado esté facultado para evitar.

Louis BRANDEIS, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Whitney v. People of State of California*.

Según el derecho internacional de los derechos humanos, las consideraciones que justifican restringir la libertad de expresión son suficientemente numerosas, y con frecuencia el contenido de ellas está provisto de una cierta dosis de ambigüedad. Por consiguiente, el análisis y la interpretación de esos elementos, así como las circunstancias en que su aplicación resulta pertinente, es una tarea de la mayor importancia práctica.

En todo caso, es importante subrayar que en cualquiera de los instrumentos internacionales de derechos humanos que han ocupado nuestra atención, la enunciación de los propósitos que legítimamente se pueden invocar para restringir la libertad de expresión tiene un carácter taxativo, por lo que no se pueden alegar consideraciones diferentes a las allí previstas. No obstante, no puede perderse de vista que un Estado puede restringir la libertad de expresión con el objetivo de proteger intereses que aunque no se encuentran expresamente mencionados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o por las Convenciones Europea o Americana sobre Derechos Humanos, pueden estar implícitos en algunos de los criterios referidos en esos instrumentos; pero sin un con-

trol exhaustivo de la compatibilidad de estas medidas con las normas internacionalmente aceptadas, la posibilidad de permitir una interpretación demasiado generosa de estas restricciones de la libertad de expresión puede conducir a una ampliación excesiva del sentido y alcance de cada una de las circunstancias que las justifican. Pero tampoco se trata de circunstancias a las cuales los Estados puedan recurrir mecánicamente para restringir la libertad de expresión, desvirtuando su condición de derecho fundamental; en realidad, cada vez que la libertad de expresión pueda entrar en conflicto con alguno de los bienes jurídicos implícitos en las circunstancias que permiten restringirla, las autoridades nacionales deben ponderar en forma equilibrada y prudente no sólo la necesidad de recurrir a una medida de este tipo, sino también la conveniencia de los medios más apropiados para hacerlo, sin destruir la esencia de la libertad de expresión.

Por otra parte, no está de más recordar que la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión son el resultado del grado de consenso alcanzado por la sociedad internacional, el cual se ha reflejado en las circunstancias previstas en los tratados pertinentes. En consecuencia, la legitimidad de esas restricciones no depende de lo que pueda decir el derecho interno de los Estados, sino de la armonía de este último con el derecho internacional. Sin embargo, el propósito de los instrumentos internacionales de derechos humanos antes referidos no es imponer una visión absolutamente uniforme en cuanto al contenido de la expresión protegida, que deba traducirse en una regulación jurídica idéntica en cada país; en particular, las restricciones legítimas que pueden afectar el ejercicio de la libertad de expresión, sin perjuicio de ser las mismas, pueden interpretarse y aplicarse tomando en consideración las circunstancias peculiares de cada sociedad. Pero esto tampoco puede entenderse como la aceptación de un relativismo cultural, que autorice a cada Estado a regular y definir discrecionalmente los límites aceptables de la libertad de expresión.

En ese entendido, y teniendo en cuenta las condiciones generales señaladas en el capítulo anterior, en las páginas que siguen examinaremos las circunstancias en que, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, el Estado está autorizado para restringir el ejercicio de la libertad de expresión.

I. EL RESPETO A LOS DERECHOS O A LA REPUTACIÓN DE LOS DEMÁS

... pero si publica algo impropio, perjudicial, o ilegal, debe asumir las consecuencias de su propia temeridad.

William BLACKSTONE, en *Commentaries on the Laws of England*.

La primera circunstancia que autoriza restringir la libertad de expresión, y que se menciona tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, es la relativa al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y que subraya la necesidad de mantener un equilibrio muy delicado entre el ejercicio de la libertad de expresión y otros derechos o libertades.

Resulta interesante observar que se ha querido distinguir entre los *derechos* y la *reputación* de los demás, sugiriendo que la persona no tendría *derecho a la reputación*, aun cuando ésta constituiría un interés digno de protección frente al ejercicio de la libertad de expresión, y aun cuando tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en su artículo 17, núm. 1— como la Convención Americana de Derechos Humanos —en su artículo, 11 núm. 2— protegen la reputación de las personas.

En principio, esta circunstancia indica que uno de los límites inherentes de la libertad de expresión es el ejercicio de los otros derechos protegidos por el ordenamiento jurídico; en este sentido, una sentencia de la Corte Suprema de Austria, recaída en el caso de la confiscación de la película *El Fantasma*, de Herbert Achternbusch, sugiere oblicuamente que si una forma de expresión colide con la libertad de conciencia y religión de terceras personas, ese hecho puede constituir un abuso de la libertad de expresión artística y, en consecuencia, ser contrario al derecho.¹¹⁴⁹

En cuanto a la naturaleza de los derechos protegidos, puesto que no se ha especificado otra cosa, esta circunstancia incluiría prácticamente *cualquier derecho*, ya sea que éstos formen parte del catálogo de derechos

¹¹⁴⁹ Cfr. la sentencia del 19 de diciembre de 1985, en *Medien und Recht*, 1986, núm. 2, p. 15, citada por la Corte Europea de Derechos Humanos en *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 26.

humanos o que se trate de derechos de inferior jerarquía; sobre este aspecto, en los Principios de Siracusa¹¹⁵⁰ se ha observado que los derechos de los demás que pueden constituir una restricción de —en este caso— la libertad de expresión, rebasan los derechos consagrados en el Pacto.¹¹⁵¹ En particular, esta circunstancia comprende eventuales conflictos con el mismo derecho a la libertad de expresión de terceros, con el derecho a la privacidad o a la intimidad, con el derecho a circular por las calles y plazas, con el derecho a la propiedad intelectual o literaria, con el derecho a la libertad personal, con el derecho a la vida, con la libertad de conciencia y religión, y con otros, tales como el derecho a la honra y reputación de las personas (contemplado en el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), o el derecho de toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (previsto en el artículo 11 de la Convención Americana). Sin embargo, cuando exista un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho que no esté protegido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, debe tenerse presente el propósito que inspira a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en cuanto a brindar especial protección a los derechos que en ellos se consagra,¹¹⁵² atribuyéndoles un carácter prioritario respecto de los demás.

Distinto es, ciertamente, el caso de un conflicto que se presente entre dos derechos humanos; desde luego, la libertad de expresión no puede invocarse para amparar las amenazas proferidas en contra de la vida, la integridad física o la libertad de otra persona. En situaciones como ésta, según el Tribunal Constitucional español, se hace indispensable una determinada concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión.¹¹⁵³ También se ha sugerido, como criterio para la solución de conflictos entre dos o más derechos humanos, que debe prevalecer

¹¹⁵⁰ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

¹¹⁵¹ *Ibidem*, párrafo 35.

¹¹⁵² *Ibidem*, párrafo 36.

¹¹⁵³ *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).

aquel derecho que proteja intereses más vitales de la personalidad, o aquellos que tengan un carácter preponderante; en este sentido, se ha sostenido que,

puestos en coordinación derechos diferentes de dos o más sujetos, habrán de prevalecer aquellos que afecten más directamente a la personalidad sobre aquellos que estén más distantes de ella. De esta manera, el principio de personalidad se traduce en solución de prevalencia (*sic*) del derecho que está más próximo al núcleo de la personalidad, sobre el que está más distante. El principio sirve así para armonizar el ejercicio del derecho a la información con otros derechos humanos: cederá ante los más próximos al núcleo de la personalidad, prevalecerá ante los más lejanos.¹¹⁵⁴

Sin embargo, a juicio de quien escribe estas líneas, no puede perderse de vista el carácter fundamental que se atribuya a un determinado derecho humano en relación con otros derechos del mismo tipo; esa característica de derecho fundamental se podrá deducir, ya sea de su condición de derecho intangible (que no puede suspenderse bajo ninguna circunstancia), o de su condición de derecho absoluto, cuyo ejercicio no está sometido a restricciones de ningún tipo. En segundo lugar, tampoco puede ignorarse el carácter instrumental que se le ha atribuido a la libertad de expresión, como condición indispensable para la preservación de una sociedad democrática, como medio para el desarrollo personal, o incluso como recurso expedito para hacer valer el ejercicio de otros derechos. La libertad de expresión, por su propia naturaleza, requiere que los elementos anteriores sean debidamente ponderados al momento de resolver un conflicto de este tipo, lo que normalmente le debería conferir a la libertad de expresión una posición predominante frente al derecho al honor de quien es objeto de esa información. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado que el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor debe ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido esencial del derecho a difundir información, pues de esta manera nos acercamos a un punto de equilibrio, identificable con el principio de proporcionalidad;¹¹⁵⁵ de modo que el nivel de protección de la intimidad personal y familiar, o del derecho al honor frente a la liber-

¹¹⁵⁴ Desantes-Guanter, José M., *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁵⁵ *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).

tad de expresión, puede alcanzar distintas intensidades.¹¹⁵⁶ Lo que es más importante, el citado tribunal ha sostenido que en todo conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, los órganos judiciales deben realizar una ponderación en atención a la clase de libertad ejercida —de expresión o de información— y a la condición pública o privada del ofendido, siendo a tal efecto insuficiente el criterio del *animus iniurianandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de los delitos contra el honor.¹¹⁵⁷

Sujeto a que se cumpla con las demás condiciones señaladas por el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea ha admitido la legitimidad de esta restricción en una amplia gama de casos, que van más allá de la simple protección de la reputación o de la vida privada de las personas. Por ejemplo, restricciones basadas en esta circunstancia se han aceptado para proteger los intereses económicos de los fabricantes de microondas,¹¹⁵⁸ o incluso para proteger los derechos de los demás a una democracia efectiva.¹¹⁵⁹

1. Los derechos a la vida, integridad física y libertad personal

Sin duda, cuando el conflicto se presenta entre la libertad de expresión, por una parte, y el respeto al derecho a la vida, a la integridad física, o a la libertad personal de un individuo, por otra, estamos en presencia del conflicto más severo que se pueda imaginar. Esta circunstancia puede ser el resultado de una amenaza verbal, o de un acto de extorsión, normalmente tipificado en el derecho interno de los Estados como delito.

Desde luego, el sancionar penalmente una amenaza o un acto de extorsión constituye una restricción legítima de la libertad de expresión, absolutamente proporcionada al fin que se persigue. Lo obvio de su pertinencia, que no ha sido cuestionada ante los tribunales, hace innecesaria cualquier elaboración sobre el particular.

Además de las disposiciones que sancionan los delitos antes referidos, también puede mencionarse, a título ilustrativo, la sección 6 de la Ley de

¹¹⁵⁶ *Idem.*

¹¹⁵⁷ *Idem.*

¹¹⁵⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Hertel v. Switzerland*, sentencia del 25 de agosto de 1998, párrafo 42.

¹¹⁵⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 54.

Prevención del Terrorismo de Turquía, del 12 de abril de 1991, que castiga como delito el anunciar, oralmente o a través de una publicación, que alguna organización terrorista cometerá algún atentado criminal en contra de una persona determinada, o revelar la identidad de un funcionario público que haya participado en actividades antiterroristas.

2. El derecho a la vida privada

Estamos entrando rápidamente en una era en que no hay privacidad, y en donde cada uno está expuesto a vigilancia en todo momento; una era en donde no hay secretos para el gobierno.

William O. DOUGLAS, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su opinión disidente en *Osborn v. United States* (1966).

Ni siquiera en una sociedad como la nuestra, caracterizada por la importancia que han adquirido los medios de comunicación, la privacidad puede ser vista como una mera excentricidad, o como algo irrelevante, que no puede interponerse en el camino de la información. El derecho a la privacidad, reconocido como tal igual que la libertad de expresión, no sólo nos protege de los órganos del Estado, sino también de los medios de comunicación y de los particulares que puedan pretender invadir ese reducto que no le concierne a nadie más que a nosotros mismos.

Tal vez el derecho que con mayor frecuencia se ve amenazado por la libertad de expresión es el derecho a la privacidad o intimidad, especialmente cuando el orador intenta divulgar datos o informaciones sobre un tercero, y que conciernen exclusivamente a éste. Los hábitos de una persona, su inclinación sexual, sus relaciones con los miembros de su familia, sus gustos en materia de arte o de literatura, los círculos que frequenta, lo que le agrada comer o beber, sus ingresos y gastos personales, etcétera, son materias que —en principio, y a menos que ellas puedan ser constitutivas de delito, o que de alguna manera tengan trascendencia pública—, no le conciernen al resto del cuerpo social, y, en consecuencia, no tienen por qué ser divulgadas si la persona interesada no lo desea o no

lo autoriza. Es esa esfera de la vida que no se puede profanar, y en la que el individuo es soberano, pero que no se puede confundir con el ámbito de lo secreto. En este contexto, la veracidad o falsedad de la información que se divulga no tiene ninguna trascendencia; lo que importa es que ella no es del dominio público.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público.¹¹⁶⁰ En consecuencia, el carácter preferente que se ha atribuido a la información, como componente de la libertad de expresión, deriva de la relevancia pública de esa información, la cual dependerá de la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información, o del grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas.¹¹⁶¹ Según el Tribunal Constitucional español, en relación con ellos el derecho a la información alcanza su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a los cuales hay que reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos.¹¹⁶² No obstante, ese carácter preferente que tiene la libertad de expresión —con su vertiente de información—, particularmente frente al derecho al honor, tampoco significa dejar vacíos de contenido los derechos a la intimidad.

¹¹⁶⁰ *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, párrafo 10 de la parte declarativa.

¹¹⁶¹ *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).

¹¹⁶² *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).

dad, al honor o a la imagen, sino que los mismos han de ceder cuando resulte necesario para la formación de una opinión pública libre.¹¹⁶³

La invasión de la vida privada, o de la intimidad de las personas, puede operar ya sea cuando se procura obtener información que, por formar parte de la esfera íntima, el individuo no está obligado a proporcionar, o cuando se perturba su tranquilidad, o cuando se procura forzar a la persona a captar nuestra atención y a recibir el mensaje que deseamos transmitirle. A este último aspecto ya nos hemos referido previamente, al abordar el tema del acceso al foro y de la audiencia cautiva. En cuanto a los primeros, el artículo 48 de la Constitución venezolana de 1999 garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas, aunque se admite la posibilidad de que ellas sean objeto de interferencias por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales, y “preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso”.¹¹⁶⁴

En el marco del derecho a la privacidad, las molestias generadas por el ruido excesivo, en cuanto constituyen una invasión del derecho de terceros a ser dejados en paz, también son una circunstancia que justifica restringir el ejercicio de la libertad de expresión. Este aspecto fue abordado, entre otros, en el caso *Ward v. Rock Against Racism*, en que se objetaba un reglamento de la ciudad de Nueva York que regulaba el volumen de la música ejecutada por los usuarios de la concha acústica del Parque Central. Para evitar los problemas que se habían suscitado en el pasado, el mencionado reglamento especificaba que la ciudad proporcionaría un equipo de sonido de alta calidad y un técnico en sonido encargado de asegurar una amplificación y un volumen adecuados para alcanzar satisfactoriamente a toda la audiencia, sin interferir con la paz y el sosiego de los otros usuarios del parque, o de los residentes de los apartamentos vecinos. Con anterioridad a la adopción de ese reglamento, la ciudad

¹¹⁶³ Cf. la sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

¹¹⁶⁴ En la medida en que en el texto citado se parte de la premisa de que existe un proceso, es decir, un procedimiento judicial, habría que asumir que en caso de una investigación policial que no sea parte de un procedimiento judicial ya iniciado no es posible interferir con la privacidad de las comunicaciones. Sin embargo, la deficiente redacción de esta disposición, unida a la escasa claridad conceptual de quienes la propusieron, hace dudar en cuanto a la intención original de sus redactores y al peso que, en la práctica, se pueda atribuir a esa intención.

había recibido numerosas quejas acerca del ruido excesivo causado por el volumen utilizado en los conciertos que se ofrecían en el parque.¹¹⁶⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos observó que no se podía dudar que el Estado tiene un interés sustancial en proteger a sus ciudadanos del ruido indeseado, y que ese interés es tal vez mayor cuando lo que se busca es proteger el bienestar, la tranquilidad y la privacidad del hogar; según este alto tribunal, el Estado puede actuar para proteger a sus ciudadanos del ruido excesivo incluso en foros públicos tradicionales, como las calles y los parques; por consiguiente, la ciudad de Nueva York tenía un interés fundamental en asegurar la habilidad de sus ciudadanos para disfrutar cualquier beneficio que pudieran ofrecer sus parques, incluyendo desde el sonido amplificado de la música hasta el silencio de la meditación.¹¹⁶⁶

La libertad de expresión también puede entrar en conflicto con la privacidad en aquellos casos en que agentes publicitarios, vendedores, representantes de grupos religiosos o políticos, u otros, llaman a la puerta de un particular, en horas en que éste no desea ser molestado, para transmitirle algún tipo de información comercial, religiosa, política o de otro tipo. La insistencia del orador en que se le escuche, después que el dueño de casa ha manifestado su deseo de que no se le moleste y se le deje solo, constituiría una de aquellas situaciones en que el derecho a la intimidad del dueño de casa debe prevalecer sobre la libertad de expresión del vendedor, o agente publicitario, religioso, o político. En el caso de una agresiva campaña publicitaria a través del correo, en la que se ofrecían materiales sexualmente explícitos a quienes no habían manifestado ningún deseo de recibirlas, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el Estado tenía un legítimo interés en prohibir la distribución o exhibición de material obsceno cuando el modo de distribución lleva consigo el peligro de ofender la sensibilidad de sus receptores;¹¹⁶⁷ pero debe observarse que, en este caso, había un elemento adicional a la privacidad del hogar, directamente ligado al contenido del mensaje, que para el citado tribunal parece haber tenido mayor relevancia.

Por otra parte, en el caso de quien, en ejercicio de su derecho a *buscar información* de interés público la solicita de un tercero, habría que distinguir el que dicha información se solicite de una autoridad pública o de

¹¹⁶⁵ *Cfr.* *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

¹¹⁶⁶ *Idem.*

¹¹⁶⁷ *Cfr.* *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

un simple particular. En ambos casos es posible que exista el *deber* de proporcionar la información solicitada;¹¹⁶⁸ pero si tal deber no existe, la *insistencia* del investigador, periodista o no, puede constituir una invasión de los derechos de la persona interrogada, en cuanto ésta no desee ser molestada. La distinción es especialmente pertinente, pues el mayor grado de protección corresponde al particular, quien, como regla general, no tendrá el deber de proporcionar información a cualquiera que se la solicite;¹¹⁶⁹ por el contrario, el funcionario —normalmente— tendrá el deber de hacerlo en conexión con el ejercicio de su función.¹¹⁷⁰ En este sentido, el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución venezolana de 1999 dispone que se prohíbe la censura a los funcionarios para dar cuenta de los asuntos bajo su responsabilidad; además, lo anterior es reiterado, en términos casi textuales, por la última frase del artículo 143 de la misma Constitución.

Un aspecto adicional, íntimamente vinculado con el punto anterior, se refiere a la distinción entre *figuras públicas* —ya sea que ellas desempeñen una función política importante o que se trate simplemente de una figura del mundo artístico, deportivo o literario— y quienes ciertamente no pueden ser calificados como tales. Desde luego, un modesto ciudadano puede invocar el derecho a que se le deje solo, a su privacidad y a su vida íntima, cuantas veces estime necesario; en cambio, una figura pública —ya sea del mundo de la política o de las páginas sociales de un periódico—

¹¹⁶⁸ Especialmente en el caso del funcionario y de información relacionada con su función. No es tan fácil que tal deber exista en el caso de un simple particular, pero podría sugerirse, a manera de ejemplo, el caso de quien elabora productos alimenticios y que podría tener el deber de informar sobre sus ingredientes y las condiciones sanitarias en que los mismos son preparados, o el caso de una empresa farmacéutica que, de ser requerida para ello, tendría el deber de proporcionar literatura médica sobre las propiedades e indicaciones de alguna medicina.

¹¹⁶⁹ Sin duda que el particular tendrá el deber de proporcionar cierto tipo de información a algún órgano del Estado (como, por ejemplo, las autoridades tributarias o judiciales), pero ese deber no se refiere a “todo” tipo de información, sino sólo a aquella que resulte pertinente según las tareas encomendadas a dicha autoridad. Por otra parte, como se ha indicado previamente, sólo por vía de excepción un particular tendrá el deber de proporcionar información a otro particular.

¹¹⁷⁰ En la medida en que el ejercicio de las funciones públicas debe ser transparente, el funcionario debe mantener registros públicos, accesibles a quien los pueda requerir, y debe proporcionar la información que se le solicite. Sin embargo, ese mismo funcionario podrá tener el deber de guardar discreción sobre ciertos actos realizados por él, que puedan concernir a la vida privada de terceras personas, o sobre otros actos que tengan carácter confidencial o secreto.

co local— no puede reclamar el mismo derecho, especialmente si su vida privada incide o repercute en la política pública. Esta distinción es especialmente relevante en el caso de quienes desempeñan altos cargos públicos, porque, después de todo, la vida privada de quien se encuentre en esa situación no puede desligarse de la administración de la cosa pública; en efecto, la forma como una persona conduzca su vida privada, además de reflejar su carácter, también permite juzgar su honestidad y pulcritud en el manejo de los negocios del Estado, así como su capacidad física y mental para hacerlo correctamente.

Esa mayor exposición de las figuras públicas es lo que con frecuencia se ha denominado “el precio de la fama”. Un político no puede pretender ampararse en el derecho a la vida privada para impedir que se divulguen datos sobre su vida familiar, su salud o sus finanzas; después de todo, el conocimiento de los patrones morales y de la vida privada de quien esté al servicio del Estado,¹¹⁷¹ cuando aquéllos inciden en la forma como el funcionario desempeña su misión, constituyen un tema de interés legítimo para la opinión pública; en efecto, la moral privada de una persona puede ser la medida de su moral pública, y determinados aspectos de su vida privada¹¹⁷² pueden interferir negativamente en el cumplimiento de sus tareas oficiales. Respecto de aquellos políticos que pretenden tener lo mejor de dos mundos, ejerciendo altos cargos públicos e impidiendo que se investigue lo que estiman forma parte de su intimidad, puede citarse una frase atribuida a Harry Truman, quien, siendo presidente de los Estados Unidos y refiriéndose precisamente a este punto, sugería que “quien no soporte el calor, que se salga de la cocina”. Pero lo anterior no implica sugerir que las figuras públicas no tienen vida privada; lo que significa es que la vida privada de una figura pública tiene una dimensión mucho más reducida que la de un particular, desconocido e ignorado por sus congéneres. Desde luego, el hecho de tratarse de una figura pública no

¹¹⁷¹ Esto es algo que con frecuencia los gobernantes olvidan, llegando a creer que han sido colocados allí para servirse del Estado, y no para cumplir un mandato.

¹¹⁷² En especial, sus negocios particulares o finanzas, su salud física o mental, sus relaciones de familia, o su vida extramarital, pueden repercutir en el Estado, ya sea como consecuencia de actos de corrupción o de mala administración (como resultado del tiempo que el gobernante le dedica a sus problemas personales), o como consecuencia de información que puede llegar a los oídos equivocados, en el caso de quien se relacione con una amante locuaz (vinculada a una potencia extranjera), o que se exponga al chantaje y a la extorsión. Precisamente un escándalo de esa naturaleza fue el que, en 1961, le costó el puesto al entonces ministro de la Defensa de Inglaterra, John Profumo.

autoriza a que ésta y su familia puedan verse acosadas en su propio hogar, bloqueando la entrada a su casa y fisgoneando a través de las ventanas, con el pretexto —a veces llevado a límites extravagantes— del derecho del público a estar informado de lo que se sugiere que constituye un asunto de interés público. La muerte de la princesa Diana de Gales, perseguida por reporteros y fotógrafos, es uno de esos casos que en forma más dramática ha vuelto a poner de relieve los límites del derecho a la intimidad de las figuras públicas.

En el caso de otras figuras públicas, tales como artistas, deportistas u otros que no tengan una figuración puramente política, sin excluir excepciones que se apartan de la regla, parece no constituir una exageración el sostener que se trata de personas que buscan publicidad y se deleitan siendo el centro de la atención. Se trata de figuras que han puesto su vida privada como tema de investigación y de discusión, en donde lo único que se discute es el precio; no es evidente si, en el despliegue de información sobre sus vidas, los periodistas son quienes modelan los gustos del público o si, por el contrario, actúan como agentes del público. Pero debe admitirse que, probablemente, algunos aspectos que podrían constituir un tema legítimo de discusión e investigación en el caso de un político, tal vez no lo sean en el caso de una figura pública del mundo del espectáculo, que claramente no ha consentido en el debate público de ciertos asuntos de su vida privada, o respecto de los cuales no hay un interés legítimo que impulse a conocer.

Pero si la condición de figura pública permite legítimamente examinar y discutir aspectos que normalmente forman parte de la vida privada de una persona, toda vez que ellos puedan interferir con el interés colectivo y constituir un asunto del mayor interés público, esta doctrina no autoriza a invadir la vida privada de una persona, destruyendo su vida familiar, provocándole una angustia mental, que puede ser más severa que una lesión física, y divulgando en forma irresponsable aspectos de su vida que ella preferiría mantener en reserva, sin probar la relevancia del tema en discusión, y sin la existencia de indicios que puedan justificar el debate sobre esa materia más allá del mero entretenimiento. Lo anterior es aún más pertinente en el caso de quienes no poseen la condición de figuras públicas, y que, ocasionalmente, pueden adquirir cierta notoriedad, ya sea porque han sido alcanzados por una tragedia, porque han sido víctimas de un delito, porque en medio de un accidente han contribuido a salvar una vida, o por otra circunstancia que sorpresivamente los ha sacado

del anonimato. Si bien una tragedia es un asunto de interés público, por fascinante que pueda ser para el público y para los periodistas conocer la reacción emocional de las víctimas o de sus familiares, nadie tiene derecho a interrogarlos en contra de su voluntad, en forma insensible, traspassando los límites de la decencia, y provocándoles mayor angustia y sufrimiento. Pero esto no es simplemente cuestión de buen gusto o de sensibilidad frente al dolor ajeno; es cuestión de respetar el derecho a la privacidad de quien no está dispuesto a declarar. Incluso quien salta sorpresivamente a la celebridad, como consecuencia de un acto de heroísmo que ha permitido salvarle la vida a otra persona, tiene derecho a que se respete su privacidad, que no aporta nada nuevo a su acto heroico, y que es lo que verdaderamente constituye la noticia. Asimismo, por más que pueda interesar al público (lo cual no es sinónimo de asunto de “interés público”), nada autoriza a perseguir a una celebridad en busca de una fotografía, o de algún detalle de su vida personal, ni a captar su imagen o su voz, en forma subrepticia, para luego divulgarla sin su consentimiento.

En resumen, el derecho a la vida privada sólo podrá prevalecer frente a la libertad de expresión en aquellos casos en que no esté involucrada una figura pública, o en aquellas situaciones en que —incluso tratándose de una figura pública— la información en cuestión sea irrelevante desde el punto de vista del interés colectivo. Por otra parte, tampoco puede excluirse la posibilidad de que la persona, no obstante estar amparada por su derecho a la vida privada, explícita o implícitamente pueda haber renunciado al mismo, permitiendo que prevalezca la libertad de expresión. No podemos ignorar que, con mucha frecuencia, el individuo desea un poco de publicidad, ya sea para sí mismo, para sus ideas o para las causas en que cree y por las que lucha.

Pero la distinción entre “vida privada” y “vida pública” no siempre es suficientemente nítida, y no siempre permite deducir claramente las consecuencias jurídicas que derivan de una u otra. En el caso de la Ley sobre Abusos de Publicidad, dictada en Chile el 17 de mayo de 1984 por el gobierno militar de Augusto Pinochet, cuyo artículo 21 sancionaba con penas privativas de libertad y multa a quien difundiera a través de cualquier medio de comunicación hechos de la vida privada de una persona, que causaran o pudieran causar daño material o moral a ella, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, se criticó el que —según esta misma disposición— sólo se pudiera probar la veracidad de las afirma-

ciones cuando se tratara de “un hecho falso relativo a la vida pública” del afectado, siendo motivo de preocupación para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo confuso de su sentido y alcance, particularmente en lo relativo al empleo de los términos “vida privada” y “vida pública”.¹¹⁷³

Por otra parte, tampoco podemos ignorar los derechos de una audiencia renuente a recibir un mensaje, y que, en esa misma medida, puedan justificar una restricción de la libertad de expresión. Pero esta circunstancia requiere distinguir entre aquellos que se encuentran en su casa y quienes, estando en un sitio público, no desean recibir el mensaje que se les ofrece. En el primer caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado que el Estado puede legítimamente prohibir la intrusión en la privacidad del hogar de opiniones e ideas que no son bienvenidas, pero que no pueden ser excluidas del debate público,¹¹⁷⁴ en cambio, en el caso de oyentes o espectadores renuentes a recibir un mensaje al que inevitablemente se han visto expuestos en un sitio público, no ha existido igual disposición para proteger su sensibilidad de expresiones indeseadas. Por el contrario, la Corte Suprema ha sostenido que la presencia de oyentes u observadores renuentes no justifica por sí solo el restringir la difusión en un sitio público de opiniones o ideas que puedan molestar u ofender, recordando que, fuera del santuario de nuestro hogar, frecuentemente somos cautivos de expresiones objetables. Según el tribunal, los observadores involuntarios de quien se pasea por un edificio público llevando una chaqueta con una inscripción vulgar se encuentran en una situación muy distinta a aquellos que, en la soledad de su hogar, se ven expuestos a las emisiones sonoras provenientes de fuera de su residencia; mientras los primeros pueden evitar que se hiera su susceptibilidad simplemente tornando la vista, los segundos no disponen de un medio eficaz para evitar ese bombardeo sonoro. En consecuencia, la competencia del Estado para restringir la libertad de expresión a fin de proteger a quienes no desean recibir ese mensaje depende de que se demuestre que un interés privado sustancial está siendo invadido de una manera intolerable; cualquier otra interpretación le permitiría a la mayoría silenciar a los

¹¹⁷³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 218.

¹¹⁷⁴ Cfr., por ejemplo, *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970).

disidentes simplemente de acuerdo con las predilecciones personales.¹¹⁷⁵ Pero la naturaleza del medio empleado para transmitir el mensaje es, en este sentido, particularmente relevante; la Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que, en contraste con los mensajes desplegados en sitios públicos, tales como el correo no solicitado y otros medios de expresión que el destinatario del mensaje no puede eludir, el servicio comercial de mensajes telefónicos de contenido sexual (*dia-a-porn*) no involucra una “audiencia cautiva”, pues para recibir el mensaje el auditor debe realizar la llamada telefónica, lo cual no es lo mismo que encender la radio y ser sorprendido por un mensaje indecente.¹¹⁷⁶

En general, el tipo de restricciones a la libertad de expresión que derivan de la protección de la reputación de las personas se reflejan en disposiciones que imponen sanciones penales o civiles. En el ámbito penal, son principalmente los delitos de difamación o de calumnia los que sirven a este propósito; en el campo civil, lo es la figura de las reparaciones o indemnizaciones pecuniarias. En este sentido, lo previsto en el artículo 824 del Código Civil de Alemania es particularmente ilustrativo; según esta disposición, “cualquiera que falsamente alegue o disemine hechos capaces de afectar adversamente la credibilidad de una persona, o de causarle otras desventajas, relativas a su capacidad de ganarse la vida o de ascender en su carrera, deberá pagarle una compensación por los daños que le haya causado”.

Un aspecto particularmente interesante es el relativo a la privacidad de las personas jurídicas y a su eventual protección en el marco de los instrumentos internacionales que nos ocupan. Este problema se planteó en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, en relación con información confidencial que fue sustraída de una empresa con el propósito de hacerla pública, y que revelaba las dificultades financieras que esa empresa estaba atravesando; ante los tribunales ingleses, los ejecutivos de la empresa afectada habían alegado que de publicarse la información contenida en uno de sus archivos confidenciales esto acarrearía una completa pérdida de confianza por parte de sus potenciales fuentes de financiamiento, así como de sus clientes y de sus suplidores, con el riesgo de perder órdenes de compra y de verse expuesta a la negativa de sus suplidores para proporcionarle los bienes y servicios que requería. Lord Do-

¹¹⁷⁵ *Cfr.* *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹¹⁷⁶ *Cfr.* *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

naldson, de la Corte de Apelaciones inglesa, sostuvo que el público no tenía ningún interés legítimo en los negocios de esa empresa, que aunque tenía una forma corporativa podía, en realidad, ser caracterizada como un grupo de individuos particulares, por lo que ésta era una invasión injustificada en la privacidad.¹¹⁷⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos no fue tan lejos como para afirmar que aquí se estaba en presencia de una invasión de la privacidad; pero aceptó que las medidas adoptadas por el Estado tenían el legítimo propósito de proteger los derechos de otros.¹¹⁷⁸

3. *El derecho al honor*

Mi honor y mi vida son una sola cosa.
Quítенme el honor y mi vida estará acabada.

William SHAKESPEARE, *Ricardo II*.

El sentido del honor, que se encuentra firmemente afianzado en la noción de dignidad individual, y que probablemente se ha desarrollado con mayor agudeza en la cultura hispana, ha sido recogido en numerosos pasajes de la literatura clásica, destacando el valor que por encima de otras consideraciones siempre se le ha atribuido a este sentimiento. Es así como, resaltando su importancia, Cervantes señalaba, por boca de don Quijote, que “por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”;¹¹⁷⁹ de manera que, en opinión del príncipe de los ingenios, la libertad y el honor serían de aquellos bienes por los cuales vale la pena arriesgarlo todo, y que dan sentido a la existencia. Esta opinión era compartida por Calderón de la Barca, quien defendía con igual énfasis, y con un lenguaje no menos elocuente, el carácter trascendental del honor, colocándolo incluso por encima de la vida y de la propiedad, al sostener que “al rey la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios”.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ *Cfr.* la cita de su decisión citada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 17.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 35.

¹¹⁷⁹ *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo LVIII.

¹¹⁸⁰ *El Alcalde de Zalamea*, jornada I, escena XVIII.

De manera que la otra área de especial relevancia que cubre esta restricción se refiere a la protección del honor de las personas. Del mismo modo como el honor y la intimidad forman parte de nuestro sistema de valores, los derechos al honor y a la vida privada forman parte del catálogo de derechos humanos, teniendo cada uno de ellos características singulares que no se pueden perder de vista y que, a pesar de estar frecuentemente incluidos en una misma disposición,¹¹⁸¹ no permiten que se les confunda como distintas facetas de un mismo derecho. Mientras el primero tiene que ver con el respeto de la autoestima, el segundo está dirigido a excluir injerencias externas en asuntos que sólo conciernen al individuo. Para Fariñas Matoni, “es imprescindible distinguir la noción de intimidad de la de honor, para lo cual hay que diferenciar la esfera privada, dominada por la idea de secreto, de la esfera pública, dominada por la idea de difamación”.¹¹⁸² La anterior distinción adquiere especial relevancia en cuanto a la veracidad o falsedad de lo afirmado; porque, mientras en el caso de la intimidad y la privacidad la veracidad de la información comunicada no justifica la divulgación de la misma, en el caso del derecho al honor la veracidad opera, en principio, como circunstancia legitimadora de lo aseverado.

Especialmente si se considera su relación con el derecho a la vida privada, así como el elemento subjetivo que le es inherente y que le confiere un marcado carácter relativo, definir el derecho al honor no es una tarea fácil. En opinión del Tribunal Constitucional de España, la falta de definición del derecho al honor nos sitúa en el terreno de la gente, cuya opinión colectiva marca, en cualquier lugar y tiempo, el nivel de tolerancia o de rechazo; de manera que el contenido del derecho al honor es fluido y cambiante y, en definitiva, depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento.¹¹⁸³ Para el citado tribunal, el titular de este derecho subjetivo es “la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes”.¹¹⁸⁴ En este

¹¹⁸¹ *Cfr.*, por ejemplo, los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o 59 de la Constitución de Venezuela.

¹¹⁸² *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983, p. 307.

¹¹⁸³ *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).

¹¹⁸⁴ *Idem*.

sentido, es oportuno recordar que la prohibición de la película *La última tentación de Cristo* por los tribunales chilenos, incluyendo la Corte Suprema de Justicia de ese país, obedeció a una demanda interpuesta en nombre de Jesucristo.¹¹⁸⁵

Según Rodríguez Devesa, el derecho al honor es el derecho a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros; en su opinión, es un derecho sin el cual no se concibe la dignidad inherente a la condición humana.¹¹⁸⁶ En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que el recurrir a epítetos abusivos para descalificar a una persona no puede considerarse como una forma de comunicación de información u opinión protegida por la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹¹⁸⁷ Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que por lo demás sería incompatible con la dignidad de la persona que ese mismo texto fundamental proclama.¹¹⁸⁸

Al definir el derecho al honor, algunos autores han distinguido entre el honor objetivo, entendido como el juicio de valor que los demás hacen de nuestras cualidades, y el honor subjetivo, entendido como la representación que el sujeto tiene de sí mismo.¹¹⁸⁹ En el marco del derecho penal, el primero es protegido mediante las figuras de la difamación o la calumnia, que tienen lugar frente a terceros o valiéndose de los medios de comunicación, y el segundo lo es a través de la tipificación del delito de injuria que, en principio, se comete en presencia de la persona agravada. Por otra parte, los tipos delictivos antes mencionados, que son de acción privada y que permiten la exclusión de la pena en caso de perdón de parte del agraviado, también reflejan el carácter relativo, y subjetivo, del honor en cualquiera de sus manifestaciones.

¹¹⁸⁵ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 60, letra e.

¹¹⁸⁶ *Cfr.* Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal*, Madrid, 1980, p. 223.

¹¹⁸⁷ *Cfr.* *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹¹⁸⁸ *Cfr.*, por ejemplo, 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).

¹¹⁸⁹ *Cfr.*, por ejemplo, Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1994, p. 77.

Desterrando la idea de que este derecho forme parte del patrimonio moral de un determinado sector social y sea un derecho clasista, el derecho de los derechos humanos no ha sido insensible a ese sentimiento tan arraigado del honor, que no se puede desligar del derecho que tiene toda persona al reconocimiento de su dignidad. Sobre el particular, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. En el mismo sentido, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Además, el artículo 19, núm. 3, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala que el ejercicio de la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, y que puede estar sujeto a ciertas restricciones que, estando expresamente fijadas por la ley, sean necesarias para, entre otras cosas, “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”; en el mismo sentido, el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos también somete el ejercicio de la libertad de expresión a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones prescritas por la ley, que, en una sociedad democrática, sean necesarias para, *inter alia*, la protección de la reputación o los derechos de otros. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica, en su artículo 13, núm. 2, que el ejercicio de la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para alguno de los propósitos que allí se señalan, entre los que figura, en primer lugar, el asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. A mayor abundamiento, el artículo 14 de la Convención Americana dispone que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados, y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley; además, según esta misma disposición, *para la efectiva protección de la honra y la reputación de las personas*, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, deberá te-

ner una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Curiosamente, sin perjuicio de su reconocimiento como bien jurídico protegido por el derecho penal,¹¹⁹⁰ éste no es un derecho que haya encontrado un amplio reconocimiento en el derecho constitucional. Entre los pocos textos constitucionales que lo contemplan, el artículo 60 de la recién promulgada Constitución de Venezuela¹¹⁹¹ dispone, *inter alia*, que toda persona tiene derecho a la protección de su honor y reputación.¹¹⁹² Asimismo, el artículo 2, núm. 7, de la Constitución del Perú (vigente desde 1993), señala que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación”,¹¹⁹³ y el artículo 19, núm. 4, de la Constitución de Chile, consagra el derecho “a la honra de la persona y *de su familia*”,¹¹⁹⁴ con lo que en ambos casos se están introduciendo elementos adicionales que plantean nuevos problemas conceptuales y jurídicos. Por su parte, el artículo 18 de la Constitución española dispone que “se garantiza el dere-

¹¹⁹⁰ Especialmente a través de la figura del delito de injuria, y eventualmente de los delitos de difamación o de calumnia, sin perjuicio de que estos últimos, además del honor, también protejan la *reputación* de las personas.

¹¹⁹¹ Aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y promulgada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* del 30 de diciembre de 1999. Hay una nueva versión, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con fecha 24 de marzo de 2000, supuestamente por instrucciones de la Asamblea Nacional Constituyente (que ya había cumplido su cometido y que para esa fecha ya no estaba en funciones) en cuyo encabezado se indica que “se reimprime por error material del ente emisor”, y en la que se incluyen elementos que no fueron sometidos al referéndum del 15 de diciembre de 1999.

¹¹⁹² El artículo 59 de la anterior Constitución de 1961 disponía que toda persona tenía derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor.

¹¹⁹³ Lo cual parece sugerir que, sin perjuicio de distinguir correctamente entre el honor y la reputación, las personas pueden tener una “buena reputación” a la fuerza, como cuestión de derecho, y no como resultado de la imagen que la comunidad tenga de ellas según su comportamiento público y privado. Sobre este particular, parece más apropiado el lenguaje de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no consagra exactamente el *derecho* a la reputación, sino que se limita a garantizar que nadie será objeto de ataques ilegales a su reputación. En este punto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos difiere de la Convención Americana en cuanto coloca al honor y a la reputación en un mismo plano, reconociendo el derecho de toda persona a la protección de la ley contra “ataques ilegales a su honra y (*sic*) reputación”.

¹¹⁹⁴ Con lo que sugiere que el derecho al honor, además del individuo, puede tener como titular a un grupo humano muy concreto —la familia—, pero dejando abierta la puerta para una más amplia discusión, en torno a la honorabilidad de corporaciones o grupos humanos distintos de la familia.

cho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, como si los distintos aspectos que allí se mencionan constituyeran un solo derecho, cuestión que, en todo caso, la doctrina y la jurisprudencia ya se han encargado de esclarecer, pronunciándose a favor de la autonomía e independencia de cada uno de los elementos antes referidos.

Pero, independientemente del valor social que se atribuya al sentimiento del honor, llama poderosamente la atención que para el derecho de los derechos humanos éste no tenga un carácter fundamental. Desde luego, el derecho al honor no figura entre aquellos derechos que, de acuerdo con el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no pueden suspenderse ni aun en el evento de circunstancias extraordinarias que pongan en peligro la vida de la nación; además, excepto por la referencia a la reputación de las personas que hace el artículo 10, el derecho al honor tampoco ha sido incluido entre los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. La mera posibilidad de suspender el derecho al honor resulta aun más curiosa en el caso de la Convención Americana, teniendo en cuenta que el artículo 11, núm. 1, de la misma asocia directamente este derecho con el reconocimiento de la dignidad individual, y que ésta, en cuanto base esencial y núcleo irreductible de los derechos humanos, debería gozar de una protección absoluta. Pero, como quiera que sea, los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen la suspensión de derechos humanos en situaciones de emergencia hacen muy difícil que se pueda justificar, bajo cualquier circunstancia, que se atropelle la dignidad individual como condición indispensable para superar una situación de peligro para la vida organizada del Estado.

Ninguno de los instrumentos internacionales antes mencionados proporciona una definición del derecho al honor o señala cuál es el contenido del mismo. En realidad, tanto el Pacto como la Convención Americana recurren a un procedimiento diferente, garantizando que nadie puede ser objeto de *ataques ilegales* a su honra o reputación, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Por consiguiente, hay que concluir que se trata de un derecho bastante relativo, que no protege al individuo de cualquier ataque dirigido en contra de su honor o reputación, sino solamente de aquellos que puedan ser calificados como “ilegales”; sobre este particular, llama la atención el contraste con el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

que dispone, en términos incondicionales y absolutos, que nadie será objeto de ataques a su honra o reputación. Desafortunadamente, al contrario de lo que ocurre con otros derechos humanos que, si bien no pueden ser objeto de “ataques” legales, pueden verse sometidos a *restricciones* legales que tengan como fundamento la protección de los derechos de otro o la protección de un interés social que resulta preponderante,¹¹⁹⁵ ninguno de estos instrumentos internacionales proporciona una orientación sobre los casos o circunstancias en que un ataque al honor o a la reputación pueda resultar *legal*. En efecto, mientras el artículo 19, núm. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al igual que el artículo 13, número 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, prevé la posibilidad de restringir la libertad de expresión cuando ello sea necesario, *inter alia*, para asegurar el respeto a los derechos o a la *reputación* de los demás, no se proporciona ningún indicio de las razones que podrían legitimar un ataque al honor.

No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional español ha sugerido algunos indicios de lo que podría constituir un ataque legítimo al honor. En efecto, al señalar lo que ha de entenderse por “insulto”, el Tribunal Constitucional ha observado que debe tenerse en cuenta no sólo el contexto global en el que se recogen las expresiones supuestamente vejatorias, sino también su relación de necesidad y de proporcionalidad con la crítica, así como la naturaleza pública o privada de las imputaciones.¹¹⁹⁶ Por consiguiente, pudiera inferirse que un ataque al honor en el marco de un asunto de la mayor trascendencia pública, dirigido a una persona pública a la cual se le hacen graves imputaciones de naturaleza igualmente pública, pudieran ser necesarias como parte del debate político y, por lo tanto, legítimas. A juicio del Tribunal Constitucional, ello es así porque, cuando se ejerce la libertad de expresión, los límites de la crítica son más amplios si ésta se refiere a quienes, por dedicarse a actividades políticas, están expuestos a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyec-

¹¹⁹⁵ *Cfr.*, por ejemplo, los artículos 12, núm. 3, 14, núm. 1, 18, núm. 3, 19, núm. 3, 21 y 22, núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 12, núm. 3; 13, núm. 2; 15, 16, núm. 2, y 22, núm. 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁹⁶ *Cfr.* la sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

ción pública;¹¹⁹⁷ sin embargo, ello no significa que haya de otorgarse cobertura a las expresiones injuriosas o insultantes que, por constituir una mera exteriorización de sentimientos personales, ajenos a la finalidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre y responsable, exceden del derecho a la crítica y quedan por ello fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, máxime cuando tales expresiones injuriosas no han sido vertidas en el curso de una entrevista o de un debate, sino que han sido consignadas con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta un escrito que se destina a su publicación en un diario.¹¹⁹⁸ Según el Tribunal Constitucional, el interés público existente en torno a la actividad profesional de un personaje público no priva a este último de su derecho al honor, ni deja de estar protegido de aquellas manifestaciones peyorativas o claramente vejatorias que fuesen innecesarias para expresar un pensamiento crítico acerca de dicha actividad pública o que no guardan relación con la misma; de manera que, para hacer llegar el mensaje de que ese personaje público manipulaba ciertos medios de comunicación, no resultaba necesario acompañarlo de toda una serie de improperios que nada añadían a esa idea-eje, y que excedían con mucho de la crítica acerba que debe sopportar un personaje público en lo relativo a su actuación como tal.¹¹⁹⁹ En este mismo sentido, ya en 1942, en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, la Corte Suprema de los Estados Unidos había sostenido que el uso de palabras agresivas (*fighting words*), es decir, epítetos pronunciados frente a frente de la persona a quien van dirigidos, y que tienden a provocar actos de violencia, por no ser una parte indispensable del discurso, sino armas arrojadas en un momento de disgusto, con el propósito de infligir un daño e invitar a la retaliación, no estarían constitucionalmente protegidas.¹²⁰⁰

No podemos pasar por alto que la Convención Europea de Derechos Humanos no hace una referencia explícita a la protección del honor. Sin embargo, indirectamente, la Corte Europea de Derechos Humanos también ha considerado circunstancias que eventualmente pueden legitimar

¹¹⁹⁷ *Idem*.

¹¹⁹⁸ *Idem*.

¹¹⁹⁹ Cfr. la sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

¹²⁰⁰ Cfr. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

un ataque al honor, entendido este último como un componente de la reputación de las personas. En efecto, en un caso originado en un proceso por difamación, el tribunal europeo observó que el propósito de la carta abierta del peticionario no fue resolver exclusivamente su problema individual, sino que llamó a otras personas con el mismo problema de vivienda a adoptar una acción conjunta, y expresó la opinión de que la solución del mismo era importante para fortalecer el Estado de derecho en la nueva democracia en formación; en consecuencia, según la Corte europea, esa carta innegablemente abordó asuntos capaces de afectar el interés general, tales como el problema de vivienda en un momento en que los apartamentos de propiedad del Estado estaban por ser privatizados.¹²⁰¹ En el caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, en que, en contra de un candidato a la alcaldía de Lisboa, se utilizaron en un editorial expresiones como “grotesco”, “vulgar”, “mezcla increíble de tosquedad reaccionaria”, “fascista y antisemita vulgar”, la Corte Europea estimó que debía analizar el caso en su conjunto, comprendiendo tanto la publicación litigiosa como las circunstancias en las que ella fue escrita; según el tribunal, si bien el candidato aludido tenía derecho a defender su reputación, los imperativos de esta protección debían ser puestos en la balanza con los intereses de la libre discusión de asuntos políticos; a juicio del tribunal, dicho editorial expresaba puntos de vista sobre el pensamiento político e ideológico del señor Silva Resende, refiriéndose a cuestiones de interés general, en las que las restricciones a la libertad de expresión debían interpretarse en un sentido restrictivo.¹²⁰² Aunque dichas expresiones pudieran ser polémicas, la Corte consideró que ellas no contenían un ataque personal gratuito, y observó que, con frecuencia, la invectiva política se desborda sobre el plano personal, pues esos son los gajes de la política y del libre debate de ideas garantizado en una sociedad democrática. Además, el editorial en cuestión había expresado una opinión suscitada por las posiciones políticas del señor Silva Resende, también formuladas en un estilo incisivo, provocador, y no desprovisto de polémica; por consiguiente, no era irrazonable asumir que el contenido de ese

¹²⁰¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Marônek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 56.

¹²⁰² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafos 10, 30 punto ii, 32, y 33.

editorial había estado influido por el estilo del señor Silva Resende. El tribunal europeo atribuyó gran importancia al hecho de que las opiniones expresadas por Silva Resende fueron reproducidas al lado del editorial incriminado, permitiendo a los lectores que se formaran su propia opinión, confrontando ambos puntos de vista.¹²⁰³ Pero la Corte Europea también ha sugerido que un mensaje injurioso puede estar justificado si es en respuesta a una provocación. En efecto, en el caso *Oberschlick v. Austria* (2), la Corte indicó que, al sugerir que sólo aquellos que habían arriesgado sus vidas en la Segunda Guerra Mundial tenían derecho a disfrutar de la libertad de expresión, el señor Haider claramente había intentado provocar una fuerte reacción; de manera que, a juicio del tribunal, el artículo de prensa publicado por el peticionario, llamándolo “idiota”, ciertamente podía considerarse polémico, pero no constituía un ataque personal gratuito, debiendo considerarse que su autor ofreció una comprensible explicación, teniendo en cuenta el discurso del señor Haider, que en sí mismo había sido una provocación. Según la Corte Europea, aunque es cierto que llamar “idiota”, públicamente, a un dirigente político, puede ser ofensivo, en el presente caso, esa expresión no parecía ser desproporcionada, teniendo en cuenta la indignación que había provocado el discurso del señor Haider.¹²⁰⁴

Otro aspecto de especial relevancia es el que se refiere al honor de las personas fallecidas, o a los límites razonables dentro de los cuales sus descendientes o demás parientes que le sobreviven pueden sostener que con la ofensa al fallecido ellos mismos han resultado ofendidos. Éste es un problema que se puede presentar, por ejemplo, cuando un sector social desea preservar la memoria del fallecido dándole su nombre a una calle o una plaza pública, encontrando la resistencia de otro sector social que discrepa de esa elección y que fundamenta sus objeciones en antecedentes y del fallecido que sus descendientes preferirían que no salieran a la luz pública, pero que, estando vinculadas con un asunto de interés público, como es la denominación de un sitio público, resultan legítimas. Del mismo modo, las referencias históricas o periodísticas que se hagan a un personaje, fallecido o no, por más desagradables que resulten para la persona aludida o los parientes que le sobreviven, resultan perfectamente legítimas.

¹²⁰³ *Ibidem*, párrafos 34 y 35.

¹²⁰⁴ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Oberschlick v. Austria* (2), sentencia del 25 de junio de 1997, párrafos 31, 33 y 34.

Por otra parte, y sin perjuicio de las discrepancias doctrinales en cuanto a la existencia del derecho al honor de las personas jurídicas,¹²⁰⁵ éste es un elemento que no se puede omitir en la consideración de este punto. Aunque la Corte Europea de Derechos Humanos pudo pronunciarse sobre el particular, en el caso de una asociación civil denominada Alianza de Perseguidos por la Autoridad Tributaria Húngara, a la cual no se le permitió registrarse por utilizar en su nombre una expresión que se consideraba difamatoria de un órgano del Estado, ni los peticionarios alegaron una violación de la libertad de expresión, ni la Corte examinó una eventual violación de la libertad de expresión en este caso.¹²⁰⁶

En esta parte de nuestro comentario nos proponemos explorar los posibles conflictos que puedan surgir entre el derecho al honor y la libertad de expresión, y los principios que deben orientar la solución de los mismos. Tal análisis supone regresar a algunas de las consideraciones que hicimos en cuanto a los propósitos de la libertad de expresión, y a la función que ella cumple en una sociedad democrática. Sin embargo, como la protección del honor y la reputación de las personas están estrechamente relacionadas, el examen de ambos elementos lo haremos conjuntamente en la siguiente sección.

4. *La protección de la reputación de las personas*

Hay dos maneras de forjarse una reputación: construir la suya o destruir la de otro.

Thomas WOLFE

Como se desprende de la doctrina y de la abundante jurisprudencia de los tribunales nacionales, probablemente una de las áreas de mayor interés teórico y práctico, por los conflictos que suele presentar con la liber-

¹²⁰⁵ *Cfr.*, por ejemplo, Feliu Rey, Manuel Ignacio, *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Madrid, Tecnos, 1990; Balaguer Callejón, María Luisa, *El derecho fundamental al honor*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 142, y O'Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, pp. 70 y ss.

¹²⁰⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of APEH Üldözötteinek Szövetsége, Ivaányi Róth and Szerdahelyi v. Hungary*, sentencia del 5 de octubre de 2000, párrafos 18 y 23.

tad de expresión, sea la que se refiere a la reputación de las personas y a la protección de su honor.

Según William Blackstone, “todo hombre libre tiene el indiscutible derecho a exponer ante el público los sentimientos que le plazca, y prohibir esto es destruir la libertad de prensa; pero si él publica algo que es impropio, dañino o ilegal, tiene que asumir las consecuencias de su propia temeridad”.¹²⁰⁷ En consecuencia, no es extraño que una de las circunstancias que autorizan restringir la libertad de expresión, y que se menciona en primer lugar tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la relativa al respeto a los derechos o a la *reputación* de los demás. Desde luego, la defensa de esa reputación está en contradicción con lo que Fichte llamaba “la rara magnanimitad de los que se exponen a sí mismos y a sus amigos máspreciados al peligro de ser incomprendidos, calumniados y odiados, únicamente para promover la ilustración”.¹²⁰⁸

En cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el artículo 17, núm. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que “nadie será objeto... de ataques ilegales a su honra y reputación”, y el artículo 11, núm. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al respeto de su dignidad”, agregando que “nadie puede ser objeto... de ataques ilegales a su honra o reputación”. En ambos casos se agrega que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Además, en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la reputación de las personas se encuentra adicionalmente protegida por el artículo 14, relativo al derecho de rectificación o de respuesta, el cual expresa que “toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

¹²⁰⁷ Cfr. *Commentaries on the Laws of England*, Londres, 1765-1769, tomo IV, pp. 151 y 152.

¹²⁰⁸ Cfr. Gottlieb Fichte, Johann, “Reivindicación de la libertad de pensamiento: a los principes de Europa que hasta ahora la oprimieron”, en *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, estudio preliminar y traducción de Faustino Oncina Coves, Madrid, Tecnos, 1986, p. 5.

Como ya se indicó previamente, la honra y la reputación no son conceptos sinónimos e intercambiables, sino que corresponden a esa distinción que han hecho algunos autores entre el honor objetivo, entendido como el juicio de valor que los demás hacen de nuestras cualidades, y el honor subjetivo, entendido como la representación que el sujeto tiene de sí mismo.¹²⁰⁹ Mientras el primero equivaldría a la reputación que se tiene frente a los demás, el segundo correspondería al honor propiamente tal. En el derecho interno de los Estados, ambas figuras se encuentran protegidas fundamentalmente por los delitos de difamación e injurias, y adicionalmente por las indemnizaciones pecuniarias previstas en el derecho civil.

Las referencias a la *reputación* de las personas, contenidas tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sugieren que el concepto que los demás puedan tener de cada individuo es un elemento distinto del derecho al honor, y que, por lo tanto, debe deslindarse de este último al formular una definición de la reputación. En sentido estricto, el honor correspondería al sentimiento o a la conciencia de la propia dignidad, y la reputación sería el resultado de la fama que esa misma persona tiene frente a terceros. Mientras el honor es el producto de la consideración a que toda persona se hace acreedora por el solo hecho de ser humana, la reputación es el fruto de la consideración a que, en atención a sus cualidades y defectos, cada uno de nosotros se ha hecho merecedor en el seno de la sociedad en que se desenvuelve; pero, sin duda, la buena fama que tengamos entre terceros acrecienta nuestro propio sentimiento del honor individual. Así entendido, no es extraño que, por lo menos en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establezca una relación tan estrecha entre el derecho al honor y el reconocimiento de la dignidad individual. Por el contrario, y sin perjuicio de que toda persona esté protegida de los ataques que se puedan hacer a su reputación, no puede asumirse que toda persona tenga derecho a una reputación que no tiene. Sobre este particular, es oportuno subrayar que en los delitos contra la reputación de las personas, tales como la calumnia o la difamación, por la propia naturaleza de los mismos, se ha admitido la *exceptio veritatis*, como una defensa que elimina uno de los elementos del delito

¹²⁰⁹ *Cfr.*, por ejemplo, Herrero-Tejedor, Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1994, p. 77.

y, probablemente, demuestra que no se ha lesionado la reputación del presunto agraviado o que la pretensión de tal reputación era infundada.

Por otra parte, de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos no resulta evidente si ésta ha entendido que la referencia a la protección de la reputación de las personas se limita a las personas naturales, o si ella se hace extensiva a las personas jurídicas. En efecto, en el caso de un periodista que había sido despedido de una agencia de prensa, y que, en respuesta a un comunicado de prensa de su antigua agencia empleadora, distribuyó entre los clientes de la misma una circular junto con unos recortes de prensa que desacreditaban a esa empresa, la Corte señaló que “los requerimientos de proteger la reputación y los derechos de otros” debía ponderarse con el derecho del primero a distribuir esa circular con sus recortes de prensa.¹²¹⁰ Teniendo en cuenta que este asunto había sido examinado por los tribunales nacionales como un caso de competencia desleal, en que el autor de esa circular había establecido su propia empresa y procuraba retener los clientes de su antigua empleadora, podría argumentarse que dicha circular lesionaba los derechos comerciales de terceros; pero la Corte Europea no elaboró sobre este punto, y es difícil deducir si, en su opinión, en este caso estamos en presencia de una lesión a la reputación o a los derechos de otros.

En todo caso, conviene recordar que, tratándose de un derecho inseparable de la personalidad, este derecho se extingue con ella y no se transmite a sus herederos, excepto en lo que concierne a las acciones penales por una ofensa cometida antes de que falleciera la persona agravuada. Sobre este particular, Romero Coloma ha señalado que “las ofensas inferidas a la memoria de los difuntos son punibles cuando alcanzan a las personas de sus herederos y parientes, y, por tanto, al honor, no del difunto, sino de las personas vivas”.¹²¹¹

A. Las excepciones legítimas

En la medida en que la necesidad de proteger la reputación de las personas tiene que ser puesta en la balanza con la libertad de expresión, es

¹²¹⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacubowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafo 27.

¹²¹¹ Romero Coloma, Aurelia M., *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, Trivium, 1985, pp. 58 y ss.

evidente que la primera no puede prevalecer sobre la segunda en toda circunstancia, y que hay ocasiones en que, por el contrario, lo que debe prevalecer es la libertad de expresión.

Debe llamarse la atención del lector sobre el hecho de que tanto en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se protege a la persona de ataques “ilegales” a su honra o reputación. En consecuencia, parece obvio concluir que, en ciertas circunstancias, un ataque a la honra o a la reputación de las personas puede resultar lícito, y probablemente legítimo. A nuestro juicio, ello parece especialmente claro en el caso de hechos de trascendencia pública, o en casos en que se encuentre involucrado el interés colectivo, y que lleven a cuestionar la honorabilidad u honradez de una figura pública; porque, en efecto, existe un interés legítimo por parte de los integrantes del grupo social en cuanto a discutir aquellos asuntos que afectan sus propias vidas. Según el Tribunal Constitucional español, esos asuntos de relevancia pública o interés general se caracterizan por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen.¹²¹² Por consiguiente, ni la rectitud u honestidad de aquellos a quienes se les ha encomendado la administración de los negocios públicos ni la protección de la reputación de las personas se pueden utilizar como un escudo para impedir o coartar el debate político.

a. La trascendencia pública del asunto

Cuando lo que está en juego es el interés colectivo, quien se haya construido una determinada reputación está expuesto a verse desacreditado, y no puede pretender que la misma no sea puesta en discusión. En el caso de unos artículos de prensa que relatan las experiencias de algunas mujeres que se habían sometido a cirugía estética y en los que se cuestionaba la competencia profesional de un médico, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que los mencionados artículos fueron publicados como reacción a la publicación en el mismo periódico, un par de meses antes, de otro artículo que describía el trabajo de ese médico y las ventajas de la cirugía estética; según el tribunal europeo, además del interés público del asunto, las expresiones consideradas difamatorias de-

¹²¹² *Cfr.* SSTC 107/88, 171/90, 172/90.

bían examinarse teniendo en cuenta el antecedente de este último artículo, que presentaba un cuadro favorable del médico, sin mencionar las posibles desventajas derivadas de su actividad profesional.¹²¹³ La Corte admite que la publicación de esos artículos de prensa —que al dar la impresión de una falta de preparación profesional, el médico aludido interpretaba que constituían una ejecución pública—, inevitablemente causarían un daño sustancial a su reputación profesional; pero, en opinión del tribunal, la necesidad de proteger esa reputación no es más importante que el interés público en la libertad de la prensa para impartir información sobre asuntos de legítimo interés público, y no puede prevalecer sobre este último.¹²¹⁴ En el mismo sentido, en un caso en que se acusó a Jörg Haider, líder del Partido Austriaco por la Libertad, de “agitación racista”, aunque la Corte reiteró la importancia que le atribuye a los deberes y responsabilidades que van aparejados con la libertad de expresión, sostuvo que en el presente caso no había ninguna indicación de una negligencia o descuido deliberado por parte del autor del mensaje que se impugnaba; más bien, la Corte observó que esa afirmación, que probablemente podía considerarse polémica, no constituía un ataque personal gratuito, puesto que fue formulada en un contexto político particular, en el que contribuyó a la discusión sobre un asunto de interés general, como era la política sobre inmigración, el control y la condición jurídica de los extranjeros en Austria; por consiguiente, las expresiones impugnadas eran parte de una discusión política, inicialmente provocada por el mismo señor Haider.¹²¹⁵

Del mismo modo como la reputación de las personas forma parte de su dignidad individual, muchas de las decisiones que se toman en una sociedad democrática requieren información sobre el carácter y la reputación de aquellos que están ejerciendo un cargo público, o que van a elegir para ejercerlo, o simplemente de aquellos a quienes van a contratar, o incluso con quienes tienen previsto mantener una simple relación comercial. Curiosamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —si bien admite que los funcionarios están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad— no ha considerado que la discusión de

¹²¹³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 51.

¹²¹⁴ *Ibidem*, párrafos 59 y 60.

¹²¹⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafo 43.

asuntos de trascendencia pública exonere plenamente de responsabilidad a quien, en el curso del debate, pueda haber lesionado la reputación de un funcionario o de una persona pública, o de un particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público; muy por el contrario, la Comisión estima que esta circunstancia debe ser sancionada, aunque “sólo a través de sanciones civiles”.¹²¹⁶ Tampoco se ha examinado la posibilidad de que esa lesión a la reputación se remedie permitiendo una mayor discusión, incluyendo el derecho de la persona afectada a defenderse respondiendo a esos ataques, pues quienes ocupan cargos públicos no pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al resto de los ciudadanos, o frente a los medios de comunicación.

Aunque el límite de la protección de la libertad que comentamos está marcado por la discusión de asuntos de interés público, la jurisprudencia de los tribunales ingleses ha señalado que las expresiones difamatorias no forman parte del ámbito de expresión protegida.¹²¹⁷ Pero si bien lo anterior deja al margen de la expresión protegida el derecho a insultar o injuriar a otra persona, eso no impide el cuestionar sus actos o sus ideas, especialmente si ello es relevante desde el punto de vista del interés público (o incluso del interés particular del orador), y muy especialmente cuando nuestras críticas van dirigidas en contra de aquellos que ejercen el poder político; en consecuencia, las expresiones y comentarios de interés público tienen un carácter privilegiado.

Para los efectos de caracterizar un acontecimiento como de trascendencia pública, hay que considerar tres elementos: a) la materia objeto de la información, b) la condición de la persona aludida, y c) la naturaleza del medio empleado para difundir la información. En primer lugar, es indispensable que la materia objeto de la información sea de interés público y que, por lo tanto, su divulgación pueda contribuir a la formación de la opinión pública; en segundo lugar, debe tenerse en cuenta la condición de la persona aludida por esa información, puesto que las personalidades públicas, ya sea porque ejercen funciones públicas o porque han resultado implicadas en asuntos de relevancia pública, deben tolerar un mayor grado de interferencia que las personas privadas en el ejercicio de sus derechos de la personalidad; por último, el otro elemento relevante es la na-

¹²¹⁶ 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, párrafo 10 de la parte declarativa.

¹²¹⁷ *Cfr. Horrocks v. Lowe* [1975] AC, p. 135.

turaleza del medio empleado para difundir la información, particularmente si se ha recurrido a un medio de comunicación social.

Son muchas las circunstancias que pueden contribuir a detectar el interés público que despierta un asunto. En un caso de supuesta difamación que tenía como antecedente un largo y acalorado debate público sobre la investigación de denuncias sobre violencia policial en la ciudad de Bergen, en Noruega, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que la recurrencia, la naturaleza y la dimensión de la violencia policial habían sido investigadas por académicos calificados, por un comité de investigación, y por el Fiscal General, que el tema había sido objeto de controversia tanto en la literatura como en la prensa y en los tribunales, y que la misma Corte Suprema de Noruega había señalado que las expresiones controvertidas se referían a un asunto del mayor interés público; en consecuencia, la Corte reiteró su jurisprudencia, señalando que, en el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea, hay muy poco margen para restringir la libertad de expresión política o el debate sobre cuestiones de interés público.¹²¹⁸ Además, cuando se están haciendo señalamientos de brutalidad policial, que puedan percibirse como una forma de difamación de una categoría de personas, no debe perderse de vista la necesidad de ejercer una estricta supervisión sobre el uso que se haga de la fuerza precisamente en nombre de la sociedad. Porque si bien los Estados tienen el monopolio de la fuerza para proteger la democracia y el Estado de derecho, ese monopolio lleva consigo el riesgo de que se abuse de la fuerza, en detrimento de los mismos valores que se supone que la sociedad debe preservar; de manera que el abuso de la fuerza por parte de los oficiales encargados de hacer cumplir la ley no es, simplemente, uno de los muchos asuntos de interés general, sino que es un asunto del mayor interés en toda sociedad democrática, como se desprende de la adopción, en 1984, de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, seguida en 1985 por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y en 1987 por la Convención Europea para la Prevención de

¹²¹⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 46. *Cfr.*, también, *Case of Wingrove v. the United Kingdom*, sentencia del 25 de noviembre de 1996, párrafo 58, y *Case of Sürek v. Turkey* (núm.1), sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

la Tortura y los Tratamientos o Penas Inhumanos o Degradantes.¹²¹⁹ Por el contrario, en el caso *Andreas Wabl v. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que era dudoso si un artículo de prensa, en el que se insinuaba que un miembro del parlamento padecía de sida, contribuía a un debate de interés general; según el tribunal europeo, incluso teniendo en cuenta que la persona afectada por ese reportaje es un político, que inevitablemente y a sabiendas se ha sometido al escrutinio público, debiendo demostrar un mayor grado de tolerancia frente a la crítica, el citado artículo constituía un comprensible motivo de indignación y podía considerarse difamatorio.¹²²⁰

En lo que concierne a ese trato preferente que se le ha conferido a la libertad de expresión cuando ella está referida a asuntos de trascendencia pública, incluso frente a expresiones difamatorias, la evolución experimentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es digna de especial mención. Inicialmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que la administración del Estado había llegado a ser muy compleja, que las oportunidades para desaguisados y actos de corrupción se habían multiplicado, que el crimen había crecido en proporciones preocupantes, y que el peligro de encontrarse desprotegidos por la conducta de los agentes del Estado y de ver comprometida la seguridad de la vida y de la propiedad como resultado de las alianzas criminales y la negligencia oficial, enfatizaban la necesidad primordial de una prensa vigilante y valiente. El hecho de que la libertad de prensa pudiera ser objeto de abusos por malévolos proveedores de escándalos, no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa en lo que se refería a la conducta oficial; en estas circunstancias, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, un remedio compatible con el privilegio constitucional de la prohibición de la censura previa sería el castigo posterior de tales abusos.¹²²¹ Mientras en una primera etapa se estimó que las expresiones difamatorias no estaban protegidas por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y que ellas constituyan una excepción a la libertad de expresión amparada por ésta.

¹²¹⁹ *Cfr.*, en este sentido, la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Strážnická and Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

¹²²⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Andreas Wabl v. Austria*, sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 42.

¹²²¹ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

ta,¹²²² en una segunda etapa —cuyo inicio lo marcó la decisión en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*—, como se verá más adelante, ese mismo alto tribunal adoptó un criterio mucho más estricto para ponderar los procesos por difamación en cuanto restricciones legítimas a la libertad de expresión, exigiendo un examen más rígido en el caso de las figuras públicas, y señalando que ni el error de hecho ni el contenido difamatorio de una expresión son suficientes para privar de protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios.¹²²³ Ese ciclo parece haberse cerrado con la decisión de la Corte en el caso *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, que confiere a la negligencia periodística un mayor grado de protección, no obstante el mayor daño que, aparentemente, se pueda haber causado a la víctima.¹²²⁴

En el caso de un editorial de un periódico de Canarias, fustigando duramente la posición de otro medio de comunicación respecto de un asunto de interés público, el Tribunal Constitucional español expresó que se trataba de una disputa entre medios de comunicación que sostenían criterios discrepantes sobre cuestiones de interés social y económico para Canarias, y que se circunscribían a una crítica acerba sobre la actuación pública y publicada de los querellantes en un proceso por difamación, sin interferir para nada en la esfera de su vida privada.¹²²⁵ A juicio del tribunal, por las acusadas posiciones contrapuestas que sobre la actividad de las cajas de ahorro mantenían los dos medios de comunicación, esa crítica debía ser admitida con tolerancia por quienes, ejerciendo la misma actividad, utilizaban su pluma con estilo más o menos ácido para sostener y proyectar en la opinión pública el punto de vista que entienden más adecuado sobre una materia de interés general.¹²²⁶ Por consiguiente, el tribunal consideró que no podía calificarse de exceso o desproporción en el ejercicio de la libertad de información las expresiones ciertamente ácidas y críticas que en dicho editorial se vertían, sino que, por el contrario, de adecuadas y proporcionadas a la naturaleza del mensaje que se preten-

¹²²² *Cfr.* su decisión en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y también *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹²²³ *Cfr.* *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹²²⁴ *Cfr.* *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

¹²²⁵ *Cfr.* la sentencia núm. 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

¹²²⁶ *Idem.*

día transmitir a la opinión pública.¹²²⁷ De manera más contundente, en este mismo caso, así como en otro asociado con él, el juez Tomás Vives Antón sostuvo que la libertad de expresión, y en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse, y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente, desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión como el que consagra la Constitución española; de acuerdo con Vives Antón, si bien la libertad de expresión no comporta un derecho al insulto, las expresiones insultantes vertidas en el presente caso no son lo suficientemente fuertes, ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que se efectúa en el artículo de prensa enjuiciado, como para que el recurso al derecho penal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública; por consiguiente, la mera posibilidad de que se castigue penalmente el exceso en la crítica parece, a juicio de Vives Antón, contrario al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión.¹²²⁸

Por otra parte, si bien la prensa tiene derecho a discutir y criticar asuntos de trascendencia pública, debe observarse que los periodistas no disfrutan de una inmunidad que los exima de la obligación de actuar con cuidado al difundir información que pueda lesionar la reputación de terceros.

b. La crítica política

Sin duda, en el centro de los asuntos de interés público se sitúa la toma de decisiones en la formación de las políticas públicas, y la crítica política que les es inherente. En una proclama del rey Jaime I de Inglaterra, del 24 de diciembre de 1620, se formulaban objeciones a “las excesivamente profusas y licenciosas expresiones en asuntos de Estado”, y a la

¹²²⁷ *Idem.*

¹²²⁸ *Cfr.* su voto particular en la sentencia núm. 79/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3696/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento). También, su voto particular en la sentencia núm. 78/1995, del 22 de mayo de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 3694/1993, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de junio de 1995, núm. 147 (suplemento).

circunstancia de que la libertad de expresión no se extendía a los asuntos de Estado, que no eran “un tema apropiado para personas vulgares”.¹²²⁹ Por el contrario, en 1964, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, el juez William Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que el derecho a criticar al gobierno, sin temor a represalias, es el elemento fundamental de la libertad de expresión.¹²³⁰ En realidad, a pesar de la opinión en contrario del rey Jaime I, en el curso de los últimos cuatro siglos ha quedado firmemente demostrado que si hay una esfera en la cual se justifica la libertad de expresión ese es precisamente en el ámbito de la crítica política. Tal conclusión es inevitable, teniendo en cuenta que uno de los propósitos de la libertad de expresión es permitir juzgar y criticar las políticas del gobierno y la conducta de aquellos que las ejecutan; si bien esa crítica puede generar la polémica, tampoco se puede olvidar que la polémica es de la esencia de la democracia. En cuanto al procedimiento para determinar si las expresiones supuestamente difamatorias plantean cuestiones de interés público, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que se debe examinar el contenido, la forma y el contexto en el que se profirieron tales expresiones.¹²³¹ Pero se trata de un interés público entendido como sinónimo de la política, y no como reflejo de lo que pueda demandar la curiosidad del público; porque, en definitiva, lo que se protege es el carácter político del mensaje, en cuanto éste concierne a la sociedad en su conjunto y tiene un carácter preferente frente a la reputación de las personas. Sin embargo, incluso si se probara la malicia de la información que se objeta, el funcionario demandante debe probar que las expresiones difamatorias se refieren a él.¹²³²

Ciertamente, en cualquier sociedad democrática, la crítica política es un asunto de la mayor trascendencia pública, que confiere a la libertad de expresión una posición preferente frente a otros derechos. No debe olvidarse que ésta es una garantía del individuo frente al Estado, y no a la inversa; porque, mientras el Estado no necesita protegerse de los ciudadanos, estos últimos deben contar con mecanismos que les permitan juzgar y evaluar el ejercicio del poder. Sin embargo, es precisamente la crí-

¹²²⁹ *Cfr.* Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press* (Revised and enlarged edition of *Legacy of Supression: Freedom of Speech and Press in Early American History*), Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 4.

¹²³⁰ *Cfr.* *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹²³¹ *Cfr.* *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 761 (1985).

¹²³² *Cfr.* *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

tica política la que con mayor frecuencia genera reacciones contrarias por parte de las autoridades del Estado, confiriendo un nivel más elevado a la reputación de las personas y relegando la libertad de expresión a un segundo plano. Por otra parte, mientras en la misma Inglaterra los estatutos medievales señalaban que la esencia del delito de difamación sedicosa radicaba en la falsedad de lo que se afirmaba, en 1606 la Cámara Estrellada decidió que la verdad o falsedad de lo afirmado no era relevante, pues si lo aseverado era verdadero, el daño a la reputación del gobierno, o de alguno de sus funcionarios, era todavía más peligroso para la paz pública; esa doctrina se continuó aplicando en Inglaterra, aun después de la desaparición de la Cámara Estrellada.¹²³³

Una de las más tempranas manifestaciones de ese afán por brindar mayor protección a la reputación de las personas que al debate político se reflejó en la Ley de Sedición aprobada en Estados Unidos el 14 de julio de 1798, por iniciativa del presidente Adams, cuando ese país se encontraba al borde de la guerra con Francia; el contenido de esta ley fue duramente criticado, precisamente por interferir con el debate político. Según la mencionada ley, se sancionaba como delito “cualquier publicación falsa, escandalosa o maliciosa... en contra del gobierno de los Estados Unidos, o de cualquiera Cámara del Congreso... o del Presidente... con intención de difamarlos... o de exponerlos al desprecio o al descrédito...”. Entre las víctimas de esta ley se encontró un miembro de la Cámara de Representantes por el estado de Vermont, Matthew Lyon, quien fue sentenciado a cuatro meses de prisión y 1,000 dólares de multa por haber criticado al presidente Adams, caracterizándolo como un hombre que se aferraba continuamente al poder, que tenía una ilimitada sed por la pompa ridícula y la adulación disparatada, y por condenar la política de su gobierno hacia Francia. Con el triunfo de Jefferson como presidente, una vez que éste asumió su cargo en 1800, dos años después de haber sido promulgada, dicha ley fue derogada y repudiada.

Además de ese cambio legislativo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó a prestar mayor atención a lo que ciertamente puede incluirse en esa zona de “ataques legales” al derecho al honor y la reputación de las personas, y que reviste extraordinaria importancia en una sociedad democrática, como es la crítica política, que

¹²³³ Cfr. Levy, Leonard W., *Emergence of a Free Press* (Revised and enlarged edition of *Legacy of Supression: Freedom of Speech and Press in Early American History*), Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 7.

eventualmente puede lesionar el honor o la reputación de quienes desempeñan funciones de gobierno. Porque las responsabilidades que entraña este derecho no pueden llegar al extremo de coartar el debate político e impedir que se cuestione la conducta de los gobernantes o de quienes ejercen funciones públicas, por muy duras y mortificantes que sean las expresiones que se empleen para ello; la defensa del honor o la reputación no puede ser esgrimida como un instrumento para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica respecto de hechos o situaciones de interés público que consideran inaceptables. Pero, como señala Erin Skold, recordando el escándalo del presidente Clinton con Mónica Lewinsky, no siempre es fácil separar la vida privada de lo que forma parte de la actividad pública de un personaje; porque si bien un acto de infidelidad marital o de actividad sexual es, en principio, un asunto privado, en ese caso los encuentros sexuales ocurrieron en la oficina presidencial, y en ese momento la señorita Lewinsky era una pasante trabajando para la Casa Blanca.¹²³⁴

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido el mismo criterio expresado en este caso por la Corte Suprema de los Estados Unidos, señalando que la libertad de expresión es el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes, respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión inevitablemente generará discursos críticos, o incluso ofensivos, para quienes ocupan cargos públicos o para quienes están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública; por lo tanto, una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo autor de esa expresión afecta a la esencia y al contenido de la libertad de expresión, no sólo de aquel a quien se silencia, sino del conjunto de la sociedad.¹²³⁵ Además, en su reciente Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Comisión ha indicado que, en estos casos, para que se pueda restringir legítimamente la libertad de expresión, debe probarse

¹²³⁴ Cf.: “Title Match: Jesse Ventura and the right of publicity vs. The public and the First Amendment”, *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 1, 2000, p. 120.

¹²³⁵ Cf., en este sentido, 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 78.

que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño, o que tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas, o que se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad de las mismas.¹²³⁶

La tesis del descuido irresponsable en la difusión de informaciones o ideas también ha sido acogida por la Corte Europea de Derechos Humanos. En efecto, en el caso *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, en que un tribunal austriaco había dispuesto medidas cautelares en contra de quien había distribuido un panfleto acusando a los líderes de un partido político de incitar a la población a la “agitación racista”, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la Corte Europea consideró que no había ninguna indicación de negligencia deliberada de parte del autor de ese mensaje; por el contrario, sostuvo que, aunque dicha afirmación pudiera ser polémica, la misma no constituía un ataque personal y gratuito, sino que fue hecho en un contexto político determinado, que contribuía a la discusión de un asunto de interés general, como era el control de la inmigración y de la condición jurídica de los extranjeros en Austria, y cuya discusión había sido iniciada precisamente por el señor Jörg Haider, líder del Partido por la Libertad de Austria. Según la Corte, el grado de precisión que se requiere para establecer lo bien fundada de una acusación criminal no puede compararse con el que debe observar un periodista cuando expresa sus opiniones en un asunto de interés público, y estimó que, en el caso que comentamos, esa opinión podía considerarse un comentario apropiado sobre un asunto de interés público.¹²³⁷

Sin embargo, incluso en el debate sobre asuntos del mayor interés público, el ejercicio de la libertad de expresión tiene que someterse a ciertas limitaciones. En el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway*, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que a pesar del papel desempeñado por los peticionarios como representantes de una asociación profesional, y a pesar de la protección privilegiada que la Convención Europea le confiere al debate sobre asuntos públicos, ellos debían actuar dentro de las fronteras establecidas, entre otras cosas, por el interés en proteger la

¹²³⁶ *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, párrafo 10 de la parte declarativa.

¹²³⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafos 43 y 46.

reputación o los derechos de otros; de manera que lo que había que determinar era si los peticionarios habían excedido los límites permisibles de la crítica.¹²³⁸ Al examinar este elemento, el tribunal europeo tuvo en consideración no sólo las palabras utilizadas, sino el contexto en el que ellas se hicieron públicas, y el hecho que probablemente, una declaración recogida por la prensa reduce o elimina las posibilidades de reformularla, corregirla o retractarse de ella antes de su publicación.¹²³⁹ En este sentido, la Corte ha considerado que el acusar a una persona de propagar “mentiras deliberadas”, una afirmación que, por recaer sobre hechos, era susceptible de ser probada, y para la cual no había ninguna base fáctica, sin que ella estuviera justificada por la forma en que previamente se había expresado la persona en contra de quien tal afirmación iba dirigida, había excedido los límites de la crítica permitida.¹²⁴⁰ Pero, por otra parte, el mismo tribunal europeo ha indicado que cuando simples individuos o asociaciones ingresan a la arena del debate público se exponen a sí mismos al escrutinio de los demás.¹²⁴¹ En el caso *Jerusalem v. Austria*, la Corte observó que las dos asociaciones que habían recurrido a los tribunales nacionales solicitando que se adoptaran medidas restringiendo la libertad de expresión de quien les habría difamado, eran organizaciones activas en la formulación de las políticas públicas, y particularmente de la política en materia de drogas, habiendo participado en discusiones públicas y habiendo cooperado con un partido político en esta esfera, por lo que debían mostrar un mayor grado de tolerancia a la crítica de sus oponentes en relación con esos fines y con los medios empleados por los primeros.¹²⁴²

A pesar de que la Convención Europea de Derechos Humanos no protege explícitamente el derecho al honor, excepto por la referencia que se hace en el artículo 10, núm. 2, de la misma a “la protección de la reputación o los derechos de otros” como base legítima para restringir la libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos ha prestado especial atención a los límites aceptables de la crítica en el contexto de un debate público sobre cuestiones de interés general. En el caso de un

¹²³⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 47.

¹²³⁹ *Ibidem*, párrafo 48.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 49.

¹²⁴¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 38.

¹²⁴² *Ibidem*, párrafo 39.

periodista austriaco condenado por difamar a través de la prensa al entonces primer ministro de Austria, señor Bruno Kreisky, la Corte Europea parece coincidir con el criterio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos expuesto en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, y comentado en párrafos precedentes. En el caso que se menciona, en el curso de una entrevista de televisión realizada pocos días antes de las elecciones generales de 1975 en Austria, Simon Wiesenthal (presidente del Centro de Documentación Judía) acusó al señor Friedrich Peter, presidente del Partido Liberal austriaco (entonces miembro de la coalición gobernante) de haber servido en la primera brigada de infantería de las SS durante la Segunda Guerra Mundial; al día siguiente, el primer ministro, Kreisky, declaró —en una entrevista de televisión y a través de la prensa— que apoyaba vigorosamente al señor Peter, y se refirió a la organización y a las actividades de Wiesenthal como una “mafia política” que utilizaba “métodos mafiosos”. Es luego de estos hechos que el señor Lingens publicó dos artículos en la revista *Profil*, objetando los comentarios de Kreisky y expresando que, “si ellos hubieran sido hechos por otra persona, esto probablemente hubiera sido descrito como el oportunismo más rastreño”; en su opinión, “el comportamiento del señor Kreisky no (podía) ser criticado sobre bases racionales, sino únicamente sobre bases irrationales: es inmoral e indigno”; dichos comentarios le valieron una condena por difamación, que el señor Lingens objetó ante los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos, por constituir una violación de la libertad de expresión. En opinión de la Corte Europea, la libertad de expresión (que constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso individual y la autorrealización) tiene vigencia “no sólo respecto de informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, consideradas como inofensivas, o vistas con indiferencia, sino que se extiende también a aquellas que ofenden, horrorizan o molestan. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la mente abierta, sin las cuales no hay ‘sociedad democrática’”.¹²⁴³ Según este tribunal, “los límites de la crítica aceptable son en consecuencia más amplios tratándose de un político que de un individuo ordinario. A diferencia de este último, el primero se expone a sí mismo, inevitablemente y a sabiendas, al escrutinio público de cada

¹²⁴³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Lingens , sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 41.

una de sus palabras y de cada uno de sus hechos, y debe, por lo tanto, desplegar un mayor grado de tolerancia”.¹²⁴⁴ La Corte admitió que el uso de expresiones como “oportunismo más rastrero”, “inmoral”, e “indigno”, para referirse al señor Kreisky, probablemente dañarían su reputación pero, puesto que ellas se habían proferido en su condición de primer ministro, debía tenerse en cuenta las circunstancias en que el señor Lingens escribió los artículos de prensa considerados difamatorios, circunstancias que incluían un proceso electoral y la necesidad de formar una coalición gobernante, sin que tales expresiones pudieran calificarse como inusuales en el forcejeo típico de la política;¹²⁴⁵ por lo tanto, el tribunal estimó que la interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión del señor Lingens no fue “necesaria en una sociedad democrática... para la protección de la reputación... de otros” (y que) fue desproporcionada para el legítimo propósito perseguido”.¹²⁴⁶

En el caso del jefe de la sección juvenil del Partido Popular Austriaco, que había sido condenado por difamación al haber emitido un comunicado de prensa en que acusaba al jefe de gobierno de Carintia y presidente de la sección provincial del Partido Socialista Austriaco de carecer de moral para solicitar la renuncia del alcalde de una pequeña localidad por haber sido condenado por un accidente de tránsito, y en el que comparaba la conducta del mencionado alcalde con la condena penal de un asistente del jefe de gobierno antes mencionado, la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que, aunque los hechos que dieron origen a esas condenas no fueran exactamente idénticos, en una sociedad democrática, los políticos debían aceptar la crítica, incluso cuando estuviera basada en comparaciones enojosas de dos incidentes que pudieran parecer distintos.¹²⁴⁷ Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que la principal preocupación del peticionario con el comunicado de prensa que condujo a su condena por difamación había sido mostrar que el jefe de gobierno de Carintia aplicó un patrón moral mucho más estricto al alcalde de una pequeña aldea, y miembro de un partido político distinto al suyo, que a su asistente y aliado político; de manera que la intención del peticionario no fue comparar dos acci-

¹²⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 42.

¹²⁴⁵ *Ibidem* párrafo 43.

¹²⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 47.

¹²⁴⁷ *Cfr.* la opinión de la Comisión en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Schwabe v. Austria, sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 28.

dentes de tránsito desde un punto de vista legal, sino hacer una observación sobre “moralidad política”.¹²⁴⁸ Según la Corte, el pronotario criminal de un político, junto con su conducta pública en otros aspectos, puede ser un factor relevante al apreciar su idoneidad para ejercer un cargo público.¹²⁴⁹

Por otra parte, así como el debate político en una sociedad democrática requiere un alto grado de tolerancia con las críticas dirigidas a quien ocupa un cargo público, lo mismo debe decirse de las expresiones vertidas por quien ha sido objeto de esos ataques y responde a ellos, puesto que ambos tipos de expresión forman parte del mismo debate político. Este es, también, el caso de quienes actúan en representación de una asociación profesional, respondiendo a alegaciones que ponen en duda la práctica y la integridad de los miembros de esa asociación.¹²⁵⁰

Pero, en último análisis, cualquiera que sea la interpretación que se haga de la misma, esta restricción no puede ser esgrimida como un arma política para acallar o intimidar a los medios de comunicación, o a quienes mantienen una posición crítica, respecto de hechos sociales de interés público que consideran inaceptables. Sin duda, la mayor exposición de quienes ocupan un cargo público, junto con las expectativas que generan sus actuaciones, les hacen un blanco más fácil de la crítica; pero ese es el precio que tenemos que pagar en una sociedad democrática, para asegurar un debate público franco y vigoroso.

Sin embargo, sería irónico que, con toda la capacidad que tienen los medios de comunicación para destruir la reputación de las personas, pudieran estar absolutamente exentos de responsabilidad, incluso en aquellos casos en que se ha probado la existencia de una manifiesta negligencia o desprecio por la verdad. En este sentido, los medios de comunicación sólo pueden tener un privilegio calificado, que pone en la persona afectada por la información supuestamente difamatoria la carga de probar que el medio de comunicación no utilizó la debida diligencia o el cuidado razonable para verificar la veracidad de la información; en es-

¹²⁴⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Schwabe v. Austria*, sentencia del 28 de agosto de 1992, párrafo 31.

¹²⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 32.

¹²⁵⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 44.

ta forma se subraya que la libertad de expresión es la regla, y que las restricciones a ella sólo pueden ser excepcionales.

B. La improcedencia de las leyes de desacato

Las consideraciones anteriores conducen a cuestionar la existencia de leyes que protejan el honor y la reputación de los funcionarios o incluso de las instituciones del Estado; en este sentido, en los Principios de Siracusa¹²⁵¹ se rechaza el empleo de restricciones basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios contra la opinión o la crítica del público.¹²⁵² Sin duda, la libertad de expresión, que adquiere mayor relevancia cuando involucra un debate abierto sobre cuestiones de interés público, es incompatible, y no puede coexistir con figuras penales que castigan la crítica a las instituciones o a los funcionarios.

Ésta es una materia que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de examinar con especial atención en su Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²⁵³ En este informe, la Comisión hizo un análisis de las leyes que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario en el desempeño de sus funciones oficiales (las llamadas leyes de desacato) con la libertad de expresión, en la forma en que ésta se encuentra consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando a los Estados en que existan estas leyes, derogarlas o reformarlas, con objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹²⁵⁴ Recientemente, en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana ha reiterado que las leyes que penalizan la expresión ofensiva

¹²⁵¹ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

¹²⁵² *Ibidem*, párrafo 37.

¹²⁵³ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 207-223.

¹²⁵⁴ *Ibidem*, p. 209.

dirigida a funcionarios, generalmente conocidas como “leyes de desacato”, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.¹²⁵⁵

El propósito de las leyes de desacato, vigentes en varios Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, supuestamente es proteger a los funcionarios, de expresiones ofensivas o críticas, a fin de permitirles un desempeño más expedito de sus funciones; en segundo lugar, las leyes de desacato servirían para proteger el orden público, porque la crítica de los funcionarios puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que —según se argumenta— ella se reflejaría no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.¹²⁵⁶ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las “restricciones” (*sic*) a la libertad de expresión previstas en el artículo 13, núm. 2, de la Convención Americana deben interpretarse de manera compatible con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas, conforme a lo estipulado en los artículos 29 y 32 de la misma Convención;¹²⁵⁷ por consiguiente, no pueden interpretarse de manera que puedan “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (artículo 29, letra c), o que se excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVIII dispone que los derechos de cada hombre están limitados por “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (artículo 29, letra d), o por lo previsto en el artículo 32, núm. 2, de la Convención, en cuanto a que las restricciones a la libertad de expresión deben responder a la necesidad de proteger los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, “en una sociedad democrática”.

En relación con el establecimiento de “responsabilidades ulteriores” previsto en el artículo 13, núm. 2, de la Convención, la Comisión Interamericana ha hecho suyo el criterio expuesto por la Corte, en el sentido de

¹²⁵⁵ *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, párrafo 11 de la parte declarativa.

¹²⁵⁶ *Cfr. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, p. 212.

¹²⁵⁷ *Ibidem*, p. 217.

que ello supone la concurrencia de cuatro requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales sean “necesarias” para asegurar los mencionados fines.¹²⁵⁸ La Comisión estima que las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión, y que no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática.¹²⁵⁹

Según la Comisión, la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios que actúan en su carácter oficial les otorga injustificadamente un medio de protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad; esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático, que hace al gobierno objeto de controles, incluido el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. De modo que si se considera que los funcionarios que actúan en carácter oficial, a todos los efectos, son el gobierno, los individuos tienen el derecho de criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. En una opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se anticipó a las ideas antes expuestas por la Comisión, prohibir despertar sentimientos desfavorables en contra de quienes administran el Estado sería equivalente a prohibir discusiones que tengan ese efecto, lo que sería equivalente a proteger a quienes administran el Estado y que pudieran llegar a merecer el desprecio o el odio de la población.¹²⁶⁰ De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

(El) derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate público a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o es-

¹²⁵⁸ *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.

¹²⁵⁹ *Cfr. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 218-222.

¹²⁶⁰ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

tán íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión... Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionario se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro”. El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor.¹²⁶¹

En opinión de la Comisión, las leyes de desacato plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado, y que dichas leyes sean utilizadas precisamente para suprimir tanto la crítica como los adversarios políticos; de manera que al proteger al funcionario contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que en última instancia protege al propio gobierno de las críticas que se le puedan hacer.¹²⁶²

Si bien se puede argumentar que las leyes de desacato, que —en algunos casos— requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en presencia del funcionario, tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras restringen el contenido de la expresión, en cuanto éste se relacione con el honor del funcionario. Lo anterior conduce a la Comisión a observar que

el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la

¹²⁶¹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 218-219. La cita que se hace de la Corte Europea de Derechos Humanos corresponde a lo expresado por ese tribunal en el caso *Lingens v. Austria*, en su sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

¹²⁶² *Ibidem*, p. 220.

sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática.¹²⁶³

En consecuencia, la Comisión vio con buenos ojos que, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, condenado por difamar a un ministro de la Corte Suprema argentina, el Estado denunciado revocara dicha sentencia y derogara la figura del desacato, ajustando la legislación de Argentina a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²⁶⁴

La Comisión Interamericana rechaza que las leyes de desacato sean “necesarias” para asegurar el orden público en una sociedad democrática. Según la Comisión, la protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público; ello es especialmente así, teniendo en cuenta que el gobierno dispone de otros medios para responder a ataques injustificados, mediante su acceso a los medios de comunicación o mediante acciones civiles individuales por difamación o calumnia, que puede invocar cualquier persona, independientemente de su condición. A juicio de la Comisión, se puede concebir la protección del honor sin restringir la crítica a la administración pública.¹²⁶⁵ La Comisión ha observado que

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, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o 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.¹²⁶⁶

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 220.

¹²⁶⁴ Cfr. el Informe núm. 22/94, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-994*, Washington, 1995, pp. 40-45.

¹²⁶⁵ Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, p. 221.

¹²⁶⁶ *Ibidem*, p. 222.

Si bien se admite la existencia de una zona de intervención legítima del Estado cuando la expresión de una opinión o de una idea (o de una información) interfiere con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad, en la arena política, el umbral para la intervención del Estado es necesariamente más alto, debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. En consecuencia, a juicio de la Comisión, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención.¹²⁶⁷

Pero éste no es un problema exclusivo de los países americanos; en este sentido, el artículo 161 del Código Penal español, antes de la reforma del mencionado cuerpo legal, sancionaba con penas que podían llegar hasta 12 años de prisión a aquellos que ofendieran gravemente, calumniaran o amenazaran al gobierno español; si bien, en círculos académicos, esta disposición había sido duramente criticada por coartar la libertad de expresión, luego de señalar que la legislación penal constituía un medio para regular el ejercicio de las libertades fundamentales a condición de respetar el contenido esencial del derecho en cuestión, el Tribunal Constitucional sostuvo que los límites de la libertad de expresión e información se encontraban en el área de la seguridad del Estado, la cual podía verse comprometida por actos que desacreditaran a las instituciones democráticas.¹²⁶⁸ Pero, aunque el delito de vilipendio a las instituciones se remonta muy atrás en la historia, la figura penal de calumniar al gobierno es relativamente reciente, habiendo sido introducida sólo en 1983. En aplicación de esta disposición, los tribunales españoles condenaron a una persona que había sido electa como senador en las listas del partido independentista vasco Herri Batasuna, y que ese mismo año había publicado en la prensa del país Vasco un artículo titulado “Insultante impunidad”; en dicho artículo el autor incluía una larga lista de vascos asesinados, indicando que las autoridades no habían mostrado el menor signo de interés por resolver ninguno de esos asesinatos, y que los autores de ellos continuaban trabajando en cargos de responsabilidad, con total impunidad; en su opinión, detrás de esos crímenes sólo podía estar el

¹²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

¹²⁶⁸ Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional, del 10 de abril de 1985, citada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafo 17.

gobierno, o el partido de gobierno y su personal.¹²⁶⁹ Si bien el afectado no había utilizado su escaño en el Senado para criticar al gobierno —desde donde podría haberlo hecho sin temor a sanciones—, sino que había recurrido a la prensa, la Corte Europea de Derechos Humanos destacó la importancia de los medios de comunicación en un Estado de derecho, recordando que es a éstos precisamente a quienes corresponde impartir informaciones e ideas sobre asuntos políticos u otros asuntos de interés público, y que es la prensa la que le proporciona al público el mejor medio de descubrir las actitudes de sus dirigentes políticos y de formarse una opinión acerca de las mismas, permitiendo a todos participar en un debate político libre, que es lo que está en el corazón de una sociedad democrática.¹²⁷⁰ Por consiguiente, según este alto 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;¹²⁷¹

En su práctica reiterada, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha sido indiferente a la importancia de este tipo de delitos, que relega a un segundo plano la libertad de expresión, y que protege de la crítica política a los funcionarios o a las instituciones del Estado. De acuerdo con el tribunal europeo, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación con el gobierno que en relación con un ciudadano común, o incluso que en relación con un político, porque, en un sistema democrático, las acciones u omisiones del gobierno deben ser objeto de un examen muy estricto, no sólo por las autoridades legislativas o judiciales, sino también por la opinión pública; además, según la Corte, la posición dominante que ocupa el gobierno hace necesario que éste despliegue una mayor tolerancia y actúe con cautela al recurrir a procedimientos penales, particularmente cuando hay otros medios disponibles para replicar a los ataques y a las críticas injustificadas de sus adversarios.¹²⁷²

¹²⁶⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Castells v. Spain*, sentencia del 23 de abril de 1992, párrafos 6 y 7.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 43.

¹²⁷¹ *Ibidem*, párrafo 46.

¹²⁷² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

Por otra parte, en opinión de Jorge Bustamante, el principio interpretativo de los hechos que constituyen los dos únicos factores subjetivos de culpabilidad —el dolo o la culpa— lleva a la necesaria consecuencia de que si existe un interés institucional, como lo es la garantía constitucional de la libertad de prensa y la función que ella cumple en las democracias republicanas para asegurar la publicidad de los actos de gobierno, aquellos factores subjetivos deben ser apreciados con mayor rigor, de acuerdo con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, debilitando la protección de los funcionarios, y haciendo que cuando éstos accionen contra un órgano de la prensa, por la eventual responsabilidad que a éstos pudiera corresponderles a causa de una información presuntamente falsa o errónea, el peso de la prueba que incumbe al funcionario resulte agravado por la necesidad de demostrar, respecto del periodista u órgano de prensa, el conocimiento de la falsedad o la despreocupación o temeridad en el cumplimiento del deber de veracidad.¹²⁷³ De manera semejante, a partir del principio de legalidad, Türk y Joinet estiman que la legislación sobre difamación debería excluir toda posibilidad de aplicar la “presunción de mala fe”.¹²⁷⁴

C. El ámbito reducido de protección de las figuras públicas

Una consecuencia lógica de lo antes expresado es que, si el debate político debe ser libre, también debe serlo el debate sobre la conducta de las figuras públicas. Sin embargo, lo anterior no justifica ataques indebidos a la reputación de una figura pública, ni interferencias injustificadas en su vida privada; según la Corte Europea de Derechos Humanos, un político ciertamente tiene derecho a la protección de su reputación, incluso si no está actuando en su capacidad privada, pero, al mismo tiempo, advierte que los requerimientos de esa protección tienen que ser puestos en la balanza con el interés en mantener una discusión abierta

¹²⁷³ “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 10.

¹²⁷⁴ 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 72.

sobre cuestiones de interés público.¹²⁷⁵ Pero si bien las figuras públicas necesariamente verán reducido el ámbito de protección de su reputación, hay que hacer algunas distinciones en cuanto se refiere a los funcionarios, y, adicionalmente, a las figuras públicas ajenas a la política.

a. El margen de protección de los funcionarios

Sin duda, cuando lo que está en juego es el interés colectivo, parece legítimo cuestionar la rectitud, honorabilidad u honradez de una figura pública, por lo que expresiones de esa naturaleza no podrían calificarse de injuriosas; después de todo, así como los dirigentes políticos se han ofrecido para administrar nuestros bienes y nuestros destinos, como contrapartida, nosotros tenemos derecho a juzgar y fiscalizar tanto su conducta como su rectitud de propósitos. Como señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, una nación puede vivir en paz cuando se rechazan los juicios por difamación entablados por un funcionario en relación con asuntos de interés público; pero difícilmente es posible que un país pueda vivir en libertad cuando a los miembros del cuerpo social se les puede castigar por criticar a su gobierno, porque una democracia deja de existir en el mismo momento en que se exonera a los funcionarios del deber de responder frente a sus mandantes.¹²⁷⁶

Este criterio ha sido sostenido en forma reiterada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso *Crayg v. Harney*, en que el tribunal inferior había condenado a los peticionarios por desacato al tribunal, sancionándolos con arresto por haber publicado un comentario crítico del comportamiento y las decisiones adoptadas por el juez de ese tribunal en un caso particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos se inclinó en favor de la libertad de expresión, indicando que “se supone que los jueces son hombres de fortaleza, capaces de prosperar en un clima endurecido... Los jueces que se presentan para la reelección ofrecen su hoja de servicios; ese puede ser un ambiente muy rudo. La crítica es inevita-

¹²⁷⁵ *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, *Lingens v. Austria*, sentencia del 8 de junio de 1986, párrafo 42, y *Oberschlick v. Austria*, sentencia del 23 de mayo de 1991, párrafo 59.

¹²⁷⁶ *Cfr.* la opinión concurrente del juez Black, a la que se une el juez Douglas, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

ble, y la discusión de su conducta, si no es necesaria, por lo menos es apropiada”.¹²⁷⁷ El Tribunal Constitucional español llegó a la misma conclusión en un caso en que se denunciaba un editorial de *El País* —titulado “Un Tribunal contra la historia”— y un artículo publicado por el mismo periódico, criticando una decisión judicial y a los jueces que la dictaron. En el editorial se calificaba esa decisión judicial como un acto pueril contra el curso de la historia, se afirmaba que con ella se pretendía mantener los privilegios de una minoría, y que dicha resolución judicial se inscribía en la más pura táctica del filibusterismo a que recurría la derecha reaccionaria, desesperada frente a la inexistencia de una alternativa de derecha democrática y moderna, capaz de desalojar a los socialistas en el poder. Por su parte, en el artículo periodístico se destacaba la coincidencia de dicha sentencia con la posición del grupo parlamentario del Partido Popular, y se indicaba la edad de los magistrados que la adoptaron, señalando el parentesco de uno de ellos con quien había sido presidente de una de las salas del tribunal Supremo en la última etapa franquista, y, posteriormente, se había desempeñado como defensor de algunos de los implicados en la intentona golpista del 23 de febrero de 1981. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, tanto en el editorial como en el artículo antes referidos se hacía una crítica general de la resolución judicial adoptada, en la medida en que se le consideraba impregnada de una determinada ideología, pero sin que la atribución de esa posible vinculación ideológica pudiera entenderse en sí misma como un insulto, ni constituir por sí misma una injerencia en el honor de los afectados;¹²⁷⁸ según ese alto tribunal, “los jueces y tribunales constituyen uno de los poderes del Estado administrando la justicia que emana del pueblo en nombre del Rey, estando sometidos únicamente al imperio de la Ley... Al actuar así, han de interpretar las leyes que han de aplicar, esto es han de descubrir su sentido y alcance, y esa tarea, muy difícil, compleja y comprometida, está sometida al control de los correspondientes recursos y a la censura social, como lo están los otros dos poderes del Estado”.¹²⁷⁹ En su opinión,

¹²⁷⁷ *Crayg v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947).

¹²⁷⁸ *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).

¹²⁷⁹ *Idem*.

aunque las críticas realizadas por los periodistas son duras y puedan no compartirse e incluso considerarse improcedentes, el Tribunal Central de Trabajo, al plantear una cuestión de inconstitucionalidad, no fue más allá del ejercicio legítimo de sus funciones..., pero los recurrentes no traspasaron los límites constitucionalmente protegidos por las libertades de expresión e información. No contienen, de un lado, ninguna acusación de prevaricación y tampoco puede considerarse que supongan —como parece entenderlo el Tribunal Supremo— una violación de la independencia judicial que la Constitución garantiza y que constituye pieza clave del Estado de Derecho, sin que por otra parte pueda desconocerse que de haber estado efectivamente en juego la independencia de los Magistrados la vía más adecuada para su tutela no sería, posiblemente, la civil de tutela del derecho al honor... (L)a independencia del Poder Judicial constitucionalmente garantizada, lo es respecto de la adopción de decisiones por los órganos judiciales, pero no se ve afectada por la opinión que de las mismas puedan expresar los ciudadanos, quienes pueden legítimamente criticarlas siempre que no traspasen los límites ya referidos.¹²⁸⁰

Algunos años después de que se decidiera el caso *Crayg v. Harney*, cuando en los estados del sur de los Estados Unidos se recurrió a los procesos por difamación como una forma ordinaria de reprimir al movimiento en favor de los derechos civiles de los ciudadanos negros,¹²⁸¹ la Corte Suprema de ese país, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, hizo extensivo este criterio a otros funcionarios (distintos de los jueces), agregando que “la crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional simplemente porque sea una crítica efectiva y, en consecuencia, disminuya la reputación de sus oficiales”.¹²⁸² En este caso, un comisionado de policía demandó por difamación al citado periódico y a cuatro pastores protestantes negros que el 29 de marzo de 1960 habían publicado un anuncio denunciando la persecución de las personas de raza negra en el sur de los Estados Unidos, así como la brutalidad policial de que eran víctimas, y solicitando respaldo en su lucha por obtener el derecho a votar. Aunque dicho comisionado de policía no era mencionado como personalmente responsable de la brutalidad policial, éste sostuvo que —en la medida en que sus deberes incluían la supervisión de la

¹²⁸⁰ *Idem*.

¹²⁸¹ Cf., en este sentido, Lewis, Anthony, *Make no Law: The Sullivan case and the First Amendment*, Nueva York, Random House, 1991, p. 35.

¹²⁸² *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

policía— se le asociaría con esos comentarios críticos que se le hacían a ésta, y demandó civilmente al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían firmando el anuncio, por la suma de 500,000 dólares a cada uno, demanda que fue acogida por los tribunales del estado de Alabama. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia, considerando que el anuncio en cuestión constituía “... una expresión de los motivos de queja y de protesta sobre uno de los temas de mayor importancia pública de nuestro tiempo, (y que) claramente parece calificar para la protección constitucional”.¹²⁸³ En cuanto a si se pierde la protección constitucional por la existencia de afirmaciones falsas o erróneas —como las que, de hecho, había en el anuncio en cuestión—, la Corte observó 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 su opinión, 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.¹²⁸⁴ Teniendo presente que el comisionado de policía había demandado civilmente y obtenido una indemnización civil por difamación, la Corte sostuvo que lo que constitucionalmente un Estado no podía hacer por medio de su legislación penal estaba igualmente fuera del alcance de su legislación civil por difamación; en opinión del tribunal, el temor a una indemnización civil podía ser marcadamente más inhibitorio que el miedo de una acusación penal.¹²⁸⁵ Además, la Corte observó que en este caso la indemnización civil conferida al demandante —sin necesidad de ninguna prueba de una pérdida pecuniaria efectiva— era mil veces más grande que la multa máxima prevista por la legislación penal del estado de Alabama, y cien veces más grande que la que contemplaba la antigua —y ya derogada— Ley de Sedición; esa es una atmósfera en que la libertad de expresión no puede sobrevivir.¹²⁸⁶ 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

1283 *Idem.*

1284 *Idem.*

1285 *Idem.*

1286 *Idem.*

tribunal, o al temor del costo de tener que hacerlo. En opinión del tribunal, tal regla desalienta el vigor del debate público y restringe su variedad.¹²⁸⁷ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe a un funcionario 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.¹²⁸⁸ Por el contrario, el juez Fortas, también de la Corte Suprema de los Estados Unidos, considera que la libertad de expresión no es tan frágil como para que requiera inmunizar expresiones temerarias, que destruyen la vida de funcionarios, sin el menor cuidado por sus intereses y sensibilidades. En su opinión, la libertad de expresión no puede ser un refugio para quienes, en forma imprudente, descuidada o deliberada, atacan la moral de las personas. Los funcionarios deben estar sometidos a un severo escrutinio y a la crítica franca y abierta; pero si son acusados de un delito en forma innecesaria, falsa e imprudente, deben tener acceso a un recurso legal. Según Fortas, la libertad de expresión no requiere extender una licencia para atacar en forma ilimitada a los funcionarios.¹²⁸⁹ Sin embargo, aunque con extrema cautela, la Corte llegó incluso a advertir sobre el riesgo de utilizar la *exceptio veritatis* como defensa en estos casos.¹²⁹⁰ En la sentencia recaída en este mismo caso, es interesante observar que en las opiniones disidentes de los jueces Black, Goldberg y Douglas se sugiere que habría un derecho constitucional, incondicional y

¹²⁸⁷ *Idem*.

¹²⁸⁸ *Idem*. Tanto en España como en América Latina, una parte de la doctrina ha traducido literalmente la expresión *Real malice* como “real malicia”, o “malicia real”. Véase, por ejemplo, Saraza Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 281. También, 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. 21. Cfr., también, Bertoni, Eduardo Andrés, “*New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos X*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 121 y ss.; Bustamante Alsina, Jorge, “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, pp. 5 y ss. Cfr., en este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, sentencia del 12 de junio de 2001.

¹²⁸⁹ Cfr. su opinión disidente en *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

¹²⁹⁰ Cfr. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

absoluto, a expresar opiniones críticas de la conducta oficial, de las agencias del Estado, y de funcionarios, a pesar del daño que pueda derivar de los excesos y abusos de este privilegio.¹²⁹¹ A juicio del juez Goldberg, este privilegio absoluto del ciudadano para criticar la conducta oficial “no deja al funcionario sin defensa frente a opiniones infundadas o relaciones de hechos equivocadas o falsas... El funcionario tiene, ciertamente, igual —si no mayor— acceso que la mayoría de los ciudadanos particulares a los medios de comunicación”.¹²⁹²

En todo caso, es de hacer notar que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la regla antes referida incluso a quienes no son funcionarios; en efecto, ella ha sostenido que dicha regla también es aplicable a un candidato al cargo de evaluador tributario de un condado, y no sólo respecto de lo que se pueda calificar como “conducta oficial”, sino respecto de cualquier conducta delictiva que se le atribuya a un funcionario o a un candidato a un cargo público, sin importar lo remota que ella pueda ser en el tiempo o en el espacio, siempre que sea relevante para apreciar la idoneidad de esa persona para ocupar un cargo público.¹²⁹³ En cuanto a cómo determinar si la persona acusada de difamación ha actuado de buena fe, esto debe apreciarse de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso; pero el hecho de que el autor del mensaje haya abrigado serias dudas en cuanto a la veracidad de lo que en él se afirma puede ser prueba concluyente del manifiesto descuido por la verdad.¹²⁹⁴ Sin embargo, el mero hecho de no investigar la veracidad de la información antes de difundirla no es prueba suficiente de la mala fe.¹²⁹⁵

Por contraste con la forma como fue resuelto el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, en el que se concluyó que un comisionado de policía era una figura pública y que, como tal, debía mostrar un mayor grado de tolerancia con las expresiones críticas dirigidas en su contra, en el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway* la Corte Europea de Derechos Humanos no tuvo en cuenta las mismas consideraciones al examinar la demanda interpuesta por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos a favor de un inspector de policía —que a la vez era el presidente de la Asociación Noruega de Policías— y del jefe de la policía de Bergen, que al

¹²⁹¹ *Idem*.

¹²⁹² *Idem*.

¹²⁹³ *Cfr. Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

¹²⁹⁴ *Cfr. St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

¹²⁹⁵ *Idem*.

momento de someter la petición ante la citada Comisión era presidente de la Asociación de Policías de Bergen.¹²⁹⁶ En este sentido, los jueces disidentes han señalado que los peticionarios portaban más de un sombrero, pues eran miembros de un cuerpo policial que estaba siendo investigado, y, al mismo tiempo eran dirigentes de la asociación nacional o local de policía; además, sus declaraciones no habían sido formuladas en nombre de las asociaciones que decían representar, sino que, más bien, parecían dirigidas a defender el respeto y la buena reputación de los cuerpos policiales como tales.¹²⁹⁷

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha hecho algunas precisiones en cuanto al régimen jurídico de los funcionarios. Según el citado tribunal, los límites de crítica aceptable a que están sometidos los funcionarios que actúan en su capacidad oficial, al igual que en el caso de los dirigentes políticos, son más amplios que los que resultan tolerables en caso de un individuo privado; sin embargo, no puede decirse que los funcionarios se exponen, a sabiendas, a un escrutinio más estricto de sus palabras y de sus actos, como sí lo hacen los políticos, por lo que la crítica de su conducta no debe ser tratada en un plano de igualdad con los anteriores.¹²⁹⁸ En opinión del citado tribunal, el hombre político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por la masa de ciudadanos, y debe mostrar una mayor tolerancia, principalmente porque él suele hacer declaraciones que se prestan para la crítica.¹²⁹⁹

Por otra parte, si bien la condición política de la persona injuriada o difamada sugiere que ésta debe mostrar una mayor tolerancia a la crítica de sus actividades, por lo que quienes no ostentan esa condición deberían gozar de mayor protección, no hay que olvidar que el elemento decisivo es la naturaleza pública del asunto objeto de discusión. En el caso Nilsen, el juez Bugge, de la Corte Suprema de Noruega, en una opinión concurrente, rechazó que un académico que se involucra en un debate de

¹²⁹⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

¹²⁹⁷ *Cfr.* la opinión disidente de los jueces Kuris, Türmen, Stráznická and Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999.

¹²⁹⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, 2a. ed., *Case of Thoma v. Luxembourg Turkey*, sentencia del 29 de marzo de 2001, párrafo 47.

¹²⁹⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, *Affaire Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, sentencia del 28 de septiembre de 2000, párrafo 30, punto ii.

interés público, por ejemplo, a través de un libro de derecho o de un artículo académico en que se acuse repetidamente a la policía de una ciudad de observar sistemáticamente una conducta criminal, disfrute de mayor protección que un político en lo que se refiere a un posible juicio por difamación.¹³⁰⁰

b. La protección de las figuras públicas ajenas a la política

De acuerdo con lo que hoy forma parte de la doctrina, las personas que han adquirido notoriedad pública, o que se ven involucradas en asuntos de interés público, deben asumir un mayor riesgo de que sus derechos de la personalidad puedan verse atacados. No se trata de sugerir que no hay protección para el honor, la intimidad, la reputación o la imagen de las figuras públicas, sino que, en caso de conflicto, esta circunstancia debe ser ponderada junto con los otros elementos del caso, y que, en principio, su presencia fortalece el carácter preponderante de la libertad de expresión.

Buena parte del tratamiento que se ha dado a los funcionarios, la Corte Suprema de los Estados Unidos también lo ha hecho extensivo a figuras públicas que no tienen tal carácter, entendiendo por tales no aquellas personas que concitan interés público, sino las que han participado del debate público, o que de algún modo han expuesto voluntaria e intencionalmente su persona a los medios de comunicación. En general, quienes adquieran esta condición han asumido funciones de especial relevancia en los asuntos de la sociedad, y algunos de ellos han llegado a ocupar posiciones de un poder y una influencia tan persuasiva, que para todos los efectos son consideradas como figuras públicas; con frecuencia, quienes forman parte de esta categoría de personas se han colocado en el centro de una controversia pública precisamente para influir en la solución que se adopte en relación con la misma.¹³⁰¹ Es decir, se trata de personas que acceden voluntariamente al escenario del debate público, a fin de influir en la solución de problemas complejos.¹³⁰² En opinión del tri-

¹³⁰⁰ *Cfr.* la cita de esta sentencia, así como de la opinión concurrente del juez Bugge, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nilsen and Johnsen v. Norway*, sentencia del 25 de noviembre de 1999, párrafo 28.

¹³⁰¹ *Cfr.* *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

¹³⁰² *Idem.*

bunal, este tratamiento diferente respecto de las figuras públicas se justifica por dos razones: en primer lugar, porque ellas son menos vulnerables a los daños resultantes de expresiones difamatorias, debido a su capacidad para recurrir a medidas efectivas de autodefensa; además, con frecuencia ellas disfrutan de mucho más acceso a los medios de comunicación que los simples individuos, permitiéndoles, a través de la discusión pública, exponer la falsedad de las expresiones que les difaman. En segundo lugar, desde el punto de vista normativo, para la Corte Suprema de Estados Unidos, las figuras públicas son menos merecedoras de protección que las personas privadas, porque, al igual que los funcionarios, se habrían expuesto voluntariamente a un riesgo creciente de daños derivados de expresiones que les difamen.¹³⁰³

Desde luego, mientras que los funcionarios o quienes se dedican a la política se han puesto a sí mismos en la posición de servidores públicos, y tienen una gran responsabilidad con el público, ellos no están en la misma situación que las celebridades del mundo del espectáculo, o que las figuras públicas ajenas al mundo de la política, como un deportista, un intelectual o un científico célebre. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que no es lo mismo una figura pública que un funcionario público, pues las primeras laboran en el sector privado de la economía, y tienen menos responsabilidades con el público, mientras que los segundos controlan los asuntos públicos de una manera sustancial.¹³⁰⁴ Como consecuencia de lo anterior, los tribunales federales de los Estados Unidos han desarrollado la noción de las “figuras públicas que no son funcionarios públicos”.¹³⁰⁵

Pero adquirir la condición de figura pública no es sencillamente cuestión de querer serlo, sino que es el resultado de que se reúnan las circunstancias antes referidas. Un particular no se transforma automáticamente en figura pública simplemente porque esté involucrado en un asunto que atrae la atención pública; se requiere mucho más que el mero interés noticioso para que una persona pueda ser el blanco de comentarios que, de tener una naturaleza difamatoria, estén protegidos por el criterio expuesto en *New York Times Co. v. Sullivan*, que exige probar la

¹³⁰³ *Idem*.

¹³⁰⁴ *Cfr.* *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966) y *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

¹³⁰⁵ *Cfr.* *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc.*, 694 F.2d 674, 677 (11th Cir. 1983).

“mala intención”. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha descartado que una persona que comete un acto delictivo automáticamente llegue a ser figura pública para los efectos de comentarios referidos específicamente a su condena; no parece haber ninguna justificación para que estas personas, por el mero hecho de ser llevados en contra de su voluntad a la sala de un tribunal, tengan que perder sustancialmente la protección que les brinda el derecho con la figura de la difamación.¹³⁰⁶

Recientemente, en un caso que no involucraba a un funcionario de gobierno, sino a un pastor protestante que —como tal— se había constituido en una figura pública, a quien la revista *Hustler* se refirió en una parodia grosera, sugiriendo que dicho pastor había tenido un encuentro incestuoso con su madre en una letrina, y a quien un tribunal estatal le había concedido una indemnización por haberle causado intencionalmente “angustia emocional”, la Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque confirmó la tesis que había sostenido en *New York Times Co. v. Sullivan*, en el sentido de que la víctima de una publicación de esa naturaleza sólo podía recuperar daños si probaba que ella era manifiestamente falsa, o reflejaba un descuido negligente por la verdad, sostuvo que la parodia de la revista *Hustler*, la cual no se presentaba como un hecho cierto, no podía ser tomada en serio por los lectores, y, en consecuencia, revocó la sentencia que había condenado a dicha revista a pagar daños.¹³⁰⁷ Sin embargo, lo anterior no significa que al talante jocoso, a la sátira o al humor, se pueda atribuir una eficacia exculpatoria en toda circunstancia. En este sentido, en el caso de una historieta cómica, titulada *Hitler-SS*, en la que se ridiculizaba y se negaba la existencia de los campos de exterminio nazis, utilizando frases y escritos del líder de la extrema derecha francesa, Jean Marie Le Pen, el Tribunal Constitucional español negó eficacia exculpatoria al propósito burlesco de esta publicación, y sostuvo que, en este caso, era precisamente ese propósito burlesco el que se había utilizado como instrumento del escarnio.¹³⁰⁸ Según el citado tribunal, “un comic, como éste, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por bus-

¹³⁰⁶ *Cfr.* *Wolston v. Reader's Digest Association, Inc.*, 443 U.S. 157 (1979).

¹³⁰⁷ Este caso, que involucraba al reverendo Jerry Falwell, es citado por Anthony Lewis, en el Foreword de *Free Speech Yearbook*, vol. 29, 1991, p. XI.

¹³⁰⁸ *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).

car deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menoscabo de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra".¹³⁰⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en el caso de un libro titulado *Impunidad diplomática*, publicado en Argentina a través de Editorial Planeta, cuyo autor era el periodista chileno Francisco Martorell; en el mencionado libro hacía referencia a las circunstancias que condujeron a la partida del ex embajador de Argentina en Chile, señor Óscar Espinoza Melo, quien supuestamente organizaba fiestas escandalosas en la residencia del embajador y luego extorsionaba a personajes prominentes que participaban en ellas. Como resultado de varias acciones penales que se entablaron ante los tribunales chilenos por personas citadas en el libro y que alegaban que éste era calumnioso e injurioso, y particularmente en respuesta a un recurso de protección introducido por un empresario chileno ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dicho tribunal dictó una prohibición temporal de ingreso, distribución y circulación del libro en Chile. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de ese país rechazó en forma unánime un recurso extraordinario, y dispuso la prohibición de la circulación del libro. La Comisión Interamericana rechazó el argumento del gobierno chileno en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión;¹³¹⁰ según la Comisión, las disposiciones del artículo 11, relativas al derecho al honor, no pueden interpretarse por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13, relativo a la libertad de expresión, que prohíbe la censura previa.¹³¹¹ De manera que al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana, y al aplicar las disposiciones pertinentes de su derecho interno, los Estados partes tienen que respetar la libertad de expresión; según la Comisión, cualquier conflicto que pudiera suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención puede

¹³⁰⁹ *Idem*.

¹³¹⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 11/96, caso 11.230, Chile, del 3 de mayo de 1996, párrafo 70, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1996*, Washington, 1997, pp. 241 y ss.

¹³¹¹ *Ibidem*, párrafo 72.

resolverse recurriendo a los términos empleados por el propio artículo 13, en lo que se refiere al establecimiento de responsabilidades ulteriores.¹³¹²

Por otra parte, la definición de las figuras públicas plantea dudas en cuanto a la posibilidad de que en esa noción se puedan incluir empresas o personas jurídicas. En el caso *Andreas Wabl v Austria*, el peticionario planteó ante la Corte Europea de Derechos Humanos que un periódico de circulación nacional con la mayor circulación en el país, la cual alcanzaba al 40% de la población, era una figura pública en Austria, por lo que, al utilizar un estilo periodístico agresivo y provocativo, debía aceptar críticas más duras que las que estarían permitidas en el caso de un simple individuo;¹³¹³ sin embargo, la Corte no se pronunció sobre el particular.

D. La difamación de grupos

En principio, por expresiones “difamatorias” debemos entender aquellas que persiguen disminuir o menoscabar la reputación de una persona determinada y claramente identificada. Pero, aún así, será necesario definir si el honor —y eventualmente la reputación— puede verse lesionada como consecuencia de un acto de difamación o de injuria colectiva. Sobre este particular, no está de más recordar que el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 13, núm. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíben la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Además, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹³¹⁴ condena, en su artículo 4, toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial.

¹³¹² *Ibidem*, párrafos 74 y 75.

¹³¹³ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of *Andreas Wabl v. Austria*, sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 32.

¹³¹⁴ Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de febrero de 1969.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que los individuos, como miembros de grupos humanos sin personalidad jurídica, cuya estructura y cohesión deriva de rasgos históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, también son titulares del derecho al honor;¹³¹⁵ por consiguiente, en el caso del recurso de amparo interpuesto por el director de la publicación de un álbum titulado *Hitler-SS*, que en forma de historieta cómica negaba el holocausto nazi, satirizando y ridiculizando a sus víctimas, el mismo Tribunal Constitucional sostuvo que era el pueblo judío en su conjunto, “identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas”, quien había recibido como tal grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global, estando legitimados para defenderse a título colectivo, a través de personas naturales o jurídicas de su propio ámbito cultural.¹³¹⁶

Curiosamente, en el caso de un reportero de televisión que fue condenado al pago de una multa por ayudar e instigar a diseminar ideas racistas, la Corte Europea de Derechos Humanos no examinó si esta limitación tenía un carácter absoluto o relativo, y sostuvo que, en este caso, “el medio empleado fue desproporcionado para el propósito de proteger la reputación o los derechos de otro”.¹³¹⁷

En el caso *Beauharnais v. Illinois*, la Corte Suprema de los Estados Unidos —en una decisión dividida, con cinco votos a favor y cuatro en contra— aceptó la difamación de grupos; esto es, convino en calificar como difamatorias las expresiones que presentan a un grupo o clase de ciudadanos (en razón de su raza, color, credo o religión) como depravados, criminales, impúdicos o carentes de virtud, y que los expone al desprecio, el escarnio o el vilipendio público.¹³¹⁸ La Corte Suprema de los Estados Unidos apreció este caso como “daño a la reputación” de las personas más que como apología del odio en contra de un grupo; en su opinión, “si una aserción dirigida a un individuo puede ser objeto de sanciones penales, no podemos negarle al Estado el poder de castigar esas mismas aserciones dirigidas a un grupo definido...”¹³¹⁹ Pero en el marco

¹³¹⁵ *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).

¹³¹⁶ *Idem.*

¹³¹⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jersild v. Denmark* (36/1993/431/510), sentencia del 23 de septiembre de 1994, párrafo 37.

¹³¹⁸ *Cfr.* *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

¹³¹⁹ *Idem.*

del derecho de los derechos humanos, no hay que recurrir a una institución diseñada para castigar expresiones maliciosas o abusivas —dirigidas en contra de individuos perfectamente identificados— para proteger a un grupo o clase de personas; aserciones de esa naturaleza podrían constituir “apología del odio nacional, racial o religioso”, y, en cuanto tales, no estar protegidas por la libertad de expresión.

Por otra parte, en cuanto a la garantía de que la ley prohibirá la apología del odio nacional, racial o religioso, contemplada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe observar que ésta no es absoluta, sino que está condicionada a que ella constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, en el caso del Pacto, o que constituya una incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por motivos de raza, color, religión, idioma u origen nacional, en el caso de la Convención Americana. No obstante las diferencias en la redacción de ambos textos, no parece haber una diferencia sustancial entre ellos; aunque el Pacto rechaza expresamente la “incitación a la discriminación”, la Convención Americana aparentemente logra el mismo objetivo impidiendo la incitación a cualquier acción ilegal en contra de cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, incluso los de raza, color, idioma, religión u origen nacional. Aunque éste parece haber sido el propósito de los redactores, el mismo se ve ensombrecido por la circunstancia de que, según la Convención Americana, esta acción ilegal debe ser “similar” a la incitación a la violencia. Por el contrario, la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene ninguna limitación de esta naturaleza. Si bien —en su artículo 14— ella señala que “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, tales como las fundadas en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras cualesquiera, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación”, sólo una interpretación muy rebuscada de esta disposición podría impedir la apología del odio nacional, racial o religioso.

En lo que concierne estrictamente a la discriminación racial, el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Dis-

criminación Racial¹³²⁰ expresa que los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma. En la misma disposición, los Estados se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas, destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, incluyendo —*inter alia*— las siguientes: a) declarar punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación, y b) declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocer que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.

En el caso de un ex profesor de literatura en las universidades de la Sorbona y Lyon, quien fue condenado en virtud de la Ley Gayssot,¹³²¹ por haber sostenido en una entrevista que la existencia de las cámaras de gas durante la Segunda Guerra Mundial era un mito, y por haber calificado los juicios de Nüremberg como una mascarada siniestra, el Comité de Derechos Humanos estuvo de acuerdo con lo alegado por el gobierno de Francia, en el sentido de que tales expresiones inspiraban sentimientos antisemitas y que, por lo tanto, el señor Faurisson había sido condenado por violar los derechos y la reputación de otros, por lo que las restricciones impuestas por la mencionada ley eran necesarias de acuerdo con los propósitos del artículo 19, núm. 3, del Pacto Internacional de Derechos

¹³²⁰ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 2106 A, del 21 de diciembre de 1965.

¹³²¹ Esta ley, del 13 de julio de 1990, sanciona como delito la negación de los crímenes contra la humanidad, en la forma como éstos han sido definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, cuando los autores de esos crímenes hayan sido condenados ya sea por los tribunales franceses o por tribunales internacionales; esta limitación tiene por objeto evitar que el juez deba rebasar los asuntos propios de su competencia y asumir el papel de historiador.

Civiles y Políticos.¹³²² Según el gobierno del Estado denunciado, al poner en duda la realidad del exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, Faurisson estaba incitando a sus lectores a un comportamiento antisemita y, bajo el disfraz de la investigación histórica, buscaba acusar al pueblo judío de haber falsificado y distorsionado los hechos, creando el mito del exterminio judío; en su opinión, al objetar la validez de la sentencia del Tribunal de Nüremberg, Faurisson también estaba atacando la reputación y la memoria de las víctimas del nazismo.¹³²³

En Chile, según la Corte Suprema de dicho país, la reciente prohibición de la película *La última tentación de Cristo*, de Martín Scorsese, basada en la novela del mismo título de Nikos Kazantzakis, se sustentó en que la película presentaba a la figura de Jesucristo de tal modo deformada y humillada, que su honra aparecía vulnerada gravemente, lo que no se lograba cohonestar atribuyendo todo a una fantasía onírica; según dicho tribunal, tratándose de la honra, el sujeto protegido es la persona y su familia, para quienes se cautela su honor inherente a la dignidad del ser humano, sin perjuicio de los efectos que puedan alcanzar al grupo humano que compone la Iglesia católica, y a otras confesiones cristianas, así como a todos los que ven en Jesucristo su esperanza y modelo de existencia. En opinión de la Corte Suprema de Chile, al ofender, debilitar o deformar la persona de Cristo, la película ofende y agravia a quienes, como los recurrentes ante ese tribunal, basan su fe en la persona de Cristo, Dios y hombre, y a partir de esa convicción y realidad asumen y dirigen sus propias vidas, por lo que sería procedente la protección solicitada por los que se oponían a la exhibición de esa película.¹³²⁴ Por el contrario, si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que puede estar sujeta a restricciones con el fin de asegurar, entre otras cosas, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, también ha subrayado la importancia de que esas restricciones incorporen las justas exi-

¹³²² Cfr. Human Rights Committee, Views Communication núm. 550/1993, en CCPR/C58/D/550/1993, del 16 de diciembre de 1996, párrafos 9.5, 9.6 y 9.7.

¹³²³ *Ibidem*, párrafos 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 y 7.11.

¹³²⁴ 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, párrafos 5 y 6.

gencias de una sociedad democrática.¹³²⁵ La Comisión entiende que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas; por consiguiente, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana con el propósito fundamental de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.¹³²⁶ La Comisión rechaza que el artículo 11 de la Convención Americana pueda interpretarse de forma que resulte en una violación del artículo 13 de la misma Convención y, citando la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, recuerda que aquellas personas que eligen ejercitar la libertad para manifestar su religión, independientemente de que lo hagan como miembros de una mayoría o minoría religiosa, no pueden razonablemente esperar estar exentos de toda crítica, y deben tolerar y aceptar la negación de sus creencias religiosas por parte de otros, e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe; por ello, la libertad de expresión es válida no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población.¹³²⁷

E. Las reparaciones posibles

Salvo en lo que se refiere al derecho de rectificación o de respuesta, expresamente previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, los instrumentos internacionales que hemos venido examinando no señalan el medio a través del cual quien, con sus expresiones, haya agraviado a un tercero debe reparar el daño causado. Sin embargo, en derecho comparado se contempla la inclusión de figuras penales que sancionan los delitos de difamación, injuria o calumnia, así como el pago de indemnizaciones pecuniarias por el daño causado. Además, en algunas legislaciones, como es el caso del derecho austriaco, se incluye la obligación de

¹³²⁵ *Ibidem*, párrafos 73 y 75.

¹³²⁶ *Ibidem*, párrafo 79.

¹³²⁷ *Ibidem*, párrafos 81 y 83.

retractarse de lo afirmado y la posibilidad de publicar esa retractación.¹³²⁸

a. El derecho de rectificación o de respuesta

Por otra parte, en cuanto forma de reparar un agravio a la reputación de las personas, es interesante observar que sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla expresamente, en su artículo 14, el derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Además, esta misma disposición señala que para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial. En todo caso, es importante subrayar que el ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no exime, en ningún caso, de las otras responsabilidades legales en que hubiera ocurrido el autor de las informaciones inexactas o agraviantes, o el responsable del medio de comunicación a través del cual aquellas informaciones se hayan emitido.

El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra un derecho íntimamente ligado a la protección del honor y la reputación de las personas, que fortalece los mecanismos para hacerlo valer; se trata del derecho que tiene toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión a efectuar, por el mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. Este derecho, que confiere a la persona afectada la posibilidad de utilizar el mismo medio de difusión para rectificar o responder a informaciones inexactas o agraviantes, no debe confundirse con la obligación de retractarse que la ley le pueda imponer al responsable de la información inexacta o agravante.

Éste es un derecho que no se encuentra expresamente contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o por la Con-

¹³²⁸ *Cfr.* la sección 1330 , párrafo (2), del Código Civil Austriaco.

vención Europea de Derechos Humanos; no obstante, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado el derecho de respuesta contemplado en la legislación interna de los Estados, en cuanto parte de la libertad de expresión consagrada en la Convención. En efecto, en el caso *Andreas Wabl v. Austria*, al evaluar si el Estado había violado la libertad de expresión del denunciante al prohibirle repetir determinadas expresiones, la Corte observó que la reacción indignada del peticionario ante un comentario difamatorio publicado en contra suya por la prensa se produjo después que el periódico en cuestión había publicado una rectificación que incluía una declaración del propio afectado.¹³²⁹ Pero, al aceptar el criterio sustentado por la Corte Suprema de Austria, admitiendo que un reportaje periodístico en el que se asociaba al afectado con una enfermedad que provocaba temor y antipatía en la mayoría de la población indirectamente resultaba particularmente ofensivo (“difamatorio”, en el lenguaje de la Corte Europea), por lo que dicho artículo sería el fundamento de un comprensible motivo de indignación, el tribunal europeo también parece haber señalado los límites aceptables de la reacción legítima del afectado ante un comentario difamatorio, e indirectamente los límites del mismo derecho de rectificación; en opinión de la Corte Suprema de Austria, compartida por el tribunal europeo, la legítima indignación del afectado no podía justificar el reproche que éste hizo al periódico de utilizar métodos de trabajo propios del nazismo, lo cual se aproximaba sensiblemente a una acusación de conducta criminal.¹³³⁰ El derecho de respuesta también surgió en el caso *Jacubowski v. Germany*, en que un periodista, luego de ser despedido de su cargo de director y editor en jefe de una agencia de noticias, en un comunicado de prensa, fue objeto de críticas a su competencia profesional y a su gestión en la empresa; ante dicho comunicado, el afectado solicitó que se le permitiera hacer uso de su derecho de réplica, lo cual fue rechazado por la Corte Regional de Bonn, debido a que la réplica propuesta no se limitaba a responder las alegaciones de hecho contenidas en el comunicado de prensa, sino que proporcionaba una versión de la secuencia de los hechos completamente nueva, la cual no había estado en discusión en el mencionado comunicado de prensa; no obstante, la Corte de Apelaciones de Colonia revocó la deci-

¹³²⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of *Andreas Wabl v. Austria*, Sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 42.

¹³³⁰ *Ibidem*, párrafos 40, 41 y 42.

sión anterior y le ordenó a la agencia acceder a la solicitud de réplica.¹³³¹ Es de hacer notar que antes de que se produjera la decisión de Corte de Apelaciones de Colonia, y puesto que su reputación estaba seriamente comprometida, el afectado se vio forzado a recurrir a otros medios, haciendo circular una nota aclaratoria entre los clientes de su antiguo empleador. Lamentablemente, en su sentencia, la Corte Europea no elabora mayormente sobre la pertinencia de este derecho —especificando si él es inherente a las responsabilidades que acompañan a la libertad de expresión o si es una consecuencia del derecho a que se proteja la reputación de las personas—, y se limita a observar que los tribunales domésticos tuvieron en consideración el hecho de que el señor Manfred Jacubowski había sido personalmente atacado en un comunicado de prensa de su antiguo empleador, y que en su réplica el señor Jacubowski pudo responder en detalle a las principales acusaciones formuladas en su contra en el comunicado de prensa de la agencia de noticias.¹³³² Sin embargo, los jueces Walsh, MacDonald y Wildhaber prestaron especial atención a la circunstancia de que el señor Jacubowski había sido duramente atacado por su antiguo empleador en un comunicado de prensa, en el que se había puesto seriamente en duda su capacidad profesional, y que, no obstante lo anterior, había tenido que esperar casi dos meses para que se reconociera su derecho a réplica, y un mes más para que ésta fuera publicada.¹³³³

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o de respuesta no impide la exigibilidad inmediata de este derecho; en consecuencia, si por cualquier circunstancia éste no pudiera ser ejercido por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención Americana, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.¹³³⁴ Para la Corte, la circunstancia de que, según el artículo 14 de la Convención, este derecho esté sujeto a “las condiciones que establezca

¹³³¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacubowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafos 7, 8, 12 y 13.

¹³³² *Ibidem*, párrafo 28.

¹³³³ *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacubowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994.

¹³³⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (artículos 14.1, 1.1 y 2)*, *Convección Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, párrafo 28.

la ley”, se refiere a las condiciones relacionadas con el ejercicio del derecho, y atañe a su efectividad en el orden interno, pero no a su creación, existencia o exigibilidad internacional.¹³³⁵ Según la Corte, las condiciones que puede establecer la ley son aquellas que no están señaladas en la Convención y que se refieren, *inter alia*, a si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse este derecho, qué terminología es admisible, etcétera.¹³³⁶ Pero el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta no impide la exigibilidad, conforme al derecho internacional, de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1o., núm. 1, de la Convención, que establece el compromiso de los propios Estados partes de “*respetar* los derechos y libertades” reconocidos en la Convención, y de “*garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. En consecuencia, si por cualquier circunstancia el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por cualquier persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección previstos en ella.¹³³⁷

Por otra parte, esta figura tampoco debe confundirse con el establecimiento de responsabilidades, civiles o penales, derivadas de la información que se considera inexacta o agravante. Prestando más atención a lo último que a lo primero, y a la necesidad de definir ambos conceptos, la Corte Suprema de Argentina ha señalado que

la doctrina, atenta a los problemas de la responsabilidad civil de las informaciones inexactas o agraviantes vertidas por la prensa, y a la responsabilidad civil por los daños que pudieran ocasionar, distingue la información inexacta, que no se corresponde con la realidad de los hechos, y la clasifican en falsa o errónea. Es falsa cuando es engañosa, fingida o simulada, proporcionada con el fin de engañar, con dolo o mala fe; es errónea cuando es fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error. La información falsa genera, como principio, responsabilidad civil y penal, según el bien jurídico afectado. La información errónea no origina responsabilidad civil por los perjuicios causados si se han

¹³³⁵ *Ibidem*, párrafo 33.

¹³³⁶ *Ibidem*, párrafo 27.

¹³³⁷ *Ibidem*, párrafo 28.

utilizado los cuidados, atención y diligencia para evitarlos. En cuanto a la información agravante, que puede ser inexacta o no, encuentra en la injuria y la calumnia la protección jurisdiccional a la dignidad, el honor y la reputación de las personas. En cuanto a la responsabilidad civil, su régimen está sujeto a la ley común que establece la obligación de reparar o indemnizar el daño causado.¹³³⁸

Sin embargo, el derecho de rectificación ha encontrado una firme resistencia en ciertos sectores, y muy especialmente en los propietarios de los medios de comunicación. En relación con una ley del estado de Florida que reconocía el derecho de réplica a los candidatos a un cargo público para responder los ataques y las críticas de que pudieran ser objeto en la prensa, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que si bien es correcto afirmar que un periódico no está sujeto a las limitaciones de tiempo que enfrenta un medio radioeléctrico, no es correcto decir que, en cuanto realidad económica, un periódico puede proceder a una expansión infinita del espacio de sus columnas para acomodar las réplicas que una ley o una agencia estatal determinen que deban publicarse. Enfrentado a las sanciones que puedan resultar aplicables a un periódico que publique una noticia o un comentario que plausiblemente pueda estar dentro del alcance de una ley de esta naturaleza, los editores podrían concluir que lo más seguro es no publicar esa noticia o comentario, precisamente para evitar la controversia; en consecuencia, el efecto de este tipo de leyes puede ser que se reduzca la cobertura de un proceso electoral o político, y que disminuya la amplitud, el vigor, y la fortaleza del debate político. Según la Corte, incluso si un periódico no tiene que incurrir en costos adicionales, ni tiene que renunciar a publicar otras noticias o comentarios para cumplir con la publicación de una réplica, la ley del Estado de Florida estaría interfiriendo con la función de los editores del periódico. Un periódico es más que un receptor o conductor pasivo de noticias y comentarios; de manera que la elección en cuanto al material que se publicará, así como la decisión en cuanto a las limitaciones de contenido y de tamaño, el tratamiento de asuntos de interés público o la crítica de funcionarios —ya sea justa o injusta— constituyen el ejercicio del con-

¹³³⁸ Caso Vago Jorge c/ La Urraca S. A., sentencia del 19 de noviembre de 1991, *La Ley*, 1992, B, p. 365, citado por Bustamante Alsina, Jorge, en “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 7.

trol y criterio editorial que no se puede regular de manera compatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión y de la libertad de prensa.¹³³⁹

En todo caso, es interesante destacar las condiciones en que, según la ley del estado de Florida, debía publicarse la réplica. A petición del candidato, dicha réplica debía publicarse libre de costo, en un lugar destacado entre los asuntos referidos a ésta, sin que pueda ocupar más espacio que el que generó la réplica. Además, según la Corte Suprema del Estado de Florida, la réplica debía ser una respuesta a los cargos que se le hayan hecho a la persona afectada por el editorial o el comentario periodístico, pero sin que ella pueda ser injuriosa o difamatoria, ni vulgar ni blasfema.¹³⁴⁰

El derecho de rectificación o de respuesta también pone de relieve el derecho de acceso a la prensa. Quienes sostienen que la libertad de expresión implica un derecho de acceso a la prensa y a los medios de comunicación radioeléctricos argumentan que el Estado tiene la obligación de asegurarse de que una amplia gama de ideas y opiniones pueda alcanzar al público. En respaldo de esta tesis, sus propulsores observan que hace doscientos años, cuando la libertad de expresión comenzaba a imponerse, la prensa escrita era ampliamente representativa de las personas a las que servía, pues si bien algunos periódicos podían estar profundamente parcializados a favor de determinadas opiniones, la prensa en su conjunto representaba la amplia gama de opiniones de sus lectores. Cualquier publicación era relativamente poco costosa y, en todo caso, la publicación de un libro o de un panfleto proporcionaba una alternativa igualmente eficaz para la difusión de informaciones no cubiertas por la prensa convencional, o para la difusión de ideas impopulares.¹³⁴¹

En aquel momento existía un verdadero mercado de las ideas, al cual se podía acceder con relativa facilidad a través de distintos canales de comunicación. Por el contrario, en el curso del siglo XX se ha producido una revolución en las comunicaciones, que desde la introducción en nuestras vidas de la radio y la televisión no se ha detenido, dando paso a

¹³³⁹ *Cfr.* Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

¹³⁴⁰ Citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), nota 4 de la sentencia.

¹³⁴¹ *Cfr.*, en este sentido, Lange, “The Role of the Access Doctrine in the Regulation of the Mass Media: A Critical Review and Assessment”, *N.C.L. Rev.* 52 1, 1973, y Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, 1970.

las comunicaciones por satélite, la televisión por cable, la cibernetica, y a cambios no menos trascendentales en la prensa, que ha permitido que algunos periódicos se conviertan en grandes corporaciones, y que entre ellos y otros medios de comunicación se consoliden grandes cadenas periodísticas. Además, la existencia de pueblos con un solo periódico, que frecuentemente pertenece al mismo grupo propietario de la radio y la estación de televisión, elimina toda competencia en materia informativa, y hace de la prensa un instrumento muy poderoso e influyente en la vida pública de esas pequeñas comunidades. La circunstancia de que los medios de comunicación estén concentrados en pocas manos distorsiona el derecho a la información, permite a quienes tienen el control de esos medios manipular y moldear la opinión pública según de sus intereses, e impide que el público pueda contribuir de manera significativa al debate político. En presencia de los modernos imperios de la noticia y del espectáculo, desafortunadamente no todos tienen acceso al mercado de las ideas, que ciertamente depende de medios de comunicación eficaces.

Si los medios de comunicación pretenden asumir el papel del ciudadano común, esta circunstancia acarrea responsabilidades concomitantes. En los Estados Unidos se ha argumentado que la primera enmienda de la Constitución opera como una espada y como un escudo; de manera que, junto con proteger a la prensa de la interferencia estatal, también impone obligaciones a los propietarios de los medios de comunicación. En el caso *Associated Press v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el argumento de que, en virtud de la garantía constitucional de la libertad de expresión, la prensa sería inmune a las leyes antimonopolios; según la Corte, la mencionada garantía, lejos de proporcionar un argumento en contra de la aplicación de la legislación antimonopolios, ofrece poderosas razones precisamente en favor de su aplicación. En opinión del tribunal, dicha garantía descansa en la premisa de que la más amplia difusión posible de información proveniente de diversas fuentes es esencial para el bienestar de la comunidad, y que una prensa libre es la condición necesaria de una sociedad libre; de manera que la existencia de una norma que impide al Estado coartar el libre flujo de las ideas no puede convertirse en el refugio de agentes no estatales que imponen ese mismo tipo de restricciones a una libertad constitucionalmente protegida; según la Corte, la libertad de prensa significa libertad para todos, y no solamente para algunos. Así como la libertad para publicar está

garantizada por la Constitución de los Estados Unidos, la libertad para que los particulares impidan que otros tengan acceso a publicar sus opiniones no lo está; la primera enmienda a la Constitución garantiza el ejercicio de la libertad de expresión, lo cual no significa que permita que ella sea restringida por intereses particulares.¹³⁴²

Con el mismo vigor, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sostuvo que “donde un periódico tiene el monopolio en un área, rara vez presenta las dos caras de un mismo tema. Con mucha frecuencia, insiste en una línea ideológica o política, usando su posición monopolística no para educar al pueblo ni para promover el debate, sino para inculcar en sus lectores una filosofía o una actitud, y para hacer dinero”.¹³⁴³

Pero, precisamente en aras de la libertad de expresión, la tesis del acceso a los medios de comunicación ha sido igualmente resistida. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha observado que el poder de un periódico que es propiedad de particulares para promover sus propias ideas en materia política, económica, y social está limitado solamente por dos consideraciones: a) la aceptación de un número suficiente de lectores y anunciantes que le asegure el éxito económico, y b) la integridad periodística de sus editores.¹³⁴⁴ Asimismo, en cuanto a posibles restricciones que puedan constituir la presión estatal ejercida sobre un periódico para que imprima lo que en otras circunstancias no imprimiría, la Corte ha sostenido que esa presión sería inconstitucional, y que si bien una prensa responsable es un objetivo deseable, la responsabilidad de la prensa, al igual que muchas otras virtudes, no puede ser legislada.¹³⁴⁵ En opinión del juez White, un periódico o revista no es un servicio público sujeto a regulaciones gubernamentales que puedan afectar el criterio editorial en cuanto a lo que deba publicarse; por supuesto que la prensa no siempre es suficientemente certera, o incluso responsable, y puede que no presente un asunto de interés público de manera completa y equilibrada; pero la garantía constitucional de la libertad de prensa ha asumido el riesgo de que, ocasionalmente, el debate sobre asuntos vitales no sea suficiente-

¹³⁴² *Cfr.* Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945).

¹³⁴³ *The Great Rights*, E. Cahn editor, 1963, pp. 124-125, citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

¹³⁴⁴ *Cfr.* *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).

¹³⁴⁵ *Cfr.* *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

mente comprensivo y no refleje todos los puntos de vista. Cualquier otro método que suplante el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión estatal convertiría al gobierno en el censor de lo que la gente puede leer y conocer.¹³⁴⁶

b. Las reparaciones pecuniarias

No es necesario insistir demasiado en el daño material o moral que puede causar una expresión ofensiva o lesiva para la reputación de un tercero. Desde el punto de vista material, expresiones de esa naturaleza pueden perjudicar la actividad profesional del afectado; pueden cerrarle oportunidades de empleo y, en general, pueden comprometer su capacidad para ganarse la vida. Por otra parte, el daño causado por la pérdida de credibilidad y de prestigio ante el resto de la comunidad en que el afectado se desenvuelve, no por ser menos fácil de medir y evaluar es menos palpable o menos real.

En segundo lugar, esas expresiones pueden causar un daño moral a la persona en contra de la cual se han dirigido. Ese daño es esencialmente relativo, y puede medirse en términos de la angustia, y del dolor y sufrimiento que se le ha ocasionado con ellas a la persona afectada por esas expresiones. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que ella no excluye que, como resultado de la violación de la libertad de expresión, puedan haber resultado daños no pecuniarios, como consecuencia de la ansiedad e incertidumbre ocasionada por los procedimientos mediante los cuales se interfirió con la libertad de expresión.¹³⁴⁷

En general, en el derecho comparado se contempla la indemnización civil del daño material o moral causado por las expresiones injuriosas o agraviantes emitidas por el autor del mensaje. En las acciones por difamación, una indemnización pecuniaria opera como una reivindicación, que permite convencer a un tercero de la falta de fundamento de la acusación dirigida en contra de la persona difamada, y como una reparación por el daño moral que se le causó al lesionar sus sentimientos. Entre otros elementos, esa compensación tiene que tomar en consideración la falsedad de lo afirmado, la ausencia de una disculpa, y la mala intención

¹³⁴⁶ *Cfr.* su voto concurrente en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

¹³⁴⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Case of Jerusalem v. Austria*, sentencia del 27 de febrero de 2001, párrafo 54.

con que haya actuado el autor de esas expresiones. Puesto que la difamación es el acto de desacreditar a una persona, lesionando su reputación, si se prueba la publicación o difusión de expresiones difamatorias se puede asumir, como una consecuencia necesaria, que se ha causado un daño a la reputación de la persona difamada, el cual tendrá que ser reparado; pero el monto de los daños a indemnizar dependerá de varios factores, incluyendo la naturaleza y gravedad de la injuria, la extensión que haya alcanzado la diseminación del mensaje difamatorio, la posición social del afectado, la lesión a sus sentimientos, y la existencia de cualquier daño adicional infligido por la conducta del autor del mensaje, todo lo cual tendrá que ser probado. Por otra parte, en la medida en que se asume que las palabras difamatorias son falsas, el autor del mensaje puede defenderse probando la veracidad de las imputaciones difamatorias, si no en todos sus detalles, por lo menos en sus aspectos sustanciales; sin embargo, hay que recordar que en el derecho interno de los Estados no siempre se admite la prueba de la verdad como defensa de lo afirmado. En todo caso, el monto de las reparaciones a pagar debe estar en armonía con los daños efectivamente probados, y no puede ser un medio desproporcionado para inhibir el debate político.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Argentina ha señalado que

el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por tanto, si la información es lesiva al honor, el órgano de difusión debe responder por el daño moral causado a terceros. En tal caso, comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del Artículo 1109 del Código Civil... En efecto, no existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa. Si así fuera, el deber de resarcir debería imponerse ante la sola comprobación del daño. Por ello, en el sistema legal vigente es imprescindible probar aun el factor de imputabilidad subjetivo, sea la culpa o el dolo de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica.¹³⁴⁸

¹³⁴⁸ Pérez Arriaga c/ Arte Gráfica Editorial Argentina S. A., y Pérez Arriaga c/ La Prensa S. A., citados por Bustamante Alsina, Jorge, en "La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la 'actual malice'", *Campus*, Buenos Aires, año IV, no. XVI, octubre de 1997, pp. 7 y ss.

Según Jorge Bustamante, del texto citado se desprende que la Corte Suprema de Argentina no comparte la doctrina de la “mala intención” (*actual malice*) esbozada por la Corte Suprema de los Estados Unidos; en su opinión, en todos los casos en que se promueva una acción en contra de un órgano de comunicación social por daños que éste hubiera causado a un tercero, en Argentina el demandante deberá probar siempre el factor subjetivo de imputabilidad, en su forma de dolo o culpa, mientras que en la jurisprudencia estadounidense, cuando la información falsa, errónea o difamatoria no se dirige a un funcionario, habría una responsabilidad objetiva, de derecho estricto.¹³⁴⁹ En el mismo sentido, Gerardo Ancarola afirma que

hace ya tiempo se viene sosteniendo en nuestro país... la necesidad de aplicar en los casos en que está en juego la libertad de prensa y las indemnizaciones por las informaciones erróneas que se difunden, los principios de derecho común, en cuanto a que ni el dolo ni la culpa se presumen, ya que no existe en nuestro ordenamiento legal la responsabilidad objetiva. De ahí que siempre, para requerir una indemnización, es necesario probar el factor subjetivo de imputabilidad, o sea la culpa o el dolo de quien provocó el daño... (E)sto también se aplica a la prensa en todas sus manifestaciones, por lo que no puede pretenderse un sistema excepcional de responsabilidad objetiva de la prensa como actividad siempre supuestamente riesgosa.¹³⁵⁰

c. Las sanciones penales

La tipificación de las figuras delictivas de difamación, injuria o calumnia ha sido el medio más ampliamente utilizado para establecer responsabilidades ulteriores. Sin embargo, no puede pasar por alto el efecto inhibidor que la sola existencia de estas figuras penales puede tener en el debate político. Desde ese punto de vista, la tipificación de esos delitos actúa como una interferencia con la libertad de expresión, que,

¹³⁴⁹ *Cfr.* “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 10.

¹³⁵⁰ “A propósito del último fallo sobre la libertad de prensa de la Corte Suprema de la Nación. ¿Un retorno a las fuentes?”, *E. D.*, 12-10-1993, citado por Bustamante Alsina, Jorge, en “La libertad de prensa y la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’”, *Campus*, Buenos Aires, año IV, núm. XVI, octubre de 1997, p. 8.

para que sea legítima, debe ser proporcionada al propósito que con ella se persigue.

Sobre este particular, es conveniente reiterar lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que las leyes de desacato —o vilipendio— diseñadas para castigar penalmente la crítica a las autoridades o a las instituciones del Estado, son incompatibles con los compromisos asumidos por los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, en su Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos humanos,¹³⁵¹ la Comisión hizo un análisis de las leyes que penalizan la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales, con la libertad de expresión, en la forma en que ésta se encuentra consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recomendando a los Estados en que existan estas leyes, derogarlas o reformarlas, con objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹³⁵² Asimismo, en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana ha sostenido que las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios, generalmente conocidas como “leyes de desacato”, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.¹³⁵³

En varios Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, en donde existen esas leyes de desacato, el propósito de ellas supuestamente es proteger a los funcionarios, de expresiones ofensivas o críticas, a fin de permitirles un desempeño más expedito de sus funciones; supuestamente, esas leyes también servirían para proteger el orden público, porque la crítica de los funcionarios puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que —según se argumenta— ella se reflejaría no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en

¹³⁵¹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 207- 223.

¹³⁵² *Ibidem*, p. 209.

¹³⁵³ 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, párrafo 11 de la parte declarativa.

el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.¹³⁵⁴ Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las “restricciones” (*sic*) a la libertad de expresión previstas en el artículo 13, núm. 2, de la Convención Americana, deben interpretarse de manera compatible con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas, conforme a lo estipulado en los artículos 29 y 32 de la misma Convención;¹³⁵⁵ por consiguiente, no pueden interpretarse de manera que puedan “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (artículo 29, letra c), o que se excluya o limite el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVIII dispone que los derechos de cada hombre están limitados por “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (artículo 29, letra d), o por lo previsto en el artículo 32, núm. 2, de la Convención, en cuanto a que las restricciones a la libertad de expresión deben responder a la necesidad de proteger los derechos de los demás, la seguridad de todos, o las justas exigencias del bien común, “en una sociedad democrática”.

Por otra parte, la Comisión estima que las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión, y que no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática.¹³⁵⁶ En efecto, en relación con el establecimiento de “responsabilidades ulteriores” previsto en el artículo 13, núm. 2, de la Convención, la Comisión Interamericana ha hecho suyo el criterio expuesto por la Corte, en el sentido de que ello supone la concurrencia de cuatro requisitos: a) la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) que esas causales sean “necesarias” para asegurar los mencionados fines.¹³⁵⁷ Ese último requisito estaría ausente en el caso de las leyes de desacato.

¹³⁵⁴ *Cfr. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, p. 212.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, p. 217.

¹³⁵⁶ *Cfr. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 218-222.

¹³⁵⁷ *Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 39.*

De acuerdo con el criterio expuesto por la Comisión, la aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios que actúan en su carácter oficial les otorga injustificadamente un medio de protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad; esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático, que hace al gobierno objeto de controles, incluido el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. De modo que si se considera que los funcionarios que actúan en carácter oficial, a todos los efectos, son el gobierno, los individuos tienen el derecho de criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. En una opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se anticipó a las ideas antes expuestas por la Comisión, prohibir despertar sentimientos desfavorables en contra de quienes administran el Estado sería equivalente a prohibir discusiones que tengan ese efecto, lo que sería equivalente a proteger a quienes administran el Estado y que pudieran llegar a merecer el desprecio o el odio de la población.¹³⁵⁸ De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

El derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate público a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión... Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro”. El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar

¹³⁵⁸ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor.¹³⁵⁹

En opinión de la Comisión, las leyes de desacato plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado, y que dichas leyes sean utilizadas precisamente para suprimir tanto la crítica como los adversarios políticos; de manera que al proteger al funcionario contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas que se le puedan hacer.¹³⁶⁰

Si bien se puede argumentar que las leyes de desacato, que requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en presencia del funcionario, tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras restringen el contenido de la expresión, en cuanto éste se relacione con el honor del funcionario. Lo anterior conduce a la Comisión a observar que

el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática.¹³⁶¹

En consecuencia, la Comisión vio con buenos ojos que, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, condenado por difamar a un ministro de la Corte Suprema Argentina, el Estado denunciado revocara dicha sentencia y derogara la figura del desacato, ajustando la legislación de Argen-

¹³⁵⁹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, pp. 218-219. La cita que se hace de la Corte Europea de Derechos Humanos corresponde a lo expresado por ese tribunal en el caso *Lingens v. Austria*, en su sentencia del 8 de julio de 1986, párrafo 44.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, p. 220.

¹³⁶¹ *Idem*.

tina a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³⁶²

La Comisión Interamericana rechaza que las leyes de desacato sean “necesarias” para asegurar el orden público en una sociedad democrática. Según la Comisión, la protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público; ello es especialmente así, teniendo en cuenta que el gobierno dispone de otros medios para responder a ataques injustificados, mediante su acceso a los medios de comunicación o mediante acciones civiles individuales por difamación o calumnia, que puede invocar cualquier persona, independientemente de su condición. A juicio de la Comisión, se puede concebir la protección del honor sin restringir la crítica a la administración pública.¹³⁶³ La Comisión ha observado que “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, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o 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”.¹³⁶⁴

Si bien se admite la existencia de una zona de intervención legítima del Estado cuando la expresión de una opinión o de una idea (o de una información) interfiere con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad, en la arena política, el umbral para la intervención del Estado es necesariamente más alto, debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. En consecuencia, a juicio de la Comisión, las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención.¹³⁶⁵

¹³⁶² Cfr. el Informe núm. 22/94, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, 1995, pp. 40-45.

¹³⁶³ Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1994*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 1995, p. 221.

¹³⁶⁴ *Ibidem*, p. 222.

¹³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 222-223.

Este mismo tipo de consideraciones anteriores ha conducido a cuestionar, en los Principios de Siracusa,¹³⁶⁶ la existencia de leyes que protegen el honor de los funcionarios, y que en esa forma coartan la crítica política utilizando restricciones de la libertad de expresión basadas en la reputación de los demás para proteger al Estado y a sus funcionarios.¹³⁶⁷ Sin duda, la libertad de expresión, que adquiere mayor relevancia cuando involucra un debate abierto sobre cuestiones de interés público, es incompatible y no puede coexistir con figuras penales que castigan la crítica a las instituciones o a los funcionarios.

En el derecho austriaco, el artículo 111 del Código Penal sanciona con penas privativas de libertad a quien acuse a otra persona de poseer un carácter despreciable, o de haber observado una conducta contraria al honor o a la moral, de manera que lo presente como una persona despreciable, o que lo disminuya en la estima de los demás; pero no será penalmente responsable si las circunstancias lo condujeron a asumir que lo que afirmaba era verdad. Asimismo, según el artículo 114 del mismo cuerpo legal, esa conducta estará justificada si constituye el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho. Además, de acuerdo con la Ley de Medios de Comunicación, el propietario o el empleado de un medio de comunicación no será responsable por la publicación de un material respecto del cual exista un interés público predominante, y siempre que, aplicando el cuidado periodístico apropiado, haya habido razones para creer que lo afirmado en dicho material era verdadero; pero si dicha información se refiere a la vida privada de una persona, el propietario o el empleado del medio no será sancionado únicamente si esa información es verdadera y está directamente conectada con asuntos de interés público. Pero, no obstante lo elaborado de estas disposiciones, cuyo contenido no es nuestro propósito describir in extenso, ellas han sido objeto de numerosas controversias, que finalmente han tenido que ser resueltas por la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹³⁶⁶ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, anexo.

¹³⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 37.

F. Las expresiones exentas de responsabilidad

Excepcionalmente, existen algunos casos en que, ya sea por la naturaleza de la función desarrollada por el autor del mensaje, o por la naturaleza misma del mensaje, que simplemente reproduce lo dicho por otro, su autor está exento de responsabilidad. En cualquier caso, se trata de exenciones de responsabilidad que están implícitas en la función que está llamado a cumplir el autor del mensaje.

a. La inmunidad parlamentaria

Si hay una función que, precisamente por el carácter estrictamente político de la misma, requiere disfrutar de la libertad de expresión, sin el temor de que su ejercicio pueda acarrear consecuencias perjudiciales para el autor del mensaje, esa es la actividad parlamentaria. En tal sentido, no debe olvidarse que el primer instrumento jurídico en que se reconoció la libertad de expresión fue el Acta de Derechos Civiles de Inglaterra, de 1688, en la cual se consagró la libertad de expresión y de debate “en el Parlamento”, sin que lo allí expresado pudiera ser denunciado o cuestionado en ningún tribunal o instancia distinta del propio Parlamento. En realidad, algunos años antes, la Cámara de los Lores había revocado una decisión judicial que condenaba a sir John Eliot y a otros de sus compañeros en el Parlamento inglés, por un discurso sedicioso pronunciado en el Parlamento.¹³⁶⁸

En todo caso, desde hace mucho tiempo los propios tribunales ingleses han señalado que la inmunidad absoluta de que goza un miembro del Parlamento por lo expresado en su seno no se extiende a las expresiones proferidas o publicadas fuera de la Cámara. Ocasionalmente, esta circunstancia ha llevado a los miembros del Parlamento a refugiarse en el recinto del Parlamento para evadir mandatos judiciales que prohíben la divulgación de determinada información. A título ilustrativo, en 1986 un grupo de parlamentarios laboristas reservó una sala de reuniones de un Comité de la Cámara de los Comunes, con el propósito de exhibir la película *Zircon*, de la serie *Secret Society*, de Duncan Campbell, que había sido objeto de una prohibición judicial, por estimarse que su difusión por televisión era contraria al interés nacional. Aunque, en esta ocasión,

¹³⁶⁸ *Cfr. Journal of the House of Lords 1666-75*, p. 166, citado por Robertson, Geoffrey and Nicol, Andrew, *Media Law*, 3a. ed., Londres, Penguin Books, 1992, p. 391.

el fiscal general le solicitó a la Alta Corte que prohibiera la exhibición de dicha película en el recinto parlamentario, por considerar que tal acto constituía un desacato al tribunal, el juez Kennedy no accedió a dicha petición, argumentando que correspondía al Parlamento regular sus procedimientos internos. En consecuencia, fue el presidente de la Cámara de los Comunes (el *Speaker*) quien prohibió la exhibición de la mencionada película, luego que el Fiscal General le asegurara que tal acto dañaría seriamente la seguridad nacional. El Comité de Privilegios de la Cámara concluyó que el presidente había actuado correctamente al ejercer su autoridad para controlar el uso de las instalaciones del Palacio de Westminster, y que dicha medida no interfería con los privilegios de los miembros del Parlamento, pues la exhibición de una película no era parte de los procedimientos en el Parlamento. Sin embargo, el Comité de Privilegios reafirmó que, aparte de su propio criterio, no hay nada que impida a un miembro del Parlamento divulgar, en el curso de los debates, información que pueda dañar la seguridad nacional; según el citado Comité, la inmunidad parlamentaria es absoluta, y cualquier miembro del Parlamento debe sentirse libre de hacer pública, en el curso de los procedimientos en el Parlamento, cualquier información que considere debe ser de conocimiento público.¹³⁶⁹

b. La inmunidad judicial

Si bien la actividad de los jueces no implica un debate político, la independencia de ella hace indispensable que lo expresado por ellos en el ejercicio de sus funciones, y particularmente en sus sentencias, no pueda ser denunciado como difamación por quienes sean aludidos en ellas. En realidad, cuando un juez dicta una sentencia no está haciendo uso de su derecho a expresarse, sino que está hablando en nombre del Estado, y está ejerciendo una función pública. Su desempeño como tal podrá ser criticado; la sentencia podrá ser revocada, e incluso el juez podrá ser destituido como resultado de su mal desempeño. Pero lo que se afirma en una sentencia no autoriza a denunciar por difamación al juez que la redactó, incluso si alguno de sus pasajes se ha formulado con la intención manifiesta de injuriar al afectado. Si bien una decisión judicial puede agraviar

¹³⁶⁹ *Cfr.* First Report from the Committee of Privileges, “Speakers order of 22 January 1987 on a matter of national security”, HC 365 (1986-7), citado por Robertson, Geoffrey y Nicol, Andrew, *Media Law*, 3a. ed., Londres, Penguin Books, 1992, pp. 391 y ss.

a una de las partes, para el buen desempeño de su función, al ejercer la autoridad que se le ha conferido, un juez debe estar libre de aprehensiones o de temores que le impidan decidir de acuerdo con lo que le dicta su conciencia, y por lo tanto no puede verse expuesto a acciones judiciales en su contra. Cualquier disposición en contrario sería incompatible con la independencia que debe caracterizar el ejercicio de la función judicial.

Este principio, que es inherente a la función judicial, se hizo explícito en el derecho inglés a comienzos del siglo XVII, cuando sir Edward Coke sentó las bases en que se funda. Inicialmente, Coke se pronunció por una inmunidad judicial absoluta, señalando que un juez disfrutaba de inmunidad respecto de cualquier cosa hecha por él en cuanto juez;¹³⁷⁰ en esta decisión se señalaron cuatro razones para este tipo de inmunidad: a) la necesidad de una sentencia final; b) la necesidad de preservar la independencia del Poder Judicial; c) la independencia de criterio y la libertad de cualquier especie de manipulación que proporciona esa inmunidad, y d) la necesidad de generar respeto y confianza en la actividad de los jueces. Posteriormente, Coke modificó su doctrina, inclinándose por una inmunidad calificada, restringida a los actos de naturaleza estrictamente judicial, y respecto de los cuales el juez tuviera jurisdicción.¹³⁷¹

En Estados Unidos, la doctrina de la inmunidad judicial fue expuesta por el juez James Kent, quien, siendo presidente de la Corte Suprema de Nueva York, la aplicó inicialmente en el caso *Yates v. Lansing*.¹³⁷² En 1872, la Corte Suprema de los Estados Unidos, citando con aprobación la sentencia del juez Kent, hizo suya la doctrina de la inmunidad judicial, afirmando que los jueces no son responsables por sus actos judiciales, incluso si ellos han sido adoptados excediendo sus competencias, y se alega que son el producto de la malicia o de la corrupción.¹³⁷³ Más recientemente, en *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, este mismo tribunal ha subrayado que los reportajes veraces de un procedimiento judicial gozan de una protección especial en contra de sanciones posteriores.¹³⁷⁴

Por otra parte, es importante destacar que el juez está exento de responsabilidad por las expresiones que emita en el ejercicio de su cargo, y que, en cuanto tales, constituyan actos judiciales, pero no por los juicios

¹³⁷⁰ *Cfr. Floyd and Barker, 77 English Reports, Star Chamber, 1607, p. 1307.*

¹³⁷¹ *Cfr. The case of the Marshalsea, 77 English Reports, Star Chamber, 1612, p. 1027.*

¹³⁷² *Cfr. 5 Johns, R. 282, New York Supreme Court, 1810.*

¹³⁷³ *Cfr. Bradley v. Fisher, 13 Wall, 1872, pp. 335 y ss.*

¹³⁷⁴ *Cfr. Nebraska Press Assn. v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).*

y comentarios que formule en relación con sus propias sentencias, o con otras. En *Murray v. Brancato*, se acusó de difamación a un juez no por lo afirmado por éste en dos de sus sentencias, sino por haberlas difundido posteriormente en publicaciones no oficiales, lo que ciertamente no era el ejercicio de una función judicial; si bien se trataba de publicaciones reconocidas y ampliamente citadas en el mundo jurídico, la Corte de Apelaciones de Nueva York sostuvo que un juez no tiene el deber legal de contribuir a publicaciones no oficiales, por lo que cualquier acto de esa naturaleza no ha sido ejecutado en su capacidad oficial.¹³⁷⁵ Sin embargo, no deja de resultar paradójico que quien no es responsable por haber redactado una decisión judicial, conteniendo un juicio crítico respecto de una de las partes, pueda ser responsable por el mero hecho de propiciar la publicación en una revista académica de lo que es un documento público, que debería ser fácilmente accesible, y que debería poder reproducirse y divulgarse libremente. Por lo demás, tampoco puede ignorarse la práctica habitual de los académicos, y de los abogados en su ejercicio profesional, de citar decisiones judiciales en respaldo de sus propios argumentos; pero lo que ampararía a estos últimos no sería una supuesta inmunidad judicial que no poseen, sino el hecho de reproducir lo afirmado por otro, en los términos que se señalan en la sección siguiente.

c. El reporte fiel

Sin perjuicio de la responsabilidad que le incumbe a la fuente original, la doctrina y la jurisprudencia han sugerido que quien se limita a reproducir lo expresado por otro está exento de responsabilidad. En caso contrario, se estaría inhibiendo el libre flujo de información, y se estaría convirtiendo al medio de comunicación en un agente de la censura. Además, es importante subrayar que, desde sus orígenes, esta institución se ha hecho extensiva al reportaje fiel de los procedimientos judiciales o legislativos, o de cualquier otro procedimiento público y oficial.

Los orígenes de esta institución se encuentran en una decisión de fines del siglo XVIII, en Inglaterra, en el caso *Curry v. Walter*, cuando el juez Eyre instruyó al jurado indicándole que aunque lo reproducido en un pe-

¹³⁷⁵ *Cfr.* Court of Appeals of New York, *Murray v. Brancato*, 264 App. Div. 862, decided march 4, 1943.

riódico fuera objetivamente injurioso, si era un reporte fiel de lo ocurrido en los tribunales, dicha publicación no era ilegal.¹³⁷⁶ Progresivamente, esta interpretación se ha extendido al reportaje de los debates en el Parlamento, luego a la reseña de todas las actividades de gobierno, y finalmente a lo que sucede en cualquier reunión pública, convocada para la consecución o discusión de asuntos de interés público.¹³⁷⁷ Por consiguiente, asuntos que no pueden ser ventilados en la prensa, si son mencionados en los debates en el Parlamento, pasan a ser un asunto de conocimiento público, y, por lo tanto, pueden citarse en la prensa. En tal sentido, Robertson and Nicol sugieren que en Inglaterra ha habido muchas ocasiones en que los periodistas han instigado a algún miembro del Parlamento para que introduzca en el debate asuntos que de otra manera no podrían hacerse públicos.¹³⁷⁸

En los Estados Unidos, esta excepción de responsabilidad se extiende a la relación de las actuaciones de todos los poderes públicos, y, en algunos estados, incluso a las actuaciones de entes no gubernamentales relativos a cuestiones de relevancia pública. Históricamente, esta doctrina se remonta a 1854, cuando la legislatura del estado de Nueva York, en una ley que pretendía ser meramente declarativa del “derecho común”, dispuso que ningún reportero, editor o propietario de un periódico sería civil o penalmente responsable por un reportaje fiel y veraz publicado en dicho periódico, excepto en los casos en que se probara malicia en dicho reportaje. Esta doctrina fue incorporada en el Código de Procedimiento Civil de 1930, eliminando la referencia a la malicia. En la jurisprudencia de los Estados Unidos, sus tribunales han sostenido que cuando una organización prominente ha hecho serios cargos contra una figura pública, la libertad de expresión protege el reportaje fidedigno y exacto de esos cargos, independientemente del punto de vista del reportero sobre la veracidad de los mismos; porque el hecho noticioso es que esas acusaciones fueron hechas, y porque no puede exigirse a la prensa que por el simple hecho de tener dudas sobre la seriedad o veracidad de esas acusaciones ignore y suprima el hecho de que ellas efectivamente se for-

¹³⁷⁶ *Curry v. Walter*, 126 English Reports-Full Reprint, 1046 (C.P. 1796).

¹³⁷⁷ *Cfr.* la Ley de Difamación, de 1952.

¹³⁷⁸ *Cfr.* Geoffrey, Robertson and Andrew, Nicol, *Media Law*, 3a. ed., Londres, Penguin Books, 1992, p. 391.

mularon.¹³⁷⁹ Por consiguiente, el derecho a la información requiere que se garantice a la prensa la suficiente libertad como para informar sobre ese tipo de afirmaciones, sin tener que asumir la responsabilidad por el contenido de las mismas. En consecuencia, no es extraño que este privilegio se haya extendido a todo tipo de publicaciones, independientemente de quien sea la persona que las realiza.

Recogiendo la tesis del reporte fiel, en el caso *Thoma v. Luxembourg*, en que un periodista que fue sancionado por hacer alegaciones ofensivas respecto de un funcionario sostenía que se había limitado a citar por la radio lo que se decía en un artículo escrito por otro periodista, la Corte Europea de Derechos Humanos reitera que el castigo por asistir en la disseminación de afirmaciones formuladas por otra persona obstaculizaría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de asuntos de interés público, y que en principio no debería contemplarse a menos que hubiera razones muy poderosas para hacerlo.¹³⁸⁰ Según el citado tribunal, exigir de los periodistas que para no exponerse a una sanción deban mostrar formalmente su desacuerdo con el contenido de una cita que pueda insultar o provocar a otros, o que pueda dañar su reputación, no es reconciliable con el papel que le corresponde a la prensa en cuanto a proporcionar información sobre acontecimientos actuales, opiniones e ideas.¹³⁸¹ En particular, la Corte considera que sancionar a un periodista que sistemáticamente tuvo la precaución de señalar que estaba haciendo una cita, indicando el nombre del autor de la misma, e indicando que el artículo objeto de sus comentarios estaba redactado en un lenguaje muy fuerte, constituye una violación de la libertad de expresión.¹³⁸²

5. La protección de la propiedad intelectual

Las ideas, en sentido puro, no son apropiables y... tienen el privilegio de vagar libres en el universo del pensamiento.

Mario A. SOL MUNTAÑOLA, en *La protección de las ideas*.

¹³⁷⁹ *Cfr.*, en este sentido, *Dun & Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders Inc.*, 472 U.S. 749 (1985).

¹³⁸⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Second Section, Case of *Thoma v. Luxembourg* Turkey, sentencia del 29 de marzo de 2001, párrafo 62.

¹³⁸¹ *Ibidem*, párrafo 64.

¹³⁸² *Ibidem*, párrafos 64 y 66.

La información no es algo que simplemente forme parte del interés público; eventualmente puede ser una mercancía, accesible a quienes están dispuestos a pagar por ella. En cuanto se refiere a la protección de los derechos que las personas puedan tener sobre trabajos intelectuales o literarios, ésta constituye, tal vez, una interesante restricción a la libertad de expresión, que más que impedir la divulgación de determinadas ideas u opiniones propicia el reconocimiento de su autor y de las posibles consecuencias económicas que se puedan derivar de la mención o utilización de tales obras intelectuales o literarias.

Por lo menos algunos de los derechos que derivan de la propiedad intelectual, tales como los derechos de copia o reproducción y la protección de las patentes, recibieron reconocimiento expreso en la Constitución de los Estados Unidos, incluso antes de que se adoptara la primera enmienda a la misma, relativa a la libertad de expresión. En efecto, el artículo I, núm. 8, cláusula 8, de la citada Constitución, confiere al Congreso la facultad de promover el progreso de la ciencia y de “las artes útiles”, asegurando, por un tiempo limitado, a los autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos. Sin embargo, es importante subrayar que, de acuerdo con lo sostenido por el juez Brennan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las leyes sobre propiedad intelectual protegen sólo la forma de la expresión, o la forma particular de las palabras escogidas, pero no las ideas expresadas.¹³⁸³

Si bien, en principio, la protección de la propiedad intelectual no afecta al contenido de la expresión, ella restringe la divulgación de información, e impone limitaciones en cuanto a su acceso y utilización. Su propósito es, en esencia, impedir el plagio, y asegurar que cualquier provecho económico que pueda resultar de tales obras intelectuales o literarias tenga como único beneficiario al autor de ellas.¹³⁸⁴ Pero la naturaleza de las restricciones derivadas de la propiedad intelectual, que son el resultado de la demanda de un particular y no del Estado, no pueden afectar el debate sobre asuntos de interés público. En consecuencia, la pro-

¹³⁸³ *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹³⁸⁴ A menos que tal plagio se produzca con el asentimiento tácito del autor, como ocurre con el abogado que espera ansioso que el juez haga suyos los alegatos y argumentos que el primero pueda haber expuesto ante el segundo.

tección de la propiedad intelectual no se puede utilizar como un pretexto para impedir el debate sobre cuestiones de interés público.

Por otra parte, debe señalarse que la protección de la propiedad intelectual no es absoluta, y permite lo que se ha denominado el “uso razonable” (*fair use*) del producto de la creación intelectual. La doctrina del “uso razonable” tiene en consideración cuatro elementos: 1) el propósito del uso que se hace de una creación intelectual, y particularmente si ese uso tiene fines comerciales o, por el contrario, tiene carácter educativo y carece de fines de lucro; 2) la naturaleza del trabajo cuyos derechos de autor se protegen, 3) la cantidad o proporción utilizada en relación con la totalidad de la obra protegida por el derecho de autor, y 4) el efecto que ese uso puede tener en el valor de la obra original en su potencial mercado.¹³⁸⁵ En tal sentido, el artículo 38 de la Ley de Propiedad Intelectual y Abusos de Publicidad de Chile¹³⁸⁶ sostiene que es lícito, sin tener que remunerar al autor de la obra, y sin tener que obtener autorización del mismo, reproducir en obras de carácter cultural, científico o didáctico, fragmentos de obras ajenas protegidas por el derecho de autor, siempre que se mencionen su fuente, título y autor.

Más allá del derecho a los beneficios económicos derivados de la misma, un aspecto no suficientemente debatido es el que se refiere al grado de control que puede tener una persona sobre el producto de su creación intelectual. En este sentido, cabe preguntarse si el autor de una obra de teatro puede impedir la presentación de la misma porque objeta la calidad de los actores, o porque no le parece aceptable el sitio en el cual se va a presentar, o porque el vestuario o el escenario son demasiado pobres, o porque con su nombre se pretende ofrecer una versión libre de la obra escrita por él, desvirtuando el sentido del mensaje o empobreciendo el lenguaje de la obra.

Con la protección de la propiedad intelectual se está promoviendo el esfuerzo creativo e innovador de los individuos, y se busca enriquecer el ambiente en que se generan los productos de la mente. Pero si esa protección es demasiado amplia, se corre el riesgo de impedir el proce-

¹³⁸⁵ *Cfr.*, en este sentido, lo dispuesto en el párrafo 107 de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, adoptada en 1976.

¹³⁸⁶ Ley núm. 17.336, promulgada el 28 de agosto de 1970, y publicada el *Diario Oficial* del 2 de octubre de 1970, con sus modificaciones posteriores, incorporadas en la Ley núm. 18.957, publicada en el *Diario Oficial* del 5 de marzo de 1990.

so creativo de otros, cerrando el paso a otros enfoques y percepciones que aporte nuevos elementos, y que resulten en un producto diferente al original. En tal sentido, Wendy J. Gordon ha observado que actualmente nada es genuinamente nuevo, y que la cultura, como la ciencia y la tecnología, crece mediante un incremento paulatino, en donde cada nuevo creador construye sobre los trabajos realizados por otros antes que él.¹³⁸⁷

6. Los derechos al nombre y a la propia imagen

El desarrollo reciente del derecho, con el reconocimiento del derecho al nombre y del derecho a la propia imagen, que confiere al individuo el control sobre el uso comercial que se haga de los mismos, ha incorporado un nuevo elemento que, como los anteriores, restringe el ejercicio de la libertad de expresión. En aplicación de este derecho, los tribunales federales de los Estados Unidos han señalado, por ejemplo, que la fotografía de un cantante no puede ser utilizada para anunciar pan sin el permiso de aquél, porque éste es un bien valioso en relación con el negocio publicitario;¹³⁸⁸ en tal sentido, se ha señalado que el uso abusivo de la imagen de una celebridad puede exponerla en exceso, reduciendo su valor publicitario.¹³⁸⁹ El reconocimiento del derecho a la imagen ha permitido a las personas un cierto grado de control sobre el uso que otros puedan hacer —particularmente con fines comerciales— de su apariencia, de la forma como corrientemente se les llama o identifica, del uso de su voz, o de la forma como ésta suena a los demás.

Quienes han alcanzado notoriedad gracias a su talento artístico, a sus habilidades deportivas o a sus conocimientos y habilidades en el campo de la medicina, la ciencia o la gerencia de sus negocios, pueden desear capitalizar para sí mismos el valor comercial de esa imagen o, por el contrario, pueden tener interés en que ella no trascienda de la esfera en

¹³⁸⁷ *Cfr.* “A Property Right in Self Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property”, *Yale Law Journal*, vol. 102, 1993, pp. 1556 y ss.

¹³⁸⁸ *Cfr.* *Flake v. Greensboro News Co.*, 195 S.E. 55, 64 (N.C. 1938).

¹³⁸⁹ *Cfr.*, en este sentido, Skold, Erin, “Title Match: Jesse Ventura and the Right of Publicity vs. The Public and the First Amendment”, *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 1, 2000, p. 114.

que han alcanzado el reconocimiento del público, protegiendo lo que quede de su vida privada. En principio, un tercero no tiene derecho a hacer uso de esa imagen, ya sea con o sin fines comerciales, simplemente porque su titular es una celebridad. No se trata solamente de proteger el valor comercial o publicitario de la imagen, protegiendo el fruto del esfuerzo individual y evitando el enriquecimiento ilícito, sino también protegiendo el daño emocional que se pueda causar al titular de esa imagen.

Sin embargo, en el caso de una figura pública, y particularmente de una figura política, resulta difícil establecer un adecuado equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho del individuo a los beneficios de la publicidad de su propio nombre o de su imagen; en este sentido, Erin Skold se ha preguntado hasta qué punto un personaje de la farándula que se ha dedicado a la política puede impedir el uso comercial de su nombre o de su imagen en una parodia.¹³⁹⁰ Incluso, respecto de las figuras públicas que no forman parte de la política, los tribunales federales de los Estados Unidos han señalado que el uso de la imagen de una celebridad en una parodia no simboliza solamente a la persona célebre, sino también una idea o un valor que el público asocia con esa persona célebre; de manera que, a juicio de la Corte del Décimo Circuito, lo último que necesitamos es una ley que prohíba burlarse de las figuras públicas.¹³⁹¹ En opinión del citado tribunal, la fama es una espada de doble filo, y sugiere que cuando se tiene la condición de personaje célebre hay que esperar una dosis de comentarios críticos.¹³⁹² De forma similar, la Corte del Noveno Circuito de los Estados Unidos ha señalado que la parodia, el humor y la irreverencia son componentes vitales del mercado de las ideas, y que la garantía constitucional de la libertad de expresión es incompatible con una ley que impida mofarse de las figuras públicas, o evocar su imagen en la mente del público.¹³⁹³

Por otra parte, incluso en el caso de un personaje público, el uso de la imagen de una persona puede plantear problemas particularmente delicados.

¹³⁹⁰ *Cfr.* “Title Match: Jesse Ventura and the Right of Publicity vs. The Public and the First Amendment”, *Minnesota Intellectual Property Review*, vol. 1, 2000, pp. 102 y ss.

¹³⁹¹ *Cfr.* *Cardtoons, L. C. v. Major League Baseball Players Ass'n*, 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996).

¹³⁹² *Idem.*

¹³⁹³ *Cfr.* *White v. Samsung*, 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993).

dos, especialmente si esa utilización puede incidir en otros derechos o intereses dignos de protección. Por ejemplo, si la prensa hubiera decidido publicar la fotografía de la princesa Diana mientras agonizaba entre los hierros retorcidos del carro en el que viajaba al momento de estrellarse en un túnel de París, tal circunstancia hubiera constituido una interferencia indebida no solamente con el derecho a la imagen de la princesa, sino que, una vez fallecida, con los derechos de sus familiares y herederos; pero, sobre todo, hubiera planteado problemas éticos igualmente importantes, en cuanto la publicación de esa fotografía probablemente pudiera también ser calificada como contraria a la moral pública.

En el caso *News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, un tribunal austriaco prohibió a una revista publicar la fotografía de una persona acusada en un procedimiento penal. El acusado había invocado la sección 78 de la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo número 1 dispone que la imagen de las personas no será exhibida públicamente ni difundida en ninguna otra forma que la haga accesible al público, cuando los legítimos intereses de la persona en cuestión puedan verse afectados. Sin embargo, el debate ante la Corte Europea de Derechos Humanos no se planteó en términos de protección del derecho a la imagen sino, más bien, del derecho a la privacidad, de la protección de la reputación de las personas, y de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial.¹³⁹⁴ El gobierno austriaco concedió que, en ciertas circunstancias, la publicación de una fotografía podía estar protegida por la garantía de la libertad de expresión, pero sostuvo que ése no era el caso si tal fotografía se publicaba en el contexto de un reportaje, sin que tuviera valor informativo en sí misma o en conexión con la información contenida en el reportaje.¹³⁹⁵ Por el contrario, la empresa periodística sostenía que la elección de la forma y los medios de comunicar la información correspondía a la persona que la transmitía, y que en el reportaje en cuestión el texto y las imágenes formaban una unidad protegida por la garantía de la libertad de expresión tanto en su integridad como en sus componentes individuales.¹³⁹⁶ Según la Corte Europea, al prohibir la publicación de la foto del acusado, los

¹³⁹⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case of *News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafos 16, 18, 20, 21 y 45.

¹³⁹⁵ *Ibidem*, párrafo 37.

¹³⁹⁶ *Ibidem*, párrafo 38.

tribunales nacionales fueron más allá de lo necesario para protegerlo de la difamación o de la violación de la presunción de inocencia; pero nada dijo de la protección de su imagen.¹³⁹⁷ En opinión del tribunal europeo, no corresponde a esa Corte ni a los tribunales nacionales sustituir las opiniones de la prensa por las suyas en cuanto a las técnicas de reportaje que deben adoptar los periodistas, pues el artículo 10 de la Convención Europea protege no sólo la sustancia de las ideas e informaciones, sino también la forma en que ellas se comunican. Por consiguiente, la Corte considera que la prohibición de publicar la fotografía de una persona acusada en un procedimiento criminal limita las opciones del medio de comunicación en cuanto a la forma de presentar su reportaje, y constituye una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión que, por su naturaleza, no es necesaria en una sociedad democrática.¹³⁹⁸ Para llegar a esta conclusión, el tribunal europeo tuvo en cuenta que los tribunales nacionales prohibieron a la empresa periodística publicar la fotografía del acusado en el contexto del procedimiento penal seguido en su contra independientemente de cuál fuera el texto que la acompañara. Además, los reportajes que dieron origen a dicha prohibición se escribieron como consecuencia de una serie de cartas explosivas que se habían enviado a políticos austriacos y a otras personas de relevancia, y que habían lesionado severamente a sus víctimas; estos ataques eran un asunto noticioso del mayor interés público, y los reportajes antes mencionados se referían a las actividades de la extrema derecha austriaca, a la que pertenecía el acusado, que había adquirido notoriedad pública por sus actividades extremistas mucho antes de la serie de cartas explosivas. Según la Corte, esos delitos estaban dirigidos a socavar las bases de la democracia, y las fotografías del acusado —con excepción de una foto de boda— no divulgaban ningún detalle de su vida privada.¹³⁹⁹

¹³⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 59.

¹³⁹⁸ *Ibidem*, párrafos 39, 40 y 60.

¹³⁹⁹ *Ibidem*, párrafos 53 y 54.

II. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD NACIONAL

Si hay alguno entre nosotros que desee disolver esta Unión o cambiar su forma republicana de gobierno, dejémosle perseverar sin molestarle, como un monumento a la seguridad con que la opinión errónea puede ser tolerada donde la razón es libre para combatirla.

Thomas JEFFERSON, en su discurso inaugural, del 4 de marzo de 1801, criticando la Ley de Sedición.

Cuando se trata de proteger la seguridad nacional, el poder de las palabras no puede ser menospreciado; durante la Segunda Guerra Mundial, parte del éxito de Hitler se debió a la máquina de propaganda montada por Goebbels. Comprendiendo el poder de las palabras en el marco de un conflicto armado, después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la consejera de seguridad nacional del gobierno de Estados Unidos, Condoleezza Rice, pidió a la cadena de televisión CNN que evitara la cobertura directa de los discursos de Osama Bin Laden emitidos por la cadena de televisión Al Yazira.¹⁴⁰⁰ Pero el mencionar estas circunstancias (que, por lo demás, previamente ya había sido utilizada en contra de los miembros del ejército republicano irlandés y del grupo separatista vasco ETA) no significa tomar partido a favor o en contra de una restricción de la libertad de expresión; sencillamente, pretende señalar el impacto que puede tener un mensaje en el marco de la seguridad nacional.

En el curso de la guerra fría, cuando a veces se justificaba la represión de las ideas con el pretexto de la amenaza que ellas podían implicar para la seguridad nacional, la respuesta de los sectores liberales solía ser que el remedio consistía en permitir más expresión y no en restringirla.¹⁴⁰¹ En realidad, las restricciones al acceso a la información, que van de la mano con el argumento de la seguridad nacional, son incompatibles con el ejercicio transparente del poder, chocan con la democracia como fundamento de la libertad de expresión, cierran el flujo de información que

¹⁴⁰⁰ *Cfr. El País*, Madrid, 21 de octubre de 2001, p. 23.

¹⁴⁰¹ *Cfr.*, por ejemplo, el voto concurrente de Louis Brandeis, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

debe haber de los representantes a los representados, y asumen que quienes controlan esa información tienen mayor discernimiento que el resto de los ciudadanos. Además, ese control de la información por parte de los agentes del Estado restringe sustancialmente la posibilidad de establecer responsabilidades penales, políticas o administrativas.

Llama la atención que en algunos textos constitucionales, como, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos, o la Constitución de Venezuela de 1961, no se haya previsto explícitamente la posibilidad de restringir la libertad de expresión cuando así lo requiera la protección de la seguridad nacional. Por el contrario, el lenguaje de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos parecería descartar completamente esta posibilidad. En el caso de “los papeles del Pentágono”, los jueces Black y Douglas señalaron que:

la palabra “seguridad” es una generalidad amplia y vaga cuyos contornos no deberían ser invocados para derogar una ley fundamental contenida en la primera enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos). El cuidado de secretos militares y diplomáticos a expensas de un gobierno representativo informado no proporciona una real seguridad para nuestra República. Los redactores de la primera enmienda, plenamente conscientes tanto de la necesidad de defender a nuestra nación como de los abusos de los gobiernos Inglés y Colonial, buscaron dar a esta nueva sociedad fuerza y seguridad, estableciendo que las libertades de expresión, prensa, religión y reunión no deberían ser derogadas.¹⁴⁰²

Sin duda, el régimen jurídico de la libertad de expresión contemplado en el derecho internacional de los derechos humanos se aparta de una conclusión tan radical como la sugerida por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y supedita su ejercicio, *inter alia*, a los intereses de la seguridad nacional. Pero, sin duda, incluso en los Estados Unidos, la seguridad nacional es un interés legítimo, que el Estado ciertamente debe tener en cuenta para mantener un sano equilibrio entre los derechos individuales y la seguridad de todos. En el caso de “los papeles del Pentágono”, en ausencia de una ley expresa que lo autorizara para restringir la libertad de expresión por razones de seguridad nacional, el gobierno de los Estados Unidos alegó que esta libertad no podía

¹⁴⁰² Opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

interpretarse en el sentido de hacer imposible el funcionamiento del aparato del Estado, o de impedirle proteger la seguridad de los Estados Unidos; en respuesta a este argumento, los jueces Douglas y Black indicaron que cualquier poder que pueda tener el gobierno en esta materia debe derivar de sus “poderes inherentes”, y señalaron que la facultad para conducir una guerra previamente declarada por el Congreso lleva implícita la facultad para conducir exitosamente la guerra.¹⁴⁰³ En el mismo sentido, según los jueces Stewart y White, es evidente que la conducción exitosa de las relaciones diplomáticas y el mantenimiento de una defensa nacional efectiva requieren de la confidencialidad y del secreto; otros países difícilmente podrían tratar con una nación en una atmósfera de confianza mutua, a menos que se les pueda garantizar la confidencialidad de la información recibida en tal carácter; además, dentro del propio gobierno sería imposible la formulación de una política exterior inteligente si los encargados de ella no pudieran comunicarse francamente y en confidencia; pero, en todo caso, en el ámbito de la defensa nacional, la frecuente necesidad de recurrir al secreto más absoluto sería evidente.¹⁴⁰⁴ Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, “es obvio e indiscutible que no hay ningún interés gubernamental más apremiante que la seguridad de la nación”.¹⁴⁰⁵ En opinión del citado tribunal, expresiones que difunden información secreta vital para la seguridad nacional claramente no estarían protegidas por la Constitución de los Estados Unidos pues, aunque ésta protege los derechos individuales, ella no es un pacto suicida.¹⁴⁰⁶ Recordando el caso de la bomba H,¹⁴⁰⁷ Lawrence Tribe ha observado que la ley no puede tratar de manera diferente el delito de quien vende una bomba a un grupo terrorista del acto de quien publica un manual para terroristas sobre cómo fabricar sus propias bombas a partir de las piezas de un viejo Volkswagen abandonado.¹⁴⁰⁸ El peligro está en que con demasiada frecuencia la seguridad nacional ha servido de pretexto

¹⁴⁰³ *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴⁰⁴ *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴⁰⁵ *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

¹⁴⁰⁶ *Idem*.

¹⁴⁰⁷ *Cfr. United States v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis. 1979), preliminary injunction, 28 de marzo de 1979.

¹⁴⁰⁸ *Cfr. American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, p. 837.

para la violación de los derechos humanos en gran escala, y, por supuesto, también para coartar la libertad de expresión y restringir el debate público.

A diferencia de la situación examinada en la sección anterior, en que el conflicto se plantea entre los derechos de un particular y la libertad de expresión de otro, en el presente caso estamos en presencia de un ejemplo típico de conflicto entre un derecho individual —la libertad de expresión— y los intereses del grupo social como un todo, reflejados en la necesidad de restringir la difusión de cierto tipo de información para preservar la seguridad nacional. En alguna medida, este conflicto es el resultado del choque de dos intereses públicos igualmente legítimos, y en cuya presencia la tarea esencial consiste en establecer un adecuado equilibrio entre la necesidad sentida por el Estado de restringir la libertad de expresión de los ciudadanos, ya sea ocultando cierto tipo de información o silenciando a algunos de los miembros del grupo social, y la aspiración de la opinión pública —sentida como necesidad en el marco de una sociedad democrática— de estar en posición de conocer y criticar todo lo que hace el gobierno, cuyo mandato deriva, precisamente, del pueblo.

1. El concepto de “seguridad nacional”

Refiriéndose a la “seguridad del Estado”, Stephen J. Del Rosso Jr. ha observado que durante mucho tiempo esta noción ha significado lo que los gobernantes deciden que signifique.¹⁴⁰⁹ Con lo anterior se está enfatizando el carácter vago e impreciso de un término que puede entenderse como sinónimo de otra expresión igualmente ambigua, como es la “seguridad nacional”; pero esta ambigüedad e imprecisión puede extenderse a otros conceptos estrechamente asociados a la noción de seguridad nacional, tales como la noción de “sedición”, que tradicionalmente también se ha interpretado en forma muy laxa. Los peligros que, en una sociedad democrática, encierra una interpretación demasiado amplia de estos conceptos, son evidentes; sin embargo, permítasenos la licencia de recordar que en 1792 el gobierno inglés reaccionó con firmeza ante la publicación

¹⁴⁰⁹ *Cfr.* “The Insecure State: Reflections on ‘the State’ and ‘Security’ in a Changing World”, *Daedalus, Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 124, spring 1995, p. 183.

de la segunda parte de los derechos del hombre, de Thomas Paine, obra que calificó como un panfleto “sedicioso”, y ese mismo día el fiscal general inició una acción judicial, por sedición, en contra de su autor.¹⁴¹⁰

Esa ambigüedad e imprecisión del concepto que comentamos permitió, por ejemplo, que durante la dictadura de Pinochet en Chile, el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibiera películas no solamente referidas a hechos ocurridos en Chile e imputables al régimen, como *Desaparecido (Missing)*, sino también películas como *Un violinista en el tejado* u *Holocausto*, que, no obstante las gestiones realizadas por diversas instituciones judías, hicieron de Chile el único país americano en el que no se pudieron exhibir,¹⁴¹¹ esa misma ambigüedad permitió que, por medio de los decretos núm. 324, del 17 de junio de 1985, y 5.720, del 16 de septiembre del mismo año, se prohibiera a los órganos periodísticos de ese país informar o comentar conductas descritas como terroristas, o actividades, acciones o gestiones de índole político-partidista.¹⁴¹² Esa misma ambigüedad es la que explica el culto por el secreto, latente en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de Venezuela, que señala que los documentos de cualquier naturaleza y otras informaciones relacionadas con la seguridad y defensa de la nación son de carácter secreto, y que su divulgación, suministro u obtención por cualquier medio ilegítimo constituyen delito. En estas circunstancias, no es improbable que, detrás del propósito explícito de proteger la seguridad nacional, pueda ocultarse una persecución por motivos ideológicos,¹⁴¹³ o simplemente el deseo de ocultar un delito cometido por los encargados de la administración del Estado.

En sintonía con la idea expresada por Del Rosso, en un estudio preparado para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la señora Erica-Irene A. Daes expresó su preocupación por el carácter amplio y ambiguo del concepto de “seguri-

¹⁴¹⁰ Aunque Paine logró huir a Francia, el proceso criminal iniciado en su contra proporcionó la oportunidad para que sir Thomas Erskine, que fungía como abogado de Paine, pronunciara un discurso histórico sobre la libertad de expresión.

¹⁴¹¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Washington, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1985, p. 230.

¹⁴¹² *Ibidem*, p. 221.

¹⁴¹³ Cfr. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos correspondiente a 1973*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1974, p. 29.

dad nacional”, estimando que éste no es suficientemente preciso como para servir de base a una limitación o restricción del ejercicio de ciertos derechos humanos, y que el mismo se presta para que algunos Estados puedan utilizarlo para justificar limitaciones o restricciones inmoderadas.¹⁴¹⁴ Pero si bien es cierto que cada Estado puede tener su propia noción de lo que constituye una amenaza a su seguridad nacional, es función del derecho internacional de los derechos humanos definir los criterios que permiten subordinar el ejercicio de la libertad de expresión (o de otros derechos humanos) a la necesidad de preservar ese interés legítimo; asimismo, también es función del derecho internacional establecer un concepto uniforme de lo que —para estos efectos— debe entenderse por seguridad nacional y de su relación con ideas afines, tales como los conceptos de “interés nacional” o de “seguridad del Estado”.

En sentido estricto, por “seguridad nacional” puede entenderse la necesidad de preservar la existencia misma del Estado y de sus instituciones; en un sentido más amplio, la noción de seguridad nacional puede comprender todo lo que amenace la vida de la nación, así como la estructura fundamental de sus instituciones sociales. Desde este punto de vista, como la “seguridad nacional” y la “seguridad del Estado” son coincidentes, Daniel Hugo Martins ha sostenido que esta expresión —seguridad del Estado— implica una grave amenaza a la integridad o existencia de cualquiera de los tres elementos constitutivos del Estado: su población, su territorio, o lo que él denomina su orden legal.¹⁴¹⁵ En sentido coincidente, según Hernán Montealegre, la seguridad del Estado es la de la totalidad de los elementos que lo componen; de manera que “un Estado es seguro cuando cada uno de sus elementos integrantes lo es. Para el territorio, su seguridad consiste en su *integridad*, para el gobierno, en su *estabilidad*, para los habitantes, en la *intangibilidad* de sus derechos humanos fundamentales”.¹⁴¹⁶ Asimismo, Montealegre ha observado que las amenazas a la seguridad del Estado pueden provenir del exterior o del in-

¹⁴¹⁴ *Cfr. La libertad del individuo ante la ley: análisis del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1990, párrafo 227, p. 136.

¹⁴¹⁵ *Cfr. Martins, Daniel Hugo, “The Protection of Human Rights in Connection With the Suspension of Guarantees or ‘State of Siege’”, en The Organization of American States and Human Rights: 1960-1967*, Washington, Organization of American States, 1972, p. 153.

¹⁴¹⁶ Montealegre, Hernán, *La seguridad del Estado y los derechos humanos*, Santiago, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, p. 7.

terior del Estado, y que estas últimas pueden ser generadas por la insurrección que proviene desde la base, o por amenazas que provienen desde la cúpula del poder estatal, y que se expresan en la violación de los derechos humanos de sus habitantes.¹⁴¹⁷ Por el contrario, en los Principios de Siracusa¹⁴¹⁸ se confiere a la seguridad nacional un carácter más limitado, indicando que ésta sólo se puede invocar para justificar las medidas que restrinjan ciertos derechos humanos —incluida la libertad de expresión— “cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza”.¹⁴¹⁹ Para que no haya lugar a dudas, en este documento se señala que “no se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público”.¹⁴²⁰ Además, de acuerdo con la idea expresada por Montealegre, se subraya la relación que existe entre el respeto de los derechos humanos y la seguridad nacional, afirmando que la violación sistemática de los primeros socava la seguridad nacional, y que un Estado que sea responsable de violaciones de este tipo no puede invocar la seguridad nacional para justificar medidas encaminadas a suprimir la oposición a dichas violaciones, o para imponer prácticas represivas contra su población.¹⁴²¹

En lo que concierne al alcance de esta expresión, es importante señalar que la Convención Europea de Derechos Humanos distingue entre la “seguridad nacional” y la “integridad territorial”; en nuestra opinión, aun cuando ni el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni el de la Convención Americana mencionan la “integridad territorial”, ella queda subsumida en la noción más amplia de “seguridad nacional”, en cuanto la primera es parte integrante de la segunda. En cambio, no se puede decir lo mismo del concepto de interés nacional al que a veces también se

¹⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 6.

¹⁴¹⁸ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*, párrafo 29.

¹⁴²⁰ *Ibidem*, párrafo 30.

¹⁴²¹ *Ibidem*, párrafo 32.

hace referencia; en efecto, este último es mucho más amplio que el de seguridad nacional y está referido no sólo a los intereses vitales que afectan la existencia misma de la nación o del Estado, sino también a intereses menos apremiantes que los protegidos por la seguridad nacional.¹⁴²²

Por otra parte, si tradicionalmente la seguridad nacional (o la seguridad del Estado) tenía una connotación eminentemente militar, asociada a la “defensa nacional”, y orientada a la protección del Estado de las amenazas armadas provenientes del exterior, en las últimas décadas ella ha incorporado elementos no militares, tales como el acceso a determinados recursos económicos,¹⁴²³ e incluso la protección del medio ambiente,¹⁴²⁴ y doctrinas (como la doctrina de la seguridad nacional) que sugieren su necesidad de preservarla no sólo de amenazas externas, sino también del riesgo de la subversión interna, presentándola como una versión moderna de la “razón de Estado”, y asumiendo que ella se superpone al Estado de derecho.

A pesar del uso abusivo que se ha hecho de esta noción, particularmente en el continente americano, hasta el presente ni el Comité de Derechos Humanos ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de las disposiciones que permiten restringir la libertad de expresión de acuerdo con la seguridad nacional. En todo caso, en el contexto del derecho de los derechos humanos la expresión “seguridad nacional” debe interpretarse de manera muy estricta, y suficientemente precisa como para impedir que se le aplique arbitrariamente; ella sólo puede invocarse para restringir la libertad de expresión cuando exista una verdadera amenaza al Estado como tal, excluyendo el uso caprichoso de la misma. A juicio de Türk y Joinet, la seguridad nacional no se puede invocar como motivo para imponer sanciones con el único objetivo de prevenir amenazas de carácter local o relativamente aisladas contra la ley y el orden.¹⁴²⁵ Desde luego, esto supone la existencia de mecanismos idóneos de control, tanto de carácter

¹⁴²² Tales como la confidencialidad de una negociación diplomática, o de una decisión sobre control de divisas que se ha de adoptar en el futuro inmediato.

¹⁴²³ *Cfr.* McNamara, Robert, *The Essence of Security: Reflections in Office*, Nueva York, Harper and Row, 1968.

¹⁴²⁴ *Cfr.* Brown, Lester, *Redefining National Security*, World Watch Institute Paper núm. 14, Washington, 1977.

¹⁴²⁵ *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 77.

político como judicial, que permitan evitar que esa noción se utilice como pretexto para combatir a quienes disienten del gobierno, o que se le invoque para aplicar medidas que restrinjan la libertad de expresión de manera absolutamente desproporcionada. Pero, como quiera que sea, ni la seguridad nacional ni ningún otro tipo de consideraciones permite suprimir la libertad de expresión, o restringirla en mayor medida que la permitida por el derecho internacional.

2. La relación de la seguridad nacional con el orden público

La noción de sedición, en la forma previamente descrita, sugiere una conexión muy estrecha entre la “seguridad nacional” y el “orden público”. El discurso sedicioso puede, obviamente, incitar a la violencia y provocar alteraciones del orden público; además, en ambos casos lo que está en juego es un interés social prevaleciente, que permite restringir la libertad de expresión en aras del bien común.

Sin embargo, se trata de dos nociiones jurídicas que difieren en sus propósitos y en sus relaciones con el contenido y la forma del discurso. En efecto, mientras las restricciones basadas en el “orden público” intentan preservar la paz social, aquellas que se fundan en la “seguridad nacional” procuran preservar la existencia misma del Estado; mientras el orden público permite restringir el discurso en sus aspectos adjetivos sin afectar el contenido del mensaje, la seguridad nacional apunta a recortar el contenido mismo del discurso; mientras la protección de la seguridad nacional tiene un carácter absoluto, la preservación del orden público es relativa en cuanto a la oportunidad y a la naturaleza de las medidas que puede requerir.

Son precisamente estas diferencias las que han llevado a que en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que hemos venido comentando se haga referencia a ambos aspectos —la seguridad nacional y el orden público— como factores que pueden justificar restringir el ejercicio de la libertad de expresión. Incluso, en el caso De Becker, la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos parece haber confundido las nociiones de seguridad nacional y seguridad pública. Este caso se refería a un periodista belga que en 1946 había sido condenado por haber colaborado con las tropas de ocupación alemanas durante la Segunda Guerra Mundial, y a quien, de acuerdo con el Código Penal belga,

se le había privado de por vida del ejercicio de ciertos derechos, incluyendo el derecho a participar en la administración, edición, publicación o distribución de un periódico, o de cualquier otra publicación. En su informe sobre este caso, la Comisión señaló que las disposiciones del Código Penal Belga, “en cuanto ellas afectan la libertad de expresión, no estaban completamente justificadas de acuerdo a la Convención, ya sea que ellas fueran consideradas en cuanto sanciones o como medidas preventivas en interés de la seguridad pública”.¹⁴²⁶

3. El ámbito de aplicación de este tipo de restricciones

Un aspecto que no podemos dejar de mencionar concierne a la relación de esta restricción de la libertad de expresión, incorporada en la regulación misma del derecho que nos ocupa, y el derecho del Estado a suspender temporalmente el ejercicio de los derechos humanos en caso de circunstancias excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación,¹⁴²⁷ o en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.¹⁴²⁸ En realidad, para recurrir a esta restricción el Estado no necesita estar atravesando circunstancias tan excepcionales como las previamente referidas; basta que, en un régimen de plena vigencia de los derechos humanos, el mensaje que se pretende restringir constituya una amenaza para la seguridad nacional. Sin embargo, hay que subrayar que tal situación se presentará, de modo apremiante, en aquellos casos en que el Estado esté, en efecto, pasando un momento de crisis de tal envergadura que haya debido suspender temporalmente el ejercicio de los derechos humanos. La guerra es, en este sentido, el ejemplo más pertinente, aunque no el único, que justifica restringir la libertad de expresión en aras de la seguridad nacional.

Por otra parte, las dimensiones que puede adquirir la restricción de la libertad de expresión en caso de conflictos armados plantea dificultades prácticas que escapan a un marco puramente normativo. Por ejemplo, en el caso de la guerra del golfo pérsico, algunos de esos problemas parecen

¹⁴²⁶ Yearbook 5, p. 326, citado por Jacobs, Francis, *The European Convention on Human Rights*, p. 152. Nótese, sin embargo, que la referencia que se hace en la Convención Europea es a la noción de “seguridad pública” y no precisamente a la “seguridad nacional”.

¹⁴²⁷ Cf. el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴²⁸ Cf. el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

haberse resuelto mediante negociaciones celebradas entre el Departamento de Defensa de los Estados Unidos y las principales agencias noticiosas, que condujeron a un acuerdo sobre el nivel necesario de restricciones a la libertad de prensa durante los conflictos armados.¹⁴²⁹

En este punto, lo que nos interesa destacar es que, si bien la seguridad nacional se verá especialmente afectada en aquellas situaciones excepcionales que autorizan al Estado a suspender los derechos humanos, la libertad de expresión también se puede restringir en casos que no revistan una situación excepcional de las previstas en los instrumentos internacionales que comentamos, pero que, no obstante, impliquen una amenaza inminente, y suficientemente demostrada, para la seguridad nacional.

Curiosamente, el artículo 214 de la Constitución de Colombia dispone que durante los estados de guerra o de conmoción interior no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales; asimismo, llama la atención que, entre los derechos que pueden suspenderse en caso de emergencia, y que están enunciados en el artículo 137, núm. 1, de la Constitución del Perú, no figura la libertad de expresión. Similarmente, en el artículo 337 de la nueva Constitución de Venezuela¹⁴³⁰ se señala que el presidente de la República podrá decretar el Estado de excepción en circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la nación, pudiendo restringir temporalmente las garantías constitucionales, salvo, *inter alia*, el derecho a la información; sin embargo, en abierta contradicción con la disposición antes citada, en la recientemente promulgada Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el artículo 209 de la misma dispone que, “hasta tanto se dicte la ley correspondiente, el Ejecutivo Nacional podrá, cuando lo juzgue conveniente a los intereses de la Nación, o cuando así lo exigiere el orden público o la seguridad, suspender la transmisión de comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones”.

¹⁴²⁹ 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 2.

¹⁴³⁰ Aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y promulgada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* del 30 de diciembre de 1999. Hay una nueva versión, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con fecha 24 de marzo de 2000, supuestamente por instrucciones de la Asamblea Nacional Constituyente (que ya había cumplido su cometido y que para esa fecha ya no estaba en funciones) en cuyo encabezado se indica que “se reimprime por error material del ente emisor”, y en la que se incluyen elementos que no fueron sometidos al referéndum del 15 de diciembre de 1999.

A. El alcance limitado de las restricciones basadas en esta noción

En cuanto circunstancia que permite restringir la libertad de expresión, la protección de la seguridad nacional busca controlar el *contenido* del discurso, impidiendo la difusión de informaciones o ideas que puedan resultar lesivas para la misma, o impidiendo el acceso a dichas informaciones o ideas. Pero si bien esta noción corresponde a lo que ha sido la práctica tradicional de los Estados, y aunque ella es compatible con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Europea de Derechos Humanos, ella no es compatible con la prohibición absoluta de la censura previa contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; por consiguiente, en los países partes en este instrumento regional, las necesidades de la seguridad nacional deben interpretarse teniendo en cuenta el lugar preferente que la Convención Americana atribuye a la libertad de expresión en una sociedad democrática, desestimando que ésta pueda ser objeto de censura por cualquier causa, y considerándola como uno de los factores que, sin embargo, pueden dar origen a responsabilidades ulteriores.¹⁴³¹

Sin duda, la naturaleza de las restricciones a que puede dar lugar la necesidad de proteger la seguridad nacional es muy variada. Es un hecho público y notorio que mientras duró la guerra fría los países de Europa del este restringían las posibilidades de salir al exterior de sus ciudadanos, con lo cual indirectamente evitaban que éstos criticaran a sus gobiernos, y que eventualmente pudieran proporcionar a los países occidentales información sensible para la seguridad nacional. Pero esta práctica tampoco ha sido ajena a otros países. En la década de los años 50, Estados Unidos también se negaba a otorgar un pasaporte para viajar al exterior a quienes se negaran a declarar sobre sus convicciones políticas, o sobre sus posibles lazos o conexiones con organizaciones comunistas;¹⁴³² asimismo, en diciembre de 1979 el secretario de Estado de Estados Unidos revocó el pasaporte de Philip Agee, un ex agente de la CIA que previamente, en una conferencia de prensa, había anunciado el inicio de su campaña para combatir a la CIA en cualquier sitio en que estuviera operando, y que había reclutado colaboradores a quienes había

¹⁴³¹ En realidad, la única excepción que admite la posibilidad de censura previa es la referida a los espectáculos públicos, con objeto de “regular el acceso a ellos” para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

¹⁴³² *Cfr.* *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958).

entrenado en técnicas clandestinas para identificar a los agentes de la CIA en el exterior.¹⁴³³

Incluso en caso de conflictos armados no se puede invocar la seguridad nacional para ocultar los horrores de la guerra, o para esconder los errores o abusos que se puedan cometer en el curso de la misma. Una cosa es impedir la difusión de información que pueda poner en peligro a las tropas, o divulgar los planes de guerra, y otra es pretender impedir que se informe, o que se opine, sobre las operaciones militares y el efecto de ellas sobre la población civil. Sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores a que pueda haber lugar, tampoco parece razonable que con el pretexto de combatir el terrorismo se impida la difusión de mensajes provenientes de grupos terroristas, como se ha hecho con la ETA en España,¹⁴³⁴ el IRA en Inglaterra, y más recientemente, luego del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas de Nueva York, con la sugerencia de que la consejera de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, Condolezza Rice, hiciera a la cadena CNN, en el sentido de no brindar cobertura directa a Osama Bin Laden.¹⁴³⁵ Pero el hecho de que Goebbels haya dirigido la maquinaria de propaganda del Tercer Reich, o que los líderes de un grupo terrorista puedan utilizar los medios de comunicación para transmitir sus mensajes ideológicos, no justifica pretender silenciar al enemigo, e impedir a los demás el acceso a informaciones, opiniones e ideas de todo tipo.

En términos generales, todas las restricciones a la libertad de expresión pueden manifestarse ya sea en una censura, previa al discurso, o en una sanción posterior. Pero si en otros casos el conflicto entre la libertad de expresión y algún otro derecho o interés social prevaleciente puede ser resuelto *a posteriori*, sancionando las expresiones inconvenientes o lesivas para el bien jurídico que se desea preservar, cuando está amenazada la seguridad nacional, habrá que convenir en la necesidad de actuar *antes* de que —a través de alguna forma de expresión— se pueda producir algún daño irreparable a los intereses o a la subsistencia misma del

¹⁴³³ *Cfr.* *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

¹⁴³⁴ En febrero de 2001, el presidente de la comunidad de Madrid destituyó al director general del ente público Radiotelevisión de Madrid, Telemadrid, por haber difundido un reportaje sobre el conflicto en el país Vasco, en el que se recogían las opiniones de personajes de diversos sectores sociales y partidos políticos, incluido EH, señalado como el brazo político de ETA.

¹⁴³⁵ *Cfr.* *El País* de Madrid, 21 de octubre de 2001, p. 23.

Estado. Esto no puede ser de otra manera, puesto que el concepto de seguridad nacional implica intereses vitales del Estado que —una vez comprometidos— difícilmente podrían ser restaurados mediante una mera sanción posterior.

Por otra parte, en ese adecuado equilibrio que debe procurarse entre la libertad de expresión y la protección de la seguridad nacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la pertinencia de cualquier interferencia con la libertad de expresión debe examinarse en el contexto de la función esencial que le corresponde a la prensa en el adecuado funcionamiento de la democracia política; porque si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites para la protección de intereses vitales del Estado, tales como la seguridad nacional o la integridad territorial, a la prensa le corresponde la función de impartir informaciones e ideas sobre asuntos de interés político, incluso si ellos tienden a dividir a la población.¹⁴³⁶

B. El discurso sedicioso como amenaza a la seguridad nacional

Uno de los casos en que tradicionalmente se ha restringido la libertad de expresión con el pretexto de la seguridad nacional es el relativo a publicaciones o expresiones consideradas subversivas o sediciosas, entendiendo por éstas —en un sentido amplio— aquellas que tienden a promover la rebelión en contra de las autoridades del Estado. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la mera promoción del derrocamiento por la fuerza de un gobierno, como un principio abstracto, es un mensaje que goza de inmunidad, por lo que no puede ser objeto de un procedimiento penal;¹⁴³⁷ pero la actividad de quien tiene el conocimiento culpable y la intención de derrocar al gobierno por medio de la violencia puede ser objeto de un procedimiento penal.¹⁴³⁸

En el derecho inglés, la sedición se ha definido como el

delito de publicar, verbalmente o en otra forma, cualquier palabra o documento con la intención de provocar descontento, odio o desprecio en contra del soberano, el gobierno o la constitución del reino, o cualquiera de

¹⁴³⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 58.

¹⁴³⁷ *Cfr.* *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

¹⁴³⁸ *Cfr.* *Scales v. United States*, 367 U.S. 203 (1961).

las cámaras del parlamento, o de la administración de justicia, o incitar a los súbditos de Su Majestad a intentar, por medios no legales, la alteración de cualquier asunto en la iglesia o el Estado, o a estimular sentimientos de mala voluntad y hostilidad entre diferentes clases de súbditos de Su Majestad.¹⁴³⁹

Independientemente de su caracterización sistemática como práctica que atenta en contra de la seguridad nacional, nos parece que una interpretación tan amplia del discurso sedicioso es absolutamente incompatible con el derecho de los derechos humanos y que muchos de los aspectos que ella supone son perfectamente tolerables en una sociedad democrática, sin que se pueda afirmar que el discurso sedicioso constituye, necesariamente, una amenaza para la supervivencia de esa sociedad. En realidad, si tomamos como punto de referencia lo que se entiende por sedición en el derecho inglés, se podrá advertir que, aunque no excluye absolutamente el discurso político —con la excepción de incitar a la alteración de las instituciones del Estado por medios no legales— casi todo lo demás que allí se sanciona comprende aspectos que forman parte esencial del debate público y del derecho a disentir en el marco de una sociedad democrática, y que, por lo tanto, no pueden sustraerse de las formas de expresión protegidas.

C. La propaganda separatista

Otro elemento central de la seguridad nacional es el relativo a la preservación de la integridad del Estado, tanto en lo que se refiere a su territorio como a la población. Como ya se ha señalado, a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos ha disociado estos dos elementos, refiriéndose por separado a la seguridad nacional y a la “integridad territorial”. La restricción que comentamos encontró aplicación en el caso *Sürek and Özdemir v. Turkey*, en que se había condenado penalmente al principal accionista de la empresa propietaria de una revista y al editor de la misma por difundir

¹⁴³⁹ *State v. Shepherd*, 177 Mo. 205, 76 S.W. 79, 99 Am. St. Rep. 624, citado por el *Black's Law Dictionary*, 4a. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1968, p. 1523.

una entrevista en la que, entre otras cosas, se hacía referencia a una porción del territorio de Turquía como Kurdistán, se señalaba que los ciudadanos turcos de origen kurdo formaban una sociedad separada, y se pedía la independencia de Kurdistán. La Corte Europea de Derechos Humanos no tuvo inconveniente en caracterizar esta situación como una que requería la adopción de medidas necesarias para proteger, *inter alia*, la seguridad nacional y la integridad territorial de Turquía.¹⁴⁴⁰

4. Las condiciones operativas de esta restricción

En cuanto concierne a poner en la balanza los derechos del individuo frente a los más altos intereses de la sociedad en su conjunto, restringiendo legítimamente la libertad de expresión en aras de la seguridad nacional, la autoridad del Estado es indiscutible; sin embargo, el que alguna forma de expresión pueda servir de instrumento para revelar secretos de Estado o información confidencial no justifica, por sí sola, el que la libertad de expresión deba ser sacrificada y someterse a las demandas de la seguridad nacional, en ausencia de un daño o amenaza efectiva a la misma.

Desde luego, como lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Near v. Minnesota*, parece difícil cuestionar el derecho del Estado a impedir, en tiempo de guerra, la publicación de la fecha de zarpe de su flota, el número de sus transportes militares, o la ubicación de sus tropas.¹⁴⁴¹ Sin embargo, incluso en tiempo de guerra no siempre es evidente que la difusión de alguna idea o información pueda traducirse en una lesión o amenaza a la seguridad del Estado; pero, aun en el evento de que se logre establecer tal lesión o amenaza, si ella no es suficientemente significativa y directa, ella no justifica una restricción de la libertad de expresión. El criterio expuesto por dicho tribunal se remonta a decisiones adoptadas en el curso de la Primera Guerra Mundial, y en las cuales el juez Holmes, hablando en nombre de la Corte, sugirió que en cada caso había que determinar si las palabras utilizadas en esas circunstancias eran de tal naturaleza como para crear un “peligro claro y presen-

¹⁴⁴⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 17 y 51.

¹⁴⁴¹ *Cfr.*, en este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

te” —entendido como una cuestión de grado y de proximidad—, y de que ellas se traducirán en un daño sustancial que el Congreso tiene el derecho de evitar.¹⁴⁴² En el caso en cuestión, un grupo de personas habían sido condenadas por conspirar para violar la Ley de Espionaje, la cual prohibía obstaculizar el proceso de reclutamiento, o promover la insubordinación en las fuerzas armadas; si bien los acusados habían distribuido una circular a los reclutas, en la que, en un lenguaje apasionado, señalaban que el reclutamiento militar era inconstitucional, e invitaban a los reclutas a hacer valer sus derechos; aunque el gobierno no alegó que esa circular de hecho había interferido con el esfuerzo bélico, lo que quedaba por determinar —como cuestión de hecho— era si esa circular, por sí sola, era suficiente para interferir con el esfuerzo bélico.¹⁴⁴³ En casos posteriores, particularmente en *Abrams v. United States*, el juez Holmes insistió en el peligro de consecuencias inmediatas como condición para que el Estado pudiera legítimamente restringir la libertad de expresión.¹⁴⁴⁴ En opinión de Lawrence Tribe, la ambigüedad en el lenguaje del juez Holmes, que fue quien articuló la sentencia de la Corte en el caso de *Schenck*, pero que no aplicó el mismo criterio en el caso de *Abrams*, podía explicarse cínicamente argumentando que la expresión está protegida a condición de que no sea efectiva; en este sentido, Tribe recuerda que, según Holmes, lo que estaría protegido incluiría “el panfleto tonto publicado por un hombre desconocido”, y “los pobres y pequeños (mensajes) anónimos”, demasiado insignificantes como para cambiar el color tornasol del papel de la ley.¹⁴⁴⁵ En todo caso, lo que Holmes sugiere es que la restricción de la libertad de expresión sólo se justifica en circunstancias en que las palabras desatan una acción sin dejar tiempo para la respuesta;¹⁴⁴⁶ en el mismo sentido, el juez Brandeis afirma que ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que el peligro que amenace sea tan inminente que pueda materializarse antes de que haya oportunidad para una plena discusión, porque si hay tiempo para exponer el peligro de un daño mediante la discusión, el

¹⁴⁴² *Cfr. Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁴⁴³ La Corte encontró que el jurado había actuado “razonablemente” al determinar que la circular distribuida por Schenck y sus compañeros podía persuadir a los reclutas de negarse a cumplir con su deber.

¹⁴⁴⁴ *Cfr.* su opinión disidente en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

¹⁴⁴⁵ *Cfr. American Constitutional Law*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 843 y ss.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 844.

remedio a aplicar es más expresión y no un silencio impuesto por el Estado.¹⁴⁴⁷ En todo caso, es importante subrayar que en *Gitlow v. New York* y en *Whitney v. California*, la Corte Suprema de los Estados Unidos se apartó considerablemente de la doctrina del peligro claro y presente, diciendo que su único propósito era señalar el punto en el cual la expresión cruzaba la línea de los mensajes inocuos y la tentativa de cometer un acto criminal prohibido sin referencia al contenido de un mensaje; en ambos casos, la Corte sostuvo que las leyes que sancionaban como delito la apología de la anarquía y del sindicalismo formaban parte de los poderes de policía de los Estados federados, y que ellas estaban razonablemente relacionadas con el fin de garantizar la seguridad del Estado.¹⁴⁴⁸

Sin embargo, a pesar de constituir una barrera al ejercicio del poder del Estado, el juez William Douglas sostiene que el criterio del “peligro claro y presente” muestra lo fácil que éste puede ser manipulado para aplastar el derecho fundamental de los hombres libres a luchar por mejores condiciones y nuevas instituciones mediante el diálogo y el discurso, y afirma que incluso en tiempo de guerra es dudoso que el mismo sea compatible con la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹⁴⁴⁹

A. La gravedad de la amenaza

En último término, es indispensable demostrar la “necesidad” de la restricción que se pretende aplicar, en cuanto la divulgación de dicha información podría causar un “daño” o un “peligro” para la seguridad del Estado que, por su intensidad, y puesto en la balanza con la libertad de expresión, no debería ser tolerado. En cuanto se refiere al empleo de métodos ilícitos, tales como el uso de dispositivos electrónicos para captar conversaciones, ingreso y registros no autorizados de oficinas o residencias, asesinato o secuestro de dirigentes políticos o sindicales, infiltración de movimientos políticos o sociales con agentes provocadores, participación en actividades subversivas en el exterior, actividades destinadas a derrocar gobiernos extranjeros, planes para asesinar a algún jefe de Estado de otra nación, etcétera, son todos asuntos que —una vez des-

¹⁴⁴⁷ *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

¹⁴⁴⁸ *Cfr.* *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), y *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

¹⁴⁴⁹ *Cfr.* su opinión concurrente en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

cubiertos—, en una sociedad verdaderamente democrática no pueden ser silenciados. Incluso, si alguno de tales métodos cuenta con el aval de la ley, dicho asunto debería ser objeto de discusión pública, en cuanto se refiere a su legitimidad y conveniencia, y —licitamente— debería poder ser denunciado como inmoral, conjuntamente con la sabiduría de la ley que autorizó dichos métodos. Pero sólo una mente totalitaria puede sostener, peregrinamente, que la discusión de tales asuntos puede lesionar la seguridad nacional.

En el caso *Haig v. Agee*, en que un agente de la CIA había iniciado una campaña para denunciar y exponer ante el público a los agentes de la CIA radicados en el exterior, para lo cual había viajado intensamente por diversos países, poniendo en peligro la vida de las personas así identificadas,¹⁴⁵⁰ la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó el argumento esgrimido por el secretario de Estado para revocarle el pasaporte, debido a que las actividades en el exterior del señor Agee estaban causando, o probablemente causarían, daños severos a la seguridad nacional o a la política exterior de los Estados Unidos.¹⁴⁵¹ Según el tribunal, la información divulgada por el señor Agee —identificando fuentes de información necesarias para la seguridad nacional de los Estados Unidos— tenía, entre otras cosas, el propósito declarado de interferir con las operaciones de inteligencia de la CIA y con su reclutamiento de personal.¹⁴⁵² Aparentemente, la crisis desatada en la embajada de los Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979, con la consiguiente toma de rehenes entre los cuales había numerosos agentes diplomáticos, algunos de los cuales se sostenería, por sus captores, que eran agentes de la CIA, proporcionó el impulso definitivo para la revocación del pasaporte del señor Agee, quien había estado en contacto con los captores y había ofrecido viajar a Teherán para analizar los documentos disponibles.

En estrecha relación con este punto, la aplicación de sanciones exageradamente rigurosas tampoco se justifica, en aras de la seguridad nacio-

¹⁴⁵⁰ En diciembre de 1975, Richard Welch fue asesinado en Grecia, luego de que un periódico de Atenas lo identificara como el jefe de la Estación de la CIA en ese país. En julio de 1980, dos días después de que los colaboradores de Agee identificaran, en una conferencia de prensa, a Richard Kinsman como jefe de la Estación de la CIA en Jamaica, su casa fue objeto de un ataque con armas de fuego, el cual debió ser repelido por la policía. Asimismo, en enero de 1981, dos estadounidenses identificados como agentes de la CIA en uno de los libros de Agee fueron asesinados en El Salvador.

¹⁴⁵¹ *Cfr. Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

¹⁴⁵² *Idem.*

nal, si ellas no son absolutamente necesarias para la preservación de la misma. En 1956, aunque sin hacer referencia a la seguridad nacional, sino a la seguridad pública, la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular en el caso De Becker, subrayando la necesidad de que hubiera una cierta proporción entre el daño que se quería evitar y la naturaleza de la restricción aplicada a la libertad de expresión. Raymond De Becker era un periodista belga, que en 1946 había sido condenado a muerte por haber colaborado con las tropas de ocupación alemanas durante la Segunda Guerra Mundial, en su condición de editor del periódico belga *Le Soir*, y a quien posteriormente le fue commutada la pena de muerte; sin embargo, al momento de dictarle la sentencia, de acuerdo con el Código Penal belga, también se le había privado —de por vida— del ejercicio de ciertos derechos, y, en particular, del derecho a participar en la administración, edición, publicación o distribución de un periódico o de cualquier otra publicación. En su informe sobre este caso, la Comisión señaló que las disposiciones del Código Penal belga, “en cuanto ellas afectan la libertad de expresión, no estaban completamente justificadas de acuerdo a la Convención, ya sea que ellas fueran consideradas en cuanto sanciones o como medidas preventivas en interés de la seguridad pública”.¹⁴⁵³

Por otra parte, la gravedad de la amenaza a la seguridad nacional —y la consiguiente necesidad de preservarla adoptando medidas que puedan interferir con el ejercicio de la libertad de expresión— debe ser apreciada en su contexto. En este sentido, en el caso *Sürek and Özdemir v. Turkey*, en que se había condenado penalmente al principal accionista de la empresa propietaria de una revista y al editor de la misma por difundir una entrevista en la que se hacía referencia a una porción del territorio de Turquía como Kurdistán, se señalaba que los ciudadanos turcos de origen kurdo formaban una sociedad separada, se denunciaba que Turquía expulsaba a los kurdos de sus aldeas y los masacraba, se hacía la apología del terrorismo kurdo, y se pedía la independencia de Kurdistán, la Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta lo sensible de la situación de seguridad en el sudeste de Turquía y la necesidad para las autoridades turcas de estar alerta ante cualquier situación que pudiera agregar nuevos

¹⁴⁵³ *Yearbook 5*, p. 326, citado por Jacobs, Francis, *The European Convention on Human Rights*, p. 152. Nótese, sin embargo, que la referencia es a la “seguridad pública” y no a la “seguridad nacional”.

elementos para la violencia, consideró que las medidas tomadas por el Estado lo habían sido, *inter alia*, con el propósito de proteger la seguridad nacional y la integridad territorial de Turquía.¹⁴⁵⁴

Plegándose a la doctrina del peligro claro y presente enunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de acceso a la información sólo admite limitaciones excepcionales, que deben estar establecidas por la ley para el caso de que exista un “peligro real e inminente” que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.¹⁴⁵⁵

B. *La inminencia del daño que se anuncia*

Admitiendo la validez del argumento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Near v. Minnesota*,¹⁴⁵⁶ debe observarse que ese alto tribunal ha expresado serias reservas en torno al concepto mismo de “seguridad nacional” y a su justificación para restringir la libertad de expresión. En efecto, en el caso relativo a los documentos clasificados relacionados con la política de Estados Unidos en Viet Nam y el proceso de toma de decisiones en ese conflicto —conocido como el caso de “los papeles del Pentágono”—, que llegaron a poder del *The New York Times* y del *Washington Post*, y cuya publicación el gobierno de Estados Unidos procuraba evitar, la Corte reiteró una decisión anterior suya, indicando que “cualquier sistema de censura previa llega a este Tribunal arrastrando una fuerte presunción en contra de su validez constitucional”,¹⁴⁵⁷ y señaló que era al gobierno a quien le correspondía el peso de la prueba en cuanto a demostrar que tal restricción de la libertad de expresión se encontraba justificada, lo cual no habría logrado probar en dicho proceso.¹⁴⁵⁸ Esa ausencia de un daño inminente fue igualmente rechazada por los jueces Douglas y Black, quienes observaron que había en existencia numerosas copias de esos documentos, sin ninguna custodia aparente,

¹⁴⁵⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 17 y 51.

¹⁴⁵⁵ *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, párrafo 4 de la parte declarativa.

¹⁴⁵⁶ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

¹⁴⁵⁷ *Bantam Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70 (1963).

¹⁴⁵⁸ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

que el presidente de la República había enviado un juego de esos documentos al Congreso, y que, por lo tanto, ya había una amplia distribución de esos documentos, lo cual los hacía públicos y no secretos.¹⁴⁵⁹ A juicio de los jueces Stewart y White, que también concurrieron en la opinión de la Corte en este caso, el gobierno estaba en lo correcto al sostener que la publicación de los papeles del Pentágono podría afectar el interés nacional; pero no se podía afirmar que la difusión de *cualquiera* de ellos resultaría en un *daño directo, inmediato e irreparable* para la nación o su pueblo, y, en su opinión, ésta era la cuestión fundamental que les llevaba a afirmar la vigencia de la libertad de expresión,¹⁴⁶⁰ por encima de la seguridad nacional.

Por otra parte, el análisis de la garantía de la libertad de expresión en el sistema constitucional de los Estados Unidos nos permite advertir, nuevamente, la necesidad de distinguir entre el discurso político y el discurso sedicioso, en donde, en una sociedad democrática, sería absurdo pretender que los efectos del primero puedan generar un daño inaceptable. En tal sentido, en el caso de “los papeles del Pentágono”, los jueces Black y Douglas sostuvieron que

el propósito fundamental de la primera enmienda fue prohibir la práctica gubernamental, muy extendida, de suprimir información comprometedora. Es ampliamente conocido que la primera enmienda fue adoptada en contra del uso generalizado del delito de sedición, de derecho común, para sancionar la publicación de material que fuera embarazoso para los que tienen el poder. Los presentes casos... pasarán a la historia como la más dramática ilustración de este principio. Un debate de amplias proporciones tiene lugar en la nación sobre nuestra posición en Vietnam; el debate es anterior a la divulgación del contenido de estos documentos; ellos son altamente relevantes para el debate que está en progreso. El secreto en el gobierno es fundamentalmente antidemocrático, perpetuando los errores burocráticos. El debate y la discusión abierta de los asuntos públicos son vitales para la salud de nuestra nación; sobre cuestiones públicas debería haber un debate sin inhibiciones, robusto, y ampliamente abierto.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁹ *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴⁶⁰ *Cfr.* su opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴⁶¹ Opinión concurrente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

A pesar de los sólidos argumentos históricos y políticos esgrimidos por Black y Douglas, la Constitución de los Estados Unidos y los instrumentos internacionales que comentamos difieren notablemente, pues tanto en el Pacto como en las convenciones Europea y Americana se admite que la libertad de expresión *puede* ser restringida según las exigencias de la seguridad nacional; pero el argumento de los jueces Black y Douglas no por ello deja de ser persuasivo, y probablemente debería servir para interpretar esta categoría de restricciones a la libertad de expresión de la manera más limitada y estricta posible, sin inhibir el debate político. De hecho, cualquier restricción a la libertad de expresión sólo puede justificarse en casos en que el contenido del discurso constituya una amenaza real —y no meramente potencial— a la seguridad nacional. En este sentido, en el caso *Karatas v. Turkey*, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó el argumento del Estado, que pretendía justificar su interferencia con la libertad de expresión como necesaria para proteger la seguridad nacional y la integridad territorial, observando que el mensaje que se objetaba estaba contenido en una antología de poemas, un medio de expresión que, por definición, estaría dirigido a una audiencia muy pequeña; en opinión de la Corte, esta circunstancia reducía sustancialmente su probable impacto sobre la seguridad nacional o la integridad territorial.¹⁴⁶² El criterio sustentado por el tribunal fue más ampliamente desarrollado por algunos de los jueces, cuyo análisis pone menos énfasis en la naturaleza incendiaria de las palabras utilizadas y más en los diferentes elementos del contexto en que ellas fueron pronunciadas; por ejemplo, ¿tenía el lenguaje utilizado el propósito de incitar a la violencia? ¿Había un riesgo genuino de que pudiera producir ese resultado? ¿Ocupaba el autor del mensaje que se objeta una posición de influencia en la sociedad que pudiera amplificar el impacto de sus palabras? ¿Se dio al mensaje que se objeta suficiente prominencia en la prensa o en otro medio de comunicación social con el efecto de aumentar su impacto en la población? ¿Se emitió ese mensaje lejos del foco de violencia o en las puertas del mismo de modo que pudiera exacerbarlo?¹⁴⁶³

¹⁴⁶² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 41, 49 y 52.

¹⁴⁶³ *Cfr.* la opinión concurrente conjunta de los jueces Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall, y Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

5. Los tipos de restricciones que derivan de la seguridad nacional

En lo fundamental, la seguridad nacional puede incidir en los dos elementos de la libertad de expresión: a) la libertad de expresión propiamente tal, y b) el derecho a la información, o la libertad de información. En la práctica, cada vez que se invoca la seguridad nacional el resultado a que ella conduce es la clasificación de información, la cual tendrá el efecto de restringir el acceso a la misma y de impedir su divulgación; adicionalmente, consideraciones de seguridad nacional son también las que sirven de fundamento para interceptar las comunicaciones entre particulares. Estos tres elementos, que normalmente van de la mano y que son interdependientes, contribuyen a crear sociedades muy cerradas, basadas en el secreto de una porción importante de las actividades públicas.

A. El culto por el secreto

De lo dicho en los párrafos anteriores se desprende que la seguridad nacional puede constituir una barrera legítima al ejercicio de la libertad de expresión, ya sea en cuanto se refiere a la posibilidad de “investigar y buscar” información clasificada, la cual será negada en interés de la seguridad nacional, como también en cuanto se refiere a “difundir” información clasificada o información que, aun cuando no haya sido clasificada, pueda poner en peligro la seguridad nacional. En ambos casos el culto por el secreto, entendiendo por tal lo que el Estado determina que es secreto, desempeña un papel fundamental. En realidad, este culto por el secreto se ha extendido incluso al ámbito internacional, en donde el Acuerdo Multilateral de Inversiones, propiciado por la OCDE y actualmente en suspenso, se negoció en el más estricto secreto, no obstante sus repercusiones en una sociedad democrática, o tal vez precisamente debido al efecto que pudiera tener el que sus disposiciones fueran conocidas por el público.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que, para el funcionamiento apropiado de una sociedad democrática basada en el Estado de derecho, puede ser necesaria la existencia de servicios de seguridad interior que la protejan, y que, para ser eficaces, puedan operar en

secreto y contar con la protección necesaria en este sentido.¹⁴⁶⁴ Pero lo que queda por definir son los límites dentro de los cuales ese secreto es compatible con una sociedad democrática, las circunstancias en las cuales el recurso al secreto es necesario, y el tipo de información respecto del cual resulta pertinente. Desde el punto de vista formal, también será necesario definir si, en cuanto a la seguridad nacional, el carácter secreto de una información debe estar refrendado por la ley, o si es posible que éste sea el resultado de un contrato.

Ni siquiera en los Estados Unidos, donde se garantiza la libertad de expresión en términos muy amplios, se ha objetado la autoridad del Poder Ejecutivo para clasificar información sensible para la seguridad nacional, o incluso para sancionar disciplinariamente la divulgación de esa información. En realidad, teniendo en cuenta la necesidad del secreto en la conducción de las relaciones internacionales, George Washington, actuando como el primer presidente de los Estados Unidos, se negó a entregar a la Cámara de Representantes las instrucciones, la correspondencia y los documentos relativos a la negociación del Tratado Jay, celebrado con Inglaterra en 1794. Washington argumentó que la naturaleza de las negociaciones internacionales requiere cautela, y que con frecuencia su éxito depende del secreto; pero, incluso cuando esas negociaciones ya han concluido, la total difusión de las demandas y concesiones que se hayan contemplado en el curso de las mismas le parecía a Washington que podía ser algo extremadamente imprudente, que podía tener una influencia perniciosa en futuras negociaciones, o que podía producir inconvenientes inmediatos en las relaciones con otras potencias.¹⁴⁶⁵ La sabiduría de esa negativa fue reconocida por la misma Cámara del Congreso que había requerido dicha información, sin que posteriormente se haya puesto en duda esta facultad del Ejecutivo. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que es el presidente de la República, y no el Congreso, quien está en una mejor posición para conocer las condiciones que prevalecen en países extranjeros, y que esto es especialmente así en tiempo de guerra; el presidente de la República tiene fuentes confidenciales de información, incluyendo sus agentes diplo-

¹⁴⁶⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 35.

¹⁴⁶⁵ *Cfr.* J. Richardson, *Messages and Papers of the Presidents*, vol. 1, 1896, pp. 194 y ss., citado por el juez Harlan, en su opinión disidente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

máticos y consulares, y la divulgación prematura de la información así recogida puede resultar en daños irreparables, haciendo necesario que la misma se mantenga en secreto.¹⁴⁶⁶

El reconocimiento de la necesidad del Estado de proteger cierta información vital para su subsistencia ha conducido a la práctica de clasificar la información oficial como accesible o no accesible al grueso del público. A grandes rasgos, aquella información que no es accesible a todos, dependiendo de su importancia y del efecto más o menos perjudicial que puede producir su divulgación, suele clasificarse en varias categorías, que van desde la información “restringida”, pasando por la “confidencial”, la “secreta”, y eventualmente la “altamente secreta”.¹⁴⁶⁷ El secreto¹⁴⁶⁸ es aquello que es ignorado, porque cuidadosamente se mantiene oculto o escondido de los demás, reservando su conocimiento sólo a unos pocos; en la medida en que antiguamente esa información se guardaba en un *arca* herméticamente cerrada, también se identifica con lo arcano y misterioso. Pero, no obstante que en los asuntos públicos el secreto debe ser la excepción y no la regla, diversos factores han contribuido a que éste se convierta en un fetiche al que —con el pretexto de la seguridad nacional— se recurre con demasiada frecuencia.

La confianza en un gobierno no se puede fundar en el carácter misterioso y secreto que éste le asigne a sus actividades, olvidando que —en una sociedad democrática— el gobierno es responsable ante el pueblo que lo eligió y que, por lo menos dentro de ciertos límites, éste tiene derecho a saber lo que su gobierno está haciendo, y a no ser mantenido en la ignorancia. El secreto es fundamentalmente antidemocrático; cuando existe el deber de informar, el secreto constituye una forma de fraude y engaño inaceptable en una sociedad democrática, la cual supone una amplia participación ciudadana en la discusión de los asuntos públicos. La clasificación de información no puede ser un instrumento al servicio del funcionario o burócrata de turno para que éste engañe a la ciudadanía y pueda eludir el control de sus actos por parte del Estado. Como acertada-

¹⁴⁶⁶ *Cfr.* United States v. Curtiss-Wright Corp., 299 U.S. 304 (1936).

¹⁴⁶⁷ *Cfr.*, en este sentido, la práctica de la administración pública británica, amparada por la Ley de Secretos Oficiales, y comentada por Des Wilson, “Information is Power: The Causes of Secrecy”, en The Secrets File: The Case for Freedom of Information in Britain Today, compilado por Des Wilson, London/Portsmouth (New Hampshire), Heinemann Educational Books, 1984, p. 16.

¹⁴⁶⁸ Del latín *secretus*.

mente expresara James Callaghan, “el secreto permite que prosperen la incompetencia y la corrupción”,¹⁴⁶⁹ por el contrario, el hacer las cosas a la luz del día no sólo habla bien de la integridad de quienes gobiernan, sino que les permite contar con una opinión pública informada y dispuesta a apoyar las medidas que ellos adopten en interés del bien común. “Un gobierno popular sin información popular, o sin los medios de adquirirla, no es sino el preludio de una farsa, o de una tragedia, o tal vez de ambas”.¹⁴⁷⁰

Siempre es preferible tener una opinión pública bien informada, antes que permitir que los rumores y las especulaciones corroan el alma de la sociedad y siembren la semilla para la desestabilización de sus instituciones; porque cuando el gobierno teme a la discusión pública la gente sospecha —con razón— que algo no anda bien, perdiendo la confianza en sus gobernantes. Es por ello que, criticando el culto por el secreto, Chapman Pincher ha observado que éste puede hacer que gente de la más alta integridad, en medio de la niebla provocada por una red de secretos, tratando honestamente de hacer lo mejor por su país, luzca incompetente, carente de profesionalismo, conspiradora y mentirosa.¹⁴⁷¹

Son muchas las razones que pueden llevar a recurrir al secreto, pero entre los factores que más contribuyen a su utilización por parte de los órganos del Estado se pueden citar los siguientes: 1) mantener, por esa vía, la “autoridad” o “majestad” del poder; 2) el espíritu burocrático, 3) su utilización como medio para evitar las críticas a las deficiencias, a los errores o a la negligencia de las autoridades gubernamentales, y 4) su utilización como medio para ocultar la corrupción y los delitos cometidos por funcionarios gubernamentales.¹⁴⁷²

En el ámbito de las comunicaciones radioeléctricas, la protección de la información secreta puede conducir, *inter alia*, a reservar determinadas bandas de frecuencia radioeléctrica, o a modificar la asignación de una frecuencia, especialmente cuando la banda originalmente asignada pueda comprometer la seguridad nacional.

¹⁴⁶⁹ Intervención de James Callaghan en la Cámara de los Comunes, en el debate sobre el caso de sir Anthony Blunt, citado por Pincher, Chapman, en *The Spycatcher Affair: a Web of Deception*, Londres, edición revisada, Sidgwick & Jackson, 1988, p. 244.

¹⁴⁷⁰ James Madison, en carta del 4 de agosto de 1822 a W. T. Barry, en *Writings of James Madison*, vol. 9, p. 103.

¹⁴⁷¹ *Cfr. su op. cit.*, p. XII del preámbulo.

¹⁴⁷² Cfr. Rey, Juan Carlos, “Secreto de Estado y libertad de información”, *Resumen*, núm. 404, del 2 de agosto de 1981, p. 15.

La nueva Constitución venezolana de 1999 no ha sido ajena a esta tendencia, y el artículo 325 de ella dispone que el Poder Ejecutivo nacional se reserva la clasificación y divulgación de “aquellos asuntos que guarden relación directa con la planificación y ejecución de operaciones concernientes a la seguridad de la nación”, en los términos que establezca la ley.

B. Las restricciones en cuanto al “acceso” a la información

Es evidente que la seguridad nacional tiene el efecto de reducir, más o menos sustancialmente, los términos del debate público precisamente en un área vital para los intereses nacionales, incluyendo la defensa, la conducción de la política exterior, algunos aspectos relacionados con las finanzas públicas, etcétera. Sin embargo, si bien los ciudadanos tienen el derecho a criticar al gobierno por la forma en que éste maneja la defensa nacional, las relaciones exteriores, las finanzas u otro asunto de interés público, el gobierno también tiene el derecho, e incluso el deber, de proteger la confidencialidad de algunas medidas que de ser divulgadas es razonable pensar que puedan lesionar el interés nacional.

De manera que, asumiendo que la información está bajo el control estatal, ciertas categorías de información pueden ser clasificadas como secretas, o confidenciales, en interés de la seguridad nacional, para evitar que su divulgación pueda constituir una amenaza para la seguridad nacional. Pero incluso en el caso de información que está en poder de particulares, cuando está en juego la seguridad nacional, el Estado tiene un interés legítimo en controlar su divulgación. En el caso de un contratista privado que pretendía divulgar a otros potenciales clientes los detalles de un torpedo inicialmente producido para los Estados Unidos, la Corte Suprema de ese país sostuvo que la naturaleza de los servicios prestados era de tal naturaleza que podía entenderse que el secreto estaba implícito, pues era difícil imaginar que una nación le diera a uno de sus ciudadanos un contrato para manufacturar implementos necesarios para su defensa nacional, y, al mismo tiempo, permitirle a ese ciudadano divulgar la construcción de tales elementos, o incluso venderlos a otra nación.¹⁴⁷³

La información es una herramienta tan poderosa que constituye el principal instrumento de toda sociedad democrática, haciendo que éstas

¹⁴⁷³ *Cfr.* E. W. Bliss Co. v. United States, 248 U.S. 37 (1997).

operen a la luz del día, mientras las tiranías florecen en la oscuridad; de aquí el carácter absolutamente excepcional que reviste esta restricción a la libertad de expresión. En consecuencia, lo importante es determinar el carácter de la información cuya divulgación se desea restringir —en cuanto ésta pueda, efectivamente, referirse a cuestiones vitales para la seguridad del Estado— y, en segundo lugar, examinar los mecanismos o procedimientos utilizados para su clasificación y control.

a. La naturaleza de la información clasificada

Lo que se busca evitar es el daño a la seguridad nacional como consecuencia de la divulgación de información particularmente sensible, que puede afectar la defensa del Estado, la conducción de las relaciones con otras potencias, o los intereses económicos del Estado. Es plausible asumir que, en el caso de la información proporcionada por un Estado extranjero, con carácter confidencial, la cual también puede entenderse incluida dentro de esta categoría, la sola divulgación de esa información cause un daño al Estado, al comprometer su reputación frente a otras naciones que ya no tendrán la confianza necesaria para proporcionarle información confidencial; según la Corte Suprema de los Estados Unidos, la autoridad presidencial para mantener el secreto es un componente esencial de la conducción de las relaciones exteriores, porque la naturaleza de las transacciones con naciones extranjeras requiere cautela y unidad de propósitos, y porque su éxito frecuentemente depende del secreto.¹⁴⁷⁴ Pero sería inaceptable que la “seguridad nacional”, o el “interés nacional” (sin pretender que estas expresiones sean equivalentes), se utilizara como un escudo o como un simple recurso para sacar de la discusión pública asuntos de interés colectivo, o incluso asuntos triviales, y que bajo ningún concepto pueden ser calificados como secretos o confidenciales, en interés de la seguridad nacional.

El recurso al secreto no puede ser un instrumento para suprimir información con el propósito de ocultar el fracaso o la incompetencia de un funcionario o una agencia del gobierno; dicho procedimiento es igualmente inaceptable si se le emplea como pretexto para ocultar actos de corrupción que puedan haber permitido el enriquecimiento personal del bu-

¹⁴⁷⁴ *Cfr. United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

rócrata a costa del patrimonio del Estado (tal como un contrato de compra de armamento militar adquirido con sobreprecio, cuando sólo se desea conocer los términos de dicho contrato en cuanto al precio y las condiciones de venta), o que puedan haber socavado las bases mismas del Estado de derecho mediante la comisión de delitos por parte de órganos del Estado (como, por ejemplo, en el caso que pretenda declararse material clasificado el informe de autopsia de una persona muerta en una acción policial en que la víctima estaba desarmada y se había entregado previamente a la policía), o la utilización fraudulenta de recursos del Estado con fines personales, o de actos que —como la planificación del asesinato de un líder extranjero— puedan lesionar no sólo el prestigio del Estado, sino el interés nacional.

La Ley de Política Ambiental Nacional de los Estados Unidos, aprobada en 1969, requiere que todas las agencias federales incluyan en los proyectos que afecten significativamente el medio ambiente un informe sobre el impacto ambiental de dichos proyectos, sujeto a las disposiciones de la Ley de Libertad de Información, que incluye la seguridad nacional como su primera excepción. Esta excepción fue invocada en relación con la acción intentada por una organización no gubernamental¹⁴⁷⁵ que recurrió a los tribunales federales denunciando la construcción en Hawái de nuevas instalaciones para almacenar armas y municiones, con capacidad para almacenar armas nucleares, ignorando el riesgo de un accidente nuclear y el efecto que éste podría tener sobre la población y sobre el medio ambiente, e ignorando los efectos de la radiación que podrían generar las armas nucleares almacenadas en una zona poblada. Según los autores de este recurso, las autoridades habían omitido elaborar el informe sobre impacto ambiental requerido por la ley, y por supuesto también habían omitido hacerlo de conocimiento público. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que había que distinguir entre la incorporación y debida consideración de aspectos ambientales en el proceso de toma de decisiones, y la divulgación al público del informe sobre impacto ambiental así elaborado; en opinión del citado tribunal, en la medida en que la divulgación del informe sobre impacto ambiental está sujeto a las disposiciones de la Ley de Libertad de Información, la agencia federal podía tener que incorporar consideraciones

¹⁴⁷⁵ Catholic Action of Hawaii.

ambientales en su proceso de toma de decisiones y, sin embargo, mantener la confidencialidad de toda esa información, o de parte de ella.¹⁴⁷⁶ Según la apreciación del tribunal, el interés del público en obtener que las agencias federales cumplan con la elaboración y la divulgación del informe sobre impacto ambiental previsto en la ley debe ceder ante la necesidad gubernamental de preservar sus secretos militares.¹⁴⁷⁷ Sin embargo, es importante hacer notar que los reglamentos del Departamento de Defensa señalan expresamente que, cuando sea posible, esos informes sobre impacto ambiental estarán organizados de manera que las porciones clasificadas de ellos figuren en anexos, a fin de hacer posible la divulgación de las porciones no clasificadas de los mismos.¹⁴⁷⁸

Una forma peculiar de clasificación de información se utilizó en Chile, durante la dictadura militar de Augusto Pinochet (septiembre de 1973-marzo de 1990), periodo en el que se recurrió sistemáticamente a dictar numerosas leyes secretas, entre las que merece destacarse la ley que creó la temida —y tristemente célebre— Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), señalando sus atribuciones y competencias. En este caso, llama la atención no sólo el contenido material de la información clasificada, sino, muy especialmente, la forma que ella asumió, al ser incorporada en un texto “legal” de naturaleza desconocida. Porque, si bien éste puede ser el procedimiento usual de actuar bajo un régimen tiránico, el mismo no parece compatible con la naturaleza de la ley que —en una democracia— debe ser la expresión de la voluntad soberana, y, como tal, conocida de todos los ciudadanos. En tal sentido, en el proceso de transición a la democracia iniciado en marzo de 1990, luego de la entrega parcial del poder por Pinochet, el nuevo gobierno chileno, y muy especialmente algunos de los miembros del Parlamento chileno, tomaron iniciativas encaminadas a determinar el contenido de esas “leyes”, con objeto de hacerlas públicas, derogarlas o —si las circunstancias lo justificaban— confirmarlas.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁶ *Cfr.* *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981).

¹⁴⁷⁷ *Idem*.

¹⁴⁷⁸ Citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981).

¹⁴⁷⁹ Información de prensa del diario *El Mercurio* de Santiago, del 2 de septiembre de 1990, atribuida al senador Máximo Pacheco.

b. *Los mecanismos de control*

Probablemente el mayor peligro de una sociedad que gira excesivamente en torno al fetiche del secreto es el que éste, unido al aparato burocrático, puede tomar un control absoluto de los acontecimientos, privando de la información oportuna y adecuada incluso a quienes más deberían saber dentro de la administración del Estado. En la medida en que, como decía Bacon, el conocimiento es poder, los depositarios de tales secretos no sólo inspiran respeto y admiración, sino incluso temor;¹⁴⁸⁰ el burócrata que posee información confidencial o secreta asume que, siendo él quien posee la información, sabe lo que se debe hacer y no necesita explicar por qué. En este sentido, es indispensable contar con mecanismos y procedimientos adecuados para la clasificación de información, provistos no solamente del debido control jerárquico de quien realiza tal actividad, sino también de medios de control parlamentario y, por supuesto, judicial.

Desde luego, la seguridad nacional no puede ser utilizada como excusa para amparar hechos irregulares por parte de la administración; en este sentido, es indispensable contar con mecanismos de control interno, en cuanto al órgano autorizado para clasificar información, al contenido de la información que se pretende clasificar, y a la *necesidad* de hacerlo, a fin de impedir que ella pueda ser utilizada como mero pretexto al servicio de intereses particulares.

Es interesante observar cómo, al tratar de detener la publicación del libro *Their Trade is Treachery*, de Chapman Pincher, el gobierno británico fue víctima de sus propios secretos y fracasó en ese intento. Cuando hubo que tomar una decisión sobre si se permitía la publicación del referido libro o se solicitaba una orden judicial prohibiendo su impresión y difusión, a muchos funcionarios del gobierno británico —incluyendo a la primera ministra, Margaret Thatcher— se les proporcionó información insuficiente en torno al caso, intentando ocultar la forma como los servicios de seguridad habían adquirido una copia del manuscrito de dicho libro, lo que impidió que se tomara la decisión adecuada. Paradójicamente, en este caso, los propios servicios de inteligencia asumieron que el

¹⁴⁸⁰ Al respecto, parece pertinente citar el caso del ex director del FBI, J. Edgar Hoover, que habría utilizado los archivos del FBI como instrumento de chantaje y extorsión en los círculos sociales y políticos de Estados Unidos.

manuscrito había sido obtenido por medios ilícitos, en circunstancias que éste le había sido presentado por la persona designada por la casa editorial para que se determinara si la publicación de dicha obra podía infringir la Ley de Secretos Oficiales, indicando expresamente que si, en opinión de los servicios de seguridad, tal publicación podía dañar los intereses británicos, la misma sería cancelada. En este mismo caso, a otros funcionarios de gobierno —concretamente al procurador general— se les mantuvo al margen de toda información sobre la materia, evitando que participaran en el proceso de toma de decisión, pero haciendo asumir a los demás que ya se les había consultado. Esta cadena de secretos hizo que el secretario del Gabinete —sir Robert Armstrong— fuera enviado a representar a Inglaterra ante los tribunales de Australia en un caso estrechamente vinculado con éste —el caso del libro *Spycatcher*—, aparentemente sin conocer toda la verdad, transmitiendo a la Corte información que resultó ser falsa, y que dañó irreparablemente su propia reputación y la del gobierno británico.¹⁴⁸¹

C. Las restricciones relativas a la “divulgación” de información

Sin perjuicio de aquellas que son una consecuencia necesaria de lo ya expresado en párrafos anteriores, otro tipo de restricción a la libertad de expresión, basada en la seguridad nacional, es el que apunta a restringir el derecho a difundir o divulgar información que pueda afectar la seguridad nacional. Este segundo aspecto debe ser especialmente examinando tanto en lo que se refiere al destinatario de la prohibición de divulgar información clasificada como a las condiciones bajo las cuales dicha obligación resulta exigible.

En principio, este tipo de restricciones no deberían afectar a la prensa, impidiéndole divulgar información que tiene que ver con la toma de decisiones que afectan al ciudadano común, y en cuya formación éstos tienen derecho a participar. En el caso de los papeles del Pentágono, el juez Blak señaló que el papel de la prensa es desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo, y que la responsabilidad fundamental de una prensa libre es evitar que cualquier poder público pueda engañar a los

¹⁴⁸¹ *Cfr.* Pincher, Chapman, *The Spycatcher Affair: A Web of Deception*, especialmente pp. 61 y ss. *Cfr.*, también, Turnbull, Malcolm, *The Spycatcher Trial*, Londres, Heinemann Mandarin, 1988.

ciudadanos, enviándolos a morir de fiebre en tierras extrañas, o a ser víctimas de las balas enemigas.¹⁴⁸²

a. Las personas a quienes afecta

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos no hace ninguna referencia expresa a determinada categoría de personas, la restricción que comentamos —teniendo en cuenta su necesidad y racionalidad— sólo puede estar dirigida a ciertos funcionarios de gobierno; en particular, personal militar, agentes diplomáticos, agentes de los servicios de seguridad o espionaje, u otros empleados en posesión de secretos de Estado, en lo que se refiere a información confidencial o secreta adquirida por ellos en el ejercicio de sus funciones, y que no sea previamente de conocimiento público.

Si bien la legislación pertinente puede exigir —tanto de los miembros de los servicios de seguridad del Estado como de quienes han formado parte de ellos— guardar discreción sobre los asuntos de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus cargos, es evidente que tal deber de confidencialidad no afecta a toda la población de un Estado, y mucho menos a quienes no están en conocimiento del carácter secreto de la información que divultan. El Estado tiene, sin duda, derecho a proteger el carácter confidencial de aquellas operaciones suyas que puedan comprometer la seguridad nacional, exigiendo a sus funcionarios el tratar tal información en forma discreta y con la confidencialidad debida. La principal objeción a la publicación del libro *Spycatcher* esgrimida por el gobierno británico ante los tribunales australianos se basaba, más que en la divulgación de información secreta —cosa que difícilmente se podría invocar ante tribunales extranjeros—, en el que ningún ex funcionario de gobierno podía, como cuestión de principio, publicar —o incluso filtrar a la prensa— información que hubiera adquirido en el desempeño de su cargo.¹⁴⁸³ En este sentido, más que impedir la difusión de la información como tal —y que en todo caso ya había sido divulgada por otros medios— la acción del gobierno británico apuntaba a impedir que dicha in-

¹⁴⁸² *Cfr.* *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁴⁸³ *Cfr.*, en este sentido, Chapman Pincher, *The Spycatcher Affair: A Web of Deception*, p. 117.

formación fuera divulgada por determinadas categorías de personas, obligadas a guardar silencio porque así lo disponía la ley. De modo semejante, el gobierno de los Estados Unidos ha objetado publicaciones de ex agentes de la CIA, basándose no en la ley, sino en el contrato de trabajo suscrito por éstos, en el que se comprometen a someter para revisión, antes de su publicación, cualquier material que ellos escriban después de dejar la CIA.¹⁴⁸⁴

Pero si bien los instrumentos de derechos humanos que comentamos permiten restricciones a la libertad de expresión “expresamente fijadas por la ley” y necesarias —*inter alia*— para la protección de la seguridad nacional, ninguno de ellos autoriza la renuncia a la libertad de expresión por vía del “contrato”. Aceptar lo contrario sería admitir la fragilidad de los derechos humanos (y de las garantías constitucionales que, en la esfera interna, suelen incorporar tales derechos), permitiendo que cualquiera de ellos (incluyendo el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, etcétera) pudiera ser renunciado, en todo o en parte, mediante la simple firma de un contrato. Parafraseando lo sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos, puede afirmarse que la libertad de expresión es demasiado importante en una sociedad democrática como para que se pueda perder por la simple voluntad de uno de sus titulares, dispensando a los órganos internacionales de velar por su protección como cuestión de la mayor importancia pública.¹⁴⁸⁵ Incluso, los tribunales federales de Estados Unidos han señalado que la garantía constitucional de la libertad de expresión prohíbe coartar el ejercicio de la misma, por vía contractual, respecto de información que no es clasificada y que ha sido oficialmente divulgada;¹⁴⁸⁶ en el caso de Victor Marchetti, se sostuvo que éste estaba obligado a cumplir con los términos del contrato que había suscrito con la CIA, comprometiéndose a no divulgar información clasificada a menos que fuera expresamente autorizado para ello, porque dicho contrato no violaba su libertad de expresión, y porque el mismo se refería a información secreta, relativa a la seguridad nacional y a la conducción de las relaciones exteriores de los Estados Unidos, la cual había sido adqui-

¹⁴⁸⁴ *Cfr.*, *inter alia*, los casos de Frank Sneed, Philip Agee, Victor Marchetti y —recientemente— el caso del ex director de la CIA, Stanfield Turner.

¹⁴⁸⁵ *Cfr.* De Wilde, Ooms and Versyp, sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 65.

¹⁴⁸⁶ *Cfr.* United States of America v. Victor L. Marchetti, núm. 72-1586/72-1589, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 466 F. 2d 1309, September 11, 1972.

rida por Marchetti mientras ocupaba una posición de confianza que contractualmente estaba obligado a respetar.¹⁴⁸⁷

Aun admitiendo que el gobierno tiene el derecho de clasificar información, diseñando incluso procedimientos disciplinarios para que ella no sea divulgada por sus funcionarios, ello no implica, necesariamente, que el gobierno tiene el derecho de ocultar tal información de otras ramas del gobierno, ni tampoco implica *necesariamente* el deber de la prensa de no intentar descubrir dicha información y, en caso de obtenerla, de no publicarla;¹⁴⁸⁸ asimismo, la facultad del Estado de clasificar información tampoco permite coartar el derecho del ciudadano ordinario a discutir abiertamente lo que éste pueda considerar asuntos del mayor interés público. Al respecto, vale la pena recordar que Chapman Pincher (un periodista británico especializado en materia de defensa y en servicios de “inteligencia”) no se sentía obligado por la Ley de Secretos Oficiales del Reino Unido a guardar los secretos que sobre los servicios de seguridad británicos le transmitió Peter Wright, entre septiembre y octubre de 1980, y que sirvieron de base para la publicación de su libro *Their Trade is Treachery*, a mediados de 1981, antes de que Peter Wright publicara su controversial *Spycatcher*.¹⁴⁸⁹ No obstante, debe advertirse que, al contrario de lo que aquí se ha afirmado, la Ley de Secretos Oficiales del Reino Unido prohíbe incluso “recibir” información secreta.

En el caso de los servicios secretos¹⁴⁹⁰ de los Estados Unidos (CIA) y de Inglaterra (MI5 y MI6) se ha querido exigir el silencio de sus agentes aún después que ellos han dejado de pertenecer a dichos servicios, invocando obligaciones contractuales y el privilegio de la confianza depositada en ellos, como lo ilustran los casos de Víctor Marchetti¹⁴⁹¹ y Phillip Agee¹⁴⁹² en los Estados Unidos, y obligaciones legales —que eventual-

¹⁴⁸⁷ *Idem*. Sin embargo, esta misma decisión rechazó, por inconstitucional, exigir judicialmente el cumplimiento de un juramento de guardar el secreto que se había obtenido de Marchetti al momento de abandonar su empleo en la CIA.

¹⁴⁸⁸ *Cfr.* la opinión en contrario de Louis Henkin, en “The Right to Know and the Duty to Withhold: The case of the Pentagon Papers”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 120, 1971, p. 278 y ss.

¹⁴⁸⁹ *Cfr.* *The Spycatcher Affair: A Web of Deception*, especialmente pp. 6, 16 y 245.

¹⁴⁹⁰ Obviamente, esta denominación apunta a la forma subrepticia como operan, y no al propósito que persiguen.

¹⁴⁹¹ Autor, conjuntamente con John D. Marks, de *The CIA and the Cult of Intelligence*, Nueva York, Bantam Doubleday Dell Publishing Group, 1974, 365 pp.

¹⁴⁹² Ex agente de la CIA, autor de *Inside the Company: CIA Diary*, Nueva York, Stoenhill, junio de 1975.

mente podrían derivar en contractuales— como en el caso de Peter Wright¹⁴⁹³ en Inglaterra.

En septiembre de 1990, el gobierno de Israel también intentó —sin éxito— impedir, en los tribunales de Nueva York, la publicación de un libro escrito por un ex agente del servicio secreto israelí —Mossad— y un periodista canadiense, en el cual se relatan actividades del Mossad, cuya divulgación podía poner en peligro a algunos de sus agentes, o podía deteriorar las relaciones diplomáticas con terceros países.¹⁴⁹⁴

b. La naturaleza de la información

Obviamente, las condiciones bajo las cuales se puede exigir el silencio de la persona obligada por este tipo de restricción a la libertad de expresión están determinadas por el tipo de información que el gobierno intenta proteger. En la medida en que el propósito de esta restricción es proteger información confidencial o secreta, el solo hecho de que tal información sea del dominio público o esté en conocimiento de particulares destruye su carácter confidencial o secreto y exime de guardar silencio sobre el contenido de ella. Sobre este punto, en el caso de los papeles del Pentágono, previamente citado, el Juez Black, en una nota al pie de página de su opinión concurrente, señaló:

hay numerosas copias de este material en existencia y, aparentemente, ellas no están bajo ninguna custodia controlada. Además, el presidente ha enviado una copia al Congreso. Empezamos, entonces, con un caso en el que ya hay una muy amplia distribución del material, el cual está destinado para su publicidad; no para ser guardado en secreto. He revisado el material listado en el documento presentado “in camera” por los Estados Uni-

¹⁴⁹³ Ex subdirector de los servicios de seguridad británicos, conocidos como MI5, autor de *Spycatcher*, Sydney, Viking Books, 1987.

¹⁴⁹⁴ *By Way of Deception*, Victor Ostrovsky y Claire Hoy, Nueva York, St. Martin's Press, 1990. Un comentario del caso se puede encontrar en la revista *Time*, de septiembre 24 de 1990, p. 34. Entre otras cosas, este libro denuncia la participación del Mossad en el asesinato de Orlando Letelier en Washington; también relata que —en 1983— el Mossad tenía conocimiento muy concreto de que grupos shiítas planeaban un atentado terrorista en contra de instalaciones de los Estados Unidos en Beirut y que, sin embargo, la advertencia que se le dio a los Estados Unidos fue tan vaga y general que costó la vida de 241 infantes de marina de los Estados Unidos.

dos. Todo ello es historia; no hay eventos futuros; nada es más reciente que 1968.¹⁴⁹⁵

En el caso del libro *Spycatcher*, de Peter Wright, es necesario hacer notar que el gobierno británico intentó prohibir su publicación en Australia, además de tratar de disuadir —sin éxito— a una casa editorial de que publicara dicho libro en Estados Unidos y de iniciar acciones legales en contra de periódicos que deseaban publicar extractos del mismo tanto en Inglaterra como en Hong Kong y Nueva Zelanda. Al fracasar en su esfuerzo por impedir la publicación de dicha obra, prohibió su distribución en Inglaterra invocando razones de seguridad nacional.¹⁴⁹⁶ Sin embargo, considerando que cualquier ciudadano británico podía adquirirlo fuera del Reino Unido, e incluso internarlo en el país, la información que éste contenía ya no podía ser considerada secreta o confidencial, pues formaba parte del dominio público; además, la mayor parte de su información ya había sido divulgada por el libro de Chapman Pincher, *Their Trade is Treachery*, publicado en Londres, por Sidgwick & Jackson, en marzo de 1981, con información proporcionada, en lo sustancial, por el mismo autor de *Spycatcher*. En consecuencia, la pretensión de que la impresión y difusión de tal libro constituía una amenaza para la seguridad nacional británica era, simplemente, absurda. En todo caso, la existencia de meros rumores o especulaciones no puede equipararse al conocimiento público de un hecho, ni puede justificar el que esos rumores o especulaciones sean confirmados por una persona que ocupa una posición oficial y que está en capacidad de saber.

Además del carácter objetivamente confidencial o secreto de la información cuya divulgación se desea impedir, es indispensable que haya un interés público en silenciarla. Tal circunstancia concurrirá, con mucha frecuencia, cuando se trate de información que involucra la defensa nacional, actividades terroristas, o las relaciones internacionales del Estado; pero no se puede utilizar como pretexto para controlar el debate político. Sin duda, la noción de “seguridad nacional” puede parecer vaga o imprecisa; pero de ninguna manera ella autoriza a restringir el debate público, prohibiendo la crítica al gobierno o a sus instituciones. Esto es,

¹⁴⁹⁵ *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713, 91 (1971), reproducido por Marc A. Franklin, *op. cit.*, p. 436.

¹⁴⁹⁶ *Cfr.* revista *Time*, núm. 32, 10 de agosto de 1987, p. 44.

precisamente, lo que ocurrió en 1798 cuando Francia y Estados Unidos se encontraban al borde de la guerra y este último país aprobó —el 14 de julio de ese año—, por iniciativa del presidente Adams, una ley de sedición que castigaba como delito “cualquier publicación falsa, escandalosa o maliciosa... en contra del gobierno de los Estados Unidos, o de cualquiera Cámara del Congreso... o del presidente... con intención de difamarlos... o de exponerlos al desprecio o al descrédito...”. Entre las víctimas de esta ley se encontró un miembro de la Cámara de Representantes por el estado de Vermont, Matthew Lyon, quien fue sentenciado a cuatro meses de prisión y 1,000 dólares de multa por haber criticado la política del gobierno hacia Francia, y por haber criticado al presidente Adams, caracterizándolo como un hombre que se aferraba continuamente al poder, y que tenía una ilimitada sed por la pompa ridícula y la adulación disparatada. Dos años después de su aprobación, con el triunfo de Jefferson como presidente, dicha ley fue derogada y repudiada.

En el proceso iniciado por Inglaterra ante los tribunales australianos, oponiéndose a la publicación de *Spycatcher*, se sugirió que causaba más daño a la seguridad nacional —y tenía mayor credibilidad— un libro escrito por un ex agente de los servicios de seguridad que por un simple periodista, cuyos comentarios podían ser ignorados o descalificados como meras especulaciones;¹⁴⁹⁷ tal argumento no resulta del todo convincente, pues, probablemente, uno debería mirar con más suspicacia y desconfianza la información procedente de un agente de un servicio de seguridad de un Estado cualquiera (entrenado para mentir y distorsionar los hechos a nombre de su país), que aquella que emana de un historiador, un periodista, o un intelectual, que sólo está interesado en el conocimiento y difusión de la verdad. En este sentido, siendo más confiable la información proporcionada por este último, pudiera asumirse que es ésta la que le causa un mayor daño a la seguridad nacional. El argumento más sólido para perseguir a uno y no a otro probablemente apunta a la confianza que se depositó en ese funcionario, avalada por su deber legal de guardar silencio, como se desprende de la Ley de Secretos Oficiales británica, o por un compromiso contractual —adquirido al momento de ingresar al servicio público—, y que le obliga a no revelar información

¹⁴⁹⁷ Cf. Chapman Pincher, *op. cit.*, p. 155.

clasificada cuya divulgación pueda lesionar o poner en peligro la seguridad del Estado, como sugiere la práctica de los Estados Unidos.¹⁴⁹⁸

Distinto es el caso de una situación excepcional —una guerra, por ejemplo— en la cual se prohíba a la prensa, y a la ciudadanía en general, difundir información sobre determinadas materias, por considerar que ello puede poner en peligro la seguridad nacional. Pero si bien una situación excepcional y de emergencia puede justificar tal medida en momentos de crisis, la seguridad nacional no puede convertirse en un instrumento de censura permanente sobre los medios de comunicación una vez que la emergencia ya ha sido superada. Tal medida sería mucho más absurda e injustificada si medios de comunicación extranjeros, pero que tienen difusión en el país, pudieran referirse, con entera libertad, a materias cuya discusión está vedada a los medios locales, por considerar que ello puede lesionar la seguridad nacional. En este sentido, resulta absurdo prohibir a los medios de comunicación, en un país cualquiera, que se divulguen la cantidad y las características de cierto tipo de armamento adquirido por ese Estado, impidiendo que tal información sea conocida por los nacionales, en circunstancias que la misma tiene amplia divulgación en el exterior. Pretender que el conocimiento, por parte de la población de un Estado, de hechos en los que ha participado su propio gobierno —y que son ampliamente conocidos en el extranjero— lesionaría o amenazaría la seguridad del Estado, es absurdo,¹⁴⁹⁹ aunque no sea infrecuente como método para ocultar la incompetencia, la ilegalidad, el abuso de poder o la corrupción por parte de la burocracia. David Hooper relata cómo, cuando Tom Driberg protestó ante un comité del Reino Unido que había censurado algunos pasajes de un libro suyo en el que se hacía referencia a un desastroso intento de los servicios de inteligencia británicos por derrocar al gobierno de Albania, señalando que con seguridad Harold Philby y Guy Francis Burgess (que en ese momento eran espías soviéticos infiltrados en los servicios de seguridad de Inglaterra) ya le habrían dicho todo a la KGB, el secretario del Comité habría replicado con

¹⁴⁹⁸ Aunque, como ya expresamos en párrafos anteriores, y consecuentes con la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en un caso en contra de Bélgica, los derechos humanos no se pueden renunciar o ser objeto de transacciones. *Cfr.* De Wilde, Ooms and Versyp, sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 65.

¹⁴⁹⁹ En un caso como éste, sería insensato asumir que el conocimiento de actos del gobierno, por parte de los nacionales del Estado, constituye una amenaza a la seguridad nacional.

asombro: “¡Por Dios, muchacho! No son los rusos los que nos preocupan; es el público británico el que no queremos que se entere”.¹⁵⁰⁰

Sin embargo, como ya se señaló precedentemente, la seguridad nacional sólo podrá imponerse frente a la libertad de expresión cuando no haya otras consideraciones de “interés público” que justifiquen una amplia discusión de lo que en otras circunstancias sería aconsejable mantener en secreto. El propio interés nacional puede reclamar una discusión pública de una política de defensa equivocada, o de un tratado de alianza que perjudica al país. Igualmente, la utilización de medios ilícitos, o incluso la comisión de delitos, por parte de órganos del Estado, no se puede amparar en la protección de la seguridad nacional; dicha seguridad sólo estará debidamente salvaguardada en el marco de una sociedad democrática, en la que es la ciudadanía la que traza sus objetivos y determina sus políticas, y en donde prevalece el imperio del derecho, y todos los miembros del cuerpo social están sometidos a la ley. En el caso de *Spycatcher*, cuyo autor denunciaba —entre otras cosas— que (entre el término de la Segunda Guerra Mundial y enero de 1976, fecha en que Peter Wright se acogió a jubilación) había habido un quinto espía soviético en los servicios de seguridad británicos, sugiriendo que éste habría sido sir Roger Hollis, el mismo director del Servicio de Seguridad Británico —conocido como el MI5— (los otros cuatro eran Kim Philby, Guy Burgess, Donald Maclean y sir Anthony Blunt), el gobierno inglés admitió que la cuestión de saber si este último realmente había sido un espía soviético era “un asunto del mayor interés público”.¹⁵⁰¹

Pero el que, como cuestión de principio, la libertad de expresión aún deba prevalecer sobre la seguridad nacional —en el marco de una sociedad democrática— cuando el “interés público” así lo requiere, puede, no obstante, plantear serias dudas en torno a los motivos de quien divulga información clasificada y lesiva para la seguridad nacional. En el caso de *Spycatcher*, su autor —Peter Wright— intentó presentar esta publicación como un acto patriótico, destinado a denunciar métodos ilícitos (y eventualmente inmorales) que deberían ser abandonados por los servicios de

¹⁵⁰⁰ *Official Secrets: The Use and Abuse of the Act*, Secker & Warburg, 1987, p. 201, citado por Robertson, Geoffrey, en *Freedom, The Individual and the Law*, Londres, Penguin Books, 1989, p. 139.

¹⁵⁰¹ Declaración de sir Robert Armstrong, secretario del gabinete británico, del 24 de noviembre de 1986, ante el tribunal de Sydney, Australia, citada por Pincher, Chapman, *op. cit.*, p. 25.

seguridad británicos, y a limpiar los órganos de seguridad del Estado de agentes infiltrados y que servían a los intereses de otras naciones;¹⁵⁰² sin embargo, resulta sorprendente la fortuna que Peter Wright logró acumular gracias a los derechos de autor de la venta de un libro publicado por motivos *puramente patrióticos*. El argumento sería más creíble en el caso de un ex agente secreto que, teniendo en mente el interés nacional, filtra información secreta a la prensa, sin obtener ningún beneficio pecuniario por ello.

Otra consideración no menos importante que debe tenerse presente requiere que la información cuyo acceso se desea restringir no haya sido previamente divulgada y sea, efectivamente, secreta. En el caso del libro *Spycatcher*, parte del material allí contenido ya había sido publicado en otros libros acerca de la servicios de seguridad escritos por Chapman Pincher; además, en julio de 1984 el señor Wright había concedido una extensa entrevista a un canal de televisión que opera en el Reino Unido, el cual fue nuevamente difundido en diciembre de 1986, sin que el gobierno británico hubiera tomado alguna acción para impedirlo. En el mismo sentido, cuando en junio de 1986 los tribunales ingleses dictaron medidas cautelares prohibiendo a los periódicos *The Observer* y *The Guardian* continuar publicando artículos que proporcionaban detalles del libro antes referido, buena parte de esa información ya había sido publicada en otras fuentes.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en forma reiterada que en una sociedad democrática no es necesario impedir la divulgación de información que ya se ha hecho pública,¹⁵⁰³ o que ha cesado de ser confidencial.¹⁵⁰⁴ Pero debe tenerse presente que la publicidad previa de la información podría ser el resultado de una acción ilícita, y que el autor de ese hecho ilícito no debería beneficiarse del mismo; además, tampoco puede perderse de vista que la difusión reiterada de esa información podría amplificar el daño a los legítimos intereses del Estado. La

¹⁵⁰² *Cfr.* *Spycatcher*, de principio a fin. *Cfr.*, también, Pincher, Chapman, *The Spycatcher Affair: a Web of Deception*, pp. 7, 25, 29, 41, 93, 97, 105, 115, 117, 125, 177, 179, 210, etcétera.

¹⁵⁰³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Weber v. Switzerland*, sentencia del 22 de mayo de 1990, párrafo 49.

¹⁵⁰⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafos 66-70, y *The Sunday Times v. The United Kingdom* (núm. 2), sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafos 52-56.

Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular en el caso *Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, en que las autoridades holandesas dispusieron la confiscación de una edición de una revista semanal que contenía material sensible para la seguridad nacional, y en que, después de ejecutada dicha medida, el personal de la revista reimprimió la edición confiscada y logró vender alrededor de 2,500 ejemplares de la misma, sin que las autoridades, por temor a causar un desorden público, tomaran medidas para impedirlo; cuando posteriormente los responsables de la publicación solicitaron la devolución del material confiscado, alegando que esa medida ya no se justificaba, porque con la reimpresión y distribución de esa edición se había roto la confidencialidad de la información allí contenida, el fiscal obtuvo que la Corte Regional de Amsterdam dispusiera el retiro de circulación de la mencionada edición. En estas circunstancias, según la Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta que la información ya se había hecho accesible a un grupo numeroso de personas, las cuales habían estado en capacidad de comunicársela a otras, y que estos acontecimientos también habían sido comentados por otros medios de comunicación, su protección como secreto de Estado ya no se justificaba, y la confiscación del núm. 267 de la revista *Bluf!* ya no era necesaria para proteger la seguridad nacional, aunque observó que todavía era posible procesar a los responsables de la publicación.¹⁵⁰⁵

D. La censura de miembros de grupos rebeldes

Un aspecto poco explorado es el que se refiere a la frecuente censura a que, por distintas vías y con el pretexto de la seguridad nacional, se somete a los miembros de grupos rebeldes o de organizaciones terroristas. A título ilustrativo, puede mencionarse la sección 6 de la Ley de Prevención del Terrorismo de Turquía, del 12 de abril de 1991, que castiga como delito el imprimir o publicar las declaraciones o los panfletos que emanen de organizaciones terroristas. Esta disposición fue aplicada por Turquía en el caso del principal accionista y del editor de una revista titulada *Haberde Yorumda Gerçek* (*La verdad de la noticia y sus comentarios*), en la que se había publicado una entrevista con el líder de una

¹⁵⁰⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Vereniging Weekblad Bluf! v. The Netherlands*, sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 45.

organización ilegal en Turquía, el Partido de los Trabajadores del Kurdistán (“PKK”), la cual fue publicada en dos partes, junto con una declaración conjunta de cuatro organizaciones socialistas también declaradas ilegales por la legislación turca; ambas personas fueron condenadas por la Corte de Seguridad Nacional de Estambul al pago de una multa en el caso del primero, y al pago de una multa y a seis meses de prisión en el caso del segundo.¹⁵⁰⁶ En este caso, ambos condenados habían insistido en que ni ellos ni la revista publicada por ellos tenían ningún tipo de lazo con el Partido de los Trabajadores del Kurdistán; asimismo, ambos insistieron en que la entrevista había sido publicada con absoluta objetividad, con el propósito de informar al público sobre el PKK, sin promover el terrorismo o amenazar el orden público, y sin que se hubiera formulado ningún comentario favorable a la citada organización.¹⁵⁰⁷ Según la Corte Europea de Derechos Humanos, el hecho de que las entrevistas impugnadas fueran dadas por una de las máximas figuras de una organización proscrita, no podía, por sí solo, justificar una interferencia con la libertad de expresión de los responsables de la publicación.¹⁵⁰⁸ Sin embargo, la Corte entiende que los deberes y responsabilidades que acompañan al ejercicio de la libertad de expresión por profesionales de la comunicación asume un significado especial en situaciones de conflicto y de tensión; en consecuencia, ellos deben tener especial cuidado cuando estén considerando la publicación de las opiniones de quienes representan a organizaciones que recurren a la violencia en contra del Estado, a fin de evitar que los medios de comunicación se conviertan en un vehículo para la diseminación de expresiones que promuevan el odio o la violencia.¹⁵⁰⁹ Algunos de los jueces del tribunal europeo han llegado a afirmar que debe ser posible para el líder de una organización ilegal expresar sus opiniones sobre una situación política determinada, y que también puede ser legítimo entrevistar a un líder de esa organización; pero, en opinión de esos jueces, esto no significa que sea legítimo publicar todo lo dicho por el entrevistado.¹⁵¹⁰

¹⁵⁰⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 16.

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 52.

¹⁵⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 61.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 63.

¹⁵¹⁰ *Cfr.*, en este sentido, la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Strážnická, Baka, y Traja, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

En el caso *Sürek and Özdemir v. Turkey*, el juez Gölcüklü —citando la opinión disidente de la minoría de la ahora extinta Comisión Europea de Derechos Humanos—, señaló las dificultades que plantea el procurar un adecuado equilibrio entre los requerimientos de la libertad de información y los imperativos de proteger tanto al Estado como al público de las conspiraciones armadas que buscan subvertir el orden democrático, en una situación en que quienes defienden este tipo de violencia buscan acceso a los medios de comunicación con fines publicitarios.¹⁵¹¹

III. EL ORDEN PÚBLICO

Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley.

Artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789.

En cuanto al alcance de esta circunstancia restrictiva de la libertad de expresión, vale la pena hacer notar que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el texto de la Convención Europea utiliza, en esta materia, un lenguaje marcadamente diferente al de los instrumentos internacionales antes citados. En efecto, el artículo 10, núm. 2, del texto citado establece que la libertad de expresión “estará sujeta a... restricciones... en interés de... la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito”. A nuestro juicio, todo ello queda comprendido en la noción más amplia de “orden público” utilizada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al igual que en el caso de la seguridad nacional, el orden público —con toda su carga de ambigüedad e imprecisión— constituye una circunstancia que, en caso de conflicto, puede hacer prevalecer el interés colectivo por encima del interés individual. Según Daes, una de las cues-

¹⁵¹¹ *Cfr.* su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999. El informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, con la opinión disidente de la minoría, tiene el núm. 15404/89, Dec. 16.4.91, publicado en *Decisions and Reports*, vol. 70, p. 262.

tiones más controvertidas durante la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue la de determinar el significado y el alcance de la expresión “orden público”, que no sería equivalente a la expresión inglesa “public order” o a la francesa “ordre public”,¹⁵¹² en su opinión, esos términos son diferentes, pues mientras en los países cuyos sistemas jurídicos encuentran sus raíces en el derecho romano, el concepto de “ordre public” se utiliza principalmente como base para anular o restringir los acuerdos privados, para ejercer el Poder Judicial, o para aplicar la legislación extranjera, y cuya finalidad, de acuerdo con la jurisprudencia francesa, es permitir que prevalezcan los principios de justicia universal, en los países de *common law* el concepto equivalente a la noción francesa de “ordre public” sería el de “public policy” y no el de “public order”, que por lo general se utiliza para expresar la ausencia de desorden público.¹⁵¹³ Pero todo indica que es precisamente en este último sentido, de paz social, tranquilidad pública, prevención del delito, o ausencia de desorden público, que se ha incorporado esta posible restricción a la libertad de expresión; es decir, aquello que ordinariamente le corresponde mantener y salvaguardar a los cuerpos policiales. A juicio de Daes, los conceptos de “orden público” o “seguridad pública” sirven de fundamento, sobre todo, a las limitaciones del derecho de reunión pacífica, pues la experiencia demuestra que, incluso en sociedades de reconocido carácter democrático, a menudo se han celebrado reuniones al margen de la ley, lo cual está estrechamente relacionado con la tendencia a perturbar la paz;¹⁵¹⁴ de manera que el orden público, como base para imponer restricciones a los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone a los individuos el deber de comportarse de manera que no se vean perturbados ni el orden ni la seguridad pública, y esta circunstancia permite que la policía desempeñe su función de proteger los derechos humanos de todos.¹⁵¹⁵ Por otra parte, en los Principios de Siracusa¹⁵¹⁶ se sostiene que la expresión “orden público”, tal como se

¹⁵¹² Cfr. Daes, Erica-Irene A., *La libertad individual ante la ley: análisis del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1990, párrafos 219 y 220, pp. 135 y ss.

¹⁵¹³ *Ibidem*, párrafos 221-224, p. 136.

¹⁵¹⁴ *Ibidem*, párrafo 228, p. 136.

¹⁵¹⁵ *Ibidem*, párrafo 230, p. 137.

¹⁵¹⁶ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptados por la Conferencia que

utiliza en el Pacto, se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad, o el conjunto de principios fundamentales en que se basa dicha sociedad, y que el respeto de los derechos humanos es parte del orden público.¹⁵¹⁷ En el documento que comentamos se señala que la expresión “orden público” debe interpretarse en el contexto de la finalidad del derecho humano particular que se limita por este motivo.¹⁵¹⁸ Pero en los Principios de Siracusa también se distingue entre “orden público” y “seguridad pública”, señalando que esta última expresión significa “protección contra los peligros para la seguridad de las personas, su vida o su integridad física, o contra los daños graves a sus bienes”.¹⁵¹⁹

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una acepción posible del “orden público”, dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones, sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.¹⁵²⁰ Por supuesto que, como la propia Corte sugiere, también hay otras acepciones del “orden público”, que pueden apuntar al mantenimiento de la paz social y que, en este sentido, son más estrictas que la anterior. En opinión de este alto tribunal,

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 posible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.¹⁵²¹

se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

¹⁵¹⁷ *Ibidem*, párrafo 22.

¹⁵¹⁸ *Ibidem*, párrafo 23.

¹⁵¹⁹ *Ibidem*, párrafo 33.

¹⁵²⁰ Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 64.

¹⁵²¹ *Ibidem*, párrafo 69.

1. *La justificación de esta restricción*

Sin duda, la preservación del orden público es uno de esos intereses que justifica restringir la libertad de expresión. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que, toda vez que la expresión va de la mano con la conducta —como sucede cuando alguien grita “¡fuego!” en un teatro atestado de público—, la expresión puede ser sancionada; raramente se ha sugerido que la garantía constitucional de la libertad de expresión extiende su inmunidad a la expresión oral o escrita usada como parte integrante de una conducta en violación de la ley.¹⁵²² En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llegado a sostener que las palabras agresivas (*fighting words*), entendidas como aquellas expresiones que pueden provocar una inmediata reacción violenta por la persona o personas a quienes están dirigidas, y que en términos de ideas contribuyen muy poco al debate público, no estarían protegidas por la garantía constitucional de la libertad de expresión, y podrían ser objeto de regulación por parte del Estado,¹⁵²³ sin embargo, no se puede perder de vista que las palabras, por agresivas que sean, siguen siendo palabras, y que ellas son el medio para comunicar un mensaje.¹⁵²⁴ Pero, en un contexto tan coercitivo como el boicot de las tiendas de propiedad de ciudadanos blancos por parte de ciudadanos negros, ese mismo tribunal también ha señalado que la expresión no pierde su protección simplemente porque pueda resultar embarazosa para otros, o porque pueda empujarlos a la acción.¹⁵²⁵ Según la Corte, la afirmación de que una expresión tiene la intención de ejercer un impacto coercitivo en su audiencia, procurando influir en su conducta, no la sitúa fuera del ámbito de expresión protegida; además, eso tampoco es fundamentalmente diferente de la función de un periódico.¹⁵²⁶

En el contexto de la Convención Europea, la noción de orden público se ha interpretado teniendo en cuenta la necesidad de preservar el pluralismo y los valores de una sociedad democrática. En tal sentido, la Corte

¹⁵²² *Cfr.* William Douglas, opinión disidente en *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁵²³ *Cfr.* *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹⁵²⁴ *Cfr.*, en este sentido, la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, redactada por el juez Scalia en *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota*, 112 U.S. 2538 (1992).

¹⁵²⁵ *Cfr.* *NAACP v. Claiborne Hardware CO.*, 458 U.S. 886 (1982).

¹⁵²⁶ *Cfr.* *Organization for a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415 (1971).

Europea ha señalado que, aunque reconoce que es posible que se produzcan tensiones donde una comunidad, religiosa o de otro tipo, se encuentra dividida, eso es una consecuencia inevitable del pluralismo; por consiguiente, en tales circunstancias, el papel de las autoridades no es remover las causas de la tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que cada uno de esos grupos actúen de manera tolerante con los demás.¹⁵²⁷

En ese entendido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha subrayado la necesidad de procurar un adecuado equilibrio entre la libertad de expresión y la protección en contra de la amenaza de violencia, o la prevención del desorden o el crimen. En este sentido, el tribunal europeo ha señalado que la pertinencia de cualquier interferencia con la libertad de expresión debe examinarse en el contexto de la función esencial que le corresponde a la prensa en el adecuado funcionamiento de la democracia política; porque, si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites para la protección de intereses vitales del Estado, tales como los previamente referidos, a la prensa le corresponde la función de impartir informaciones e ideas sobre asuntos de interés político, incluso si ellos son de aquellos que tienden a dividir a la población.¹⁵²⁸ En el caso de la Asociación Ekin contra Francia, en que se había prohibido la circulación en Francia de un libro titulado *Euskadi en guerra*, que, junto con varios artículos de profesores universitarios del País Vasco reproducía un artículo de carácter político redactado por dirigentes del movimiento vasco de liberación nacional, titulado “Euskadi en guerra, un horizonte para la paz”, la Corte Europea entendió que dicha prohibición tenía el propósito de proteger el orden público, pues se trataba de una obra que incitaba al separatismo y que justificaba el recurso a la violencia;¹⁵²⁹ sin embargo, el mismo tribunal estimó que el contenido de dicha publicación no era de una naturaleza que presentara una amenaza que justificara restringir la libertad de expresión, pues dicha medida no respondía a una necesidad social imperiosa ni era proporcionada al fin legítimo que perseguía.¹⁵³⁰

¹⁵²⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of Agga v. Greece*, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafo 60.

¹⁵²⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 58.

¹⁵²⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafo 48.

¹⁵³⁰ *Ibidem*, párrafo 63.

A. *La preservación de un orden legítimo*

Ciertamente, la inclinación en favor del orden público tampoco puede ser automática; no basta con que exista *cualquier* conflicto entre estos dos bienes jurídicos para que éste, necesariamente, sea resuelto en favor de la paz social. El orden público que se protege es el orden público propio de una sociedad democrática, y compatible con la vigencia de los derechos humanos. En este sentido, poniendo énfasis en la estrecha relación que existe entre derechos humanos y orden público, en los Principios de Siracusa se ha observado que la violación sistemática de los derechos humanos socava el orden público.¹⁵³¹

A pesar de que lo anterior puede parecer bastante obvio, numerosos casos demuestran que no es exactamente así. A lo largo del siglo XIX, en los Estados Unidos se sancionaban los mensajes que propiciaban el sufragio femenino, la organización sindical, el pacifismo, la adhesión a grupos religiosos minoritarios, e incluso la abolición de la esclavitud. En 1831, el Senado del estado de Georgia adoptó una resolución ofreciendo una recompensa de 5,000 dólares por la detención y condena del editor o impresor “de un cierto panfleto llamado *El Libertador*”, porque se consideraba que dicha publicación —de la cual era responsable William Lloyd Garrison, que se había caracterizado por su lucha en favor de la abolición de la esclavitud— podía causar alteraciones del orden público; en la actualidad, una medida de esa naturaleza sería incompatible con el respeto de la libertad de expresión en el marco de una sociedad democrática. En 1912, en Nueva York, Margaret Sanger —fundadora de numerosas organizaciones dedicadas a promover la planificación familiar— fue arrestada por dictar una conferencia sobre el control de la natalidad, y posteriormente fue procesada por utilizar el correo para distribuir un panfleto titulado *Family Limitation*, aunque no es claro si ese mensaje se objetaba por atentar contra la moralidad pública o por amenazar el orden público. Todavía en la década de los años sesenta los estados del sur de los Estados Unidos justificaban ciertas restricciones a la libertad de expresión con el pretexto de que a través de ellas se pretendía preservar el orden público; pero ese argumento ya no logró convencer a la Corte Su-

¹⁵³¹ Cfr. Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo v), letra a), de la introducción.

prema de ese país, pues escondía las políticas racistas que, en nombre del orden público, aquellos Estados estaban tratando de preservar.¹⁵³²

Por otra parte, además de la necesidad de preservar un orden público legítimo, cualquier restricción a la libertad de expresión debe estar fundada en un peligro claro y presente, y no en una mera posibilidad teórica; en este sentido, en el caso de una reunión del Ku Klux Klan escasamente concurrida y que no parecía presentar un verdadero peligro, la Corte Suprema de los Estados Unidos protegió la apología de conductas ilegales e hizo más rígido el requerimiento de un “peligro claro e inminente”, señalando que un Estado no puede prohibir la apología del uso de la fuerza, o de la violación de la ley, excepto si dicha apología está dirigida a incitar o a producir una acción ilegal inminente, o si es probable que produzca tal acción.¹⁵³³ Según la Corte, la mera enseñanza abstracta de la conveniencia, o incluso la necesidad moral, del recurso a la violencia no es lo mismo que preparar a un grupo para la acción violenta y conducirlo a tal acción.¹⁵³⁴

No obstante las precisiones anteriores y el desarrollo experimentado por el derecho de los derechos humanos, es evidente que los límites del concepto de “orden público” no han sido suficientemente definidos; de manera que éste se puede prestar para invocarlo en circunstancias en las que su aplicación no es pertinente. En el marco del derecho de los derechos humanos, parece estar claro que el “orden público” al que se hace referencia es el orden público propio de una sociedad democrática. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que “interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.¹⁵³⁵ Asimismo, citando la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa

¹⁵³² En este sentido, *cfr.* Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 7.

¹⁵³³ *Cfr.* *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁵³⁴ *Idem.*

¹⁵³⁵ *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69.

que deben haber sido adoptadas de acuerdo con el “bien común”, noción a la cual se hace referencia en el artículo 32, núm. 2, de la Convención, y que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.¹⁵³⁶ En opinión de la Corte, “bien común” y “orden público” son términos que, en la Convención Americana, deben interpretarse dentro del sistema instaurado por ella, que tiene una concepción propia según la cual los Estados americanos “requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (artículo 3, letra d, de la Carta de la OEA), y en el que los derechos del hombre deben ser objeto de protección internacional.¹⁵³⁷ En otra parte, este mismo tribunal había sostenido que, en el contexto de la Convención, es posible entender el bien común como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos; en tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.¹⁵³⁸ Aunque no ha escapado a la Corte la dificultad de precisar de modo único los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos, ella ha subrayado que de ninguna manera pueden invocarse esos conceptos para suprimir un derecho garantizado por la Convención, o para desnaturalizarlo, o privarlo de contenido real.¹⁵³⁹

La Convención Europea, que en este sentido permite restringir la libertad de expresión para preservar la “seguridad pública” y para “preve-

¹⁵³⁶ *Cfr.* la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, párrafo 29.

¹⁵³⁷ *Ibidem*, párrafo 30.

¹⁵³⁸ *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 66.

¹⁵³⁹ *Ibidem*, párrafo 67.

nir el desorden o el delito”, es el instrumento internacional que maneja el concepto de “orden público” de manera más amplia, aunque no necesariamente con mayor rigor. Por ejemplo, en el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, a diferencia del criterio expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos acogió el argumento del gobierno en el sentido de que la película confiscada atacaba la religión católica en una región (el Tirol) en que la proporción de católicos llegaba al 87%, por lo que dicha medida era necesaria para mantener la paz religiosa y proteger el orden público.¹⁵⁴⁰ Para el tribunal no fue relevante —o no fue convincente— que dicha película se iba a exhibir en una sala privada, para miembros de una asociación privada, a quienes se les había advertido sobre la naturaleza de esa película, y que era improbable que causaran algún desorden. En otros casos se ha subrayado la necesidad de prevenir el delito y evitar actos terroristas; por ejemplo, en el caso *Sürek and Özdemir v. Turkey*, en que se había condenado penalmente a dos personas por difundir una entrevista en la que, entre otras cosas, se hacía la apología del terrorismo, la Corte Europea de Derechos Humanos no tuvo inconveniente en caracterizar esta situación como una de aquellas que requerían la adopción de medidas necesarias para prevenir, *inter alia*, el desorden y el crimen.¹⁵⁴¹ Sin embargo, el tribunal europeo ha tenido buen cuidado en señalar que las entrevistas o declaraciones dadas por el miembro de una organización proscrita —incluso si ellas contienen puntos de vista radicalmente distintos de la política del gobierno— no justifican, por sí solas, una interferencia con la libertad de expresión del periódico.¹⁵⁴²

Por otra parte, es importante subrayar que el orden público tampoco puede ser invocado como pretexto para impedir el debate político. Sobre este particular, es oportuno recordar lo sostenido por Louis Brandeis, siendo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien recordaba que aquellos que conquistaron la independencia de los Estados Unidos mediante la revolución no eran cobardes, y no le temían al cambio político; ellos no exaltaron el orden a costa de la libertad, y tenían confianza

¹⁵⁴⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafos 52 y 56.

¹⁵⁴¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 17 y 51.

¹⁵⁴² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Cuarta Sección, Case of *Özgür Gündem v. Turkey*, sentencia del 16 de marzo de 2000, párrafo 63.

en que del razonamiento libre y sin temor, aplicado al proceso gubernamental, no podía generarse ningún peligro, a menos que el mal que se temía fuera tan inminente que éste se produciría antes de que hubiera una posibilidad de discusión plena; de manera que, si hubiera tiempo para exponer, a través de la discusión, las falsedades y las falacias, evitando el daño por medio de un proceso de educación, el remedio a aplicar sería más expresión, y no un silencio impuesto por el Estado.¹⁵⁴³

B. La reacción de la audiencia

En lo que se refiere a la preservación del orden público, un aspecto de especial importancia es el que tiene que ver con la reacción de la audiencia frente a un determinado mensaje. En este sentido, cabe distinguir dos situaciones absolutamente diferentes: por una parte, el caso de la audiencia pacífica que es agredida por un orador que la provoca con un lenguaje ofensivo, y, por la otra, el caso de una audiencia hostil frente a un orador pacífico y respetuoso, que sólo desea ejercer su derecho a expresarse.

Es evidente que la manifestación de determinadas opiniones, y en especial de aquellas más controversiales, puede ocasionar alteraciones del orden público y la necesidad de adoptar medidas adecuadas para preservarlo. Pero aquí parece conveniente distinguir dos situaciones claramente diferentes: a) la alteración del orden público como consecuencia de las expresiones de un orador que provoca a su audiencia, o que, con un discurso encendido, la incita a cometer desórdenes o actos delictivos, y b) la alteración del orden público como consecuencia de la reacción de una audiencia hostil, en presencia de un orador pacífico que emplea un lenguaje respetuoso y mesurado. En el primer caso, se puede impedir al orador que exprese sus opiniones en un lugar en donde no encuentre una audiencia receptiva, que no está obligada a tolerar las agresiones verbales del orador, sintiéndose atacada y provocada por éste, pero sin que ello implique impedirle expresarse, sino simplemente, oponiéndose a que lo haga en ese lugar, en ese momento, o en esa forma; en el mismo sentido, en lo que concierne al orador que está incitando al desorden y a la comisión de actos delictivos, éste puede ser detenido, impidiéndole que —con sus expresiones— continúe siendo la causa de la alteración del orden pú-

¹⁵⁴³ *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

blico. Estas dos circunstancias ofrecen ejemplos en que el orden público puede incidir, ya sea en la regulación del *lugar, tiempo y modo* del discurso, o en la regulación de su *contenido*.¹⁵⁴⁴

En el segundo caso, en cambio, no se justifica la restricción de la libertad de expresión de un orador pacífico, víctima de una audiencia hostil, que desea impedirle el ejercicio de su derecho. Aceptar lo contrario equivaldría a poner el derecho al servicio de quienes se niegan a acatarlo, y ceder ante las pretensiones de los responsables de la alteración del orden público sancionando a la parte inocente. Tal conclusión es aún más evidente en el caso de un mensaje dirigido a una audiencia distinta a aquella que se siente agredida u ofendida por dicho mensaje. En este sentido, en el caso *Wingrove v. The United Kingdom*, en respuesta al argumento del Estado indicando que la restricción a la libertad de expresión dispuesta en ese caso tenía el propósito de proteger los derechos de los ciudadanos a no ser ofendidos en sus sentimientos religiosos, el peticionario apuntó que este derecho no incluiría el derecho hipotético a no ser ofendido por la perspectiva de que otras personas observen un vídeo que no les molesta ni les ofende.¹⁵⁴⁵

Tratándose de una audiencia hostil, el Estado no puede coartar la libertad de expresión del orador —o de un grupo de manifestantes—, con el pretexto de que él o ellos serán enfrentados en forma violenta por tal audiencia; lo contrario equivaldría a estimular a los ciudadanos a oponerse, con violencia, a la difusión de ideas diferentes a las suyas y asegurar, en esta forma, una censura permanente de otros grupos a fin de impedir una alteración del orden público.¹⁵⁴⁶

A pesar de tener sólo poco más de veinte años de ocurrido, un ejemplo ya clásico en este sentido lo constituye el caso *Skokie*. A comienzos de 1977, Frank Collin, presidente del Partido Nacional Socialista de los Estados Unidos, anunció su intención de realizar una manifestación pa-

¹⁵⁴⁴ Una situación diferente, ilustrada por el caso *Skokie* y referido más adelante, es la del orador que ofende o agrede a una audiencia que a sabiendas se ha prestado voluntariamente para ser insultada y atacada.

¹⁵⁴⁵ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 45.

¹⁵⁴⁶ Cfr., en este sentido, los comentarios de Eric Barendt a la ley británica de orden público, de 1936, en *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 198. El tema también ha sido ampliamente analizado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos bajo la denominación de “el veto del que interrumpe”; al respecto, puede consultarse Gunther, Gerald, *op. cit.*, pp. 1164-1167.

cífica frente al edificio municipal del condado de Skokie —un suburbio de Chicago cuya población es eminentemente judía—, el 10. de mayo de 1977, con uniformes y con banderas nazis. Tanto las autoridades como la población de Skokie se opusieron a la realización de una manifestación nazi alegando, entre otras cosas, que tal manifestación despertaría sentimientos muy fuertes en los residentes judíos, y que con toda probabilidad ellos reaccionarían en forma violenta, alterando el orden público y quebrantando la ley. Las autoridades de Skokie no podían argumentar que Frank Collin y su grupo de nazis quebrantarían la ley, pues, en realidad, en la anunciada manifestación no había nada ilegal; incluso, se había asegurado que no habría discursos. Sin embargo, las autoridades estaban convencidas de que si los nazis llegaban a manifestar en Skokie se produciría una alteración del orden público y que, en consecuencia, la posible reacción hostil de la audiencia constituía un fundamento suficiente para censurar al grupo nazi, impidiendo la manifestación por ellos propuesta. Sin embargo, el 27 de enero de 1978, luego que la Corte Suprema de los Estados Unidos había conocido del caso mediante una motion de revisión (*petition for certiorari*), devolviendo los antecedentes a los tribunales del estado de Illinois, la Corte Suprema de este estado sostuvo que, aunque con desagrado, debía concluir que la manifestación propuesta no podía ser prohibida, ni aun con el pretexto de que ella encontraría una audiencia hostil. La Corte agregó que la alteración del orden público que pudiera resultar de esta manifestación no podía ser atribuida al orador, pues quien informa previamente del contenido de su mensaje —como ocurrió en este caso— no está forzando a una confrontación a aquellos que voluntariamente escuchan.¹⁵⁴⁷ En este mismo caso, los tribunales federales de los Estados Unidos declararon la inconstitucionalidad de ordenanzas municipales que, *inter alia*, requerían adquirir un seguro de responsabilidad civil de 300,000 dólares como condición para obtener un permiso para manifestar, particularmente si ese requerimiento era utilizado de manera selectiva, para impedir las manifestaciones de determinados partidos políticos.¹⁵⁴⁸

Sin embargo, hay que observar que el resultado judicial al que se arribó en el caso Skokie fue posible gracias a la aplicación de la primera en-

¹⁵⁴⁷ Una relación completa del caso Skokie puede encontrarse en Hamlin, David, *The Nazi/Skokie Conflict: a Civil Liberties Battle*, Boston, Beacon Press, 1980.

¹⁵⁴⁸ *Cfr. Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir.).

mienda de la Constitución de los Estados Unidos, país que para ese momento no había ratificado ninguno de los instrumentos internacionales que comentamos. De haberse presentado este caso en otro país, que hubiera ratificado ya sea el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos, probablemente el resultado hubiera sido diferente, pues las reglas sobre limitaciones absolutas a la libertad de expresión — contenidas en el artículo 20 del Pacto, y 13 núm. 5, de la Convención Americana —, en cuanto prohíben la propaganda de guerra y la apología del odio racial, nacional o religioso, así parecen indicarlo. En efecto, estimamos que, no obstante que los organizadores de la manifestación habían señalado que no habría discursos y que se limitarían a marchar con sus uniformes y símbolos nazis, ese solo hecho hubiera resultado suficiente para interpretarlo como un acto de apología de todas aquellas cosas odiosas que representa el nazismo — hábilmente reproducidas en los artículos 20 del Pacto y 13, núm. 5, de la Convención Americana — y que, en consecuencia, había que prohibirlo, al menos *en su forma pública*; ¹⁵⁴⁹ además, en el evento que se estimara que el contenido de las ideas que allí se expresarían no constituyera ni propaganda de guerra ni apología del odio racial, nacional o religioso, y aun cuando no hubiera una sola pancarta y no se profiriera una sola palabra durante la manifestación, el hecho de que para tal acto se propusiera, precisamente, un lugar conocido por estar habitado mayoritariamente por residentes judíos, podría ser considerado como una provocación que autorizaría, cuando menos, a sugerir un lugar diferente para su realización.

Por el contrario, situaciones similares a la ocurrida en el caso Skokie han sido resueltas de manera diferente por la Corte Europea de Derechos Humanos. En el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, en que se objetaba la confiscación de una película calificada de blasfema, el gobierno de Austria justificó dicha medida, *inter alia*, con el argumento de que su propósito era evitar el desorden; ¹⁵⁵⁰ lo que el gobierno no decía es que se trataba de una película que iba a ser exhibida en una sala privada, a los miembros de una institución igualmente privada, los cuales habían recibido un boletín informándoles del contenido de la misma, por lo que era altamente improbable que entre los eventuales espectadores — que ade-

¹⁵⁴⁹ En nuestra opinión, por repudiables que puedan ser sus ideas, ello no justificaría prohibir una reunión privada de un grupo nazi-fascista.

¹⁵⁵⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 46.

más debían pagar por la entrada— hubiera alguno que no estuviera genuinamente interesado en ver dicha película, y suficientemente advertido de su contenido. Si bien la Corte Europea no se pronunció explícitamente en cuanto a si en este caso era pertinente una restricción basada en la necesidad de prevenir el desorden, ella recordó su jurisprudencia reiterada en el sentido de que la libertad de expresión es aplicable no solamente a informaciones o ideas que son favorablemente recibidas, consideradas como inofensivas, o vistas con indiferencia, sino también a aquellas que chocan, ofenden o molestan a cualquier sector de la población.¹⁵⁵¹ El tribunal europeo partió de la premisa de que la confiscación de la mencionada película era necesaria para proteger los derechos de otros,¹⁵⁵² pero su razonamiento curiosamente roza los límites del orden público; en efecto, la Corte observó que no podía dejar de considerar el hecho de que la religión católica es la religión mayoritaria en el Tirol, y que al confiscar la película las autoridades austriacas actuaron “para asegurar la paz religiosa en esa región”.¹⁵⁵³

En el caso Skokie, la Corte Suprema de Illinois estimó que se trataba claramente de una audiencia hostil, cuyos intereses no podían prevalecer sobre los de un orador pacífico. Si bien compartimos el principio jurídico allí enunciado, no estamos de acuerdo con la calificación de los hechos, en cuanto nos parece que las características de la manifestación propuesta constituían, efectivamente, una provocación. Por el contrario, en *Cohen v. California*, la Corte Suprema de los Estados Unidos encontró que no se había aportado evidencia indicando que un número significativo de ciudadanos estuviera listo para golpear físicamente a quien ofendiera sus sensibilidades con expresiones aborrecibles como la utilizada por Cohen; en todo caso, aunque pueda haber personas con inclinaciones violentas e ilegales como las antes referidas, ésa no es una justificación suficiente para restringir la libertad de expresión, forzando a los disidentes a evitar formas particulares de expresión; lo contrario sería admitir que, para evitar la censura física a que podría verse expuesto quien no ha buscado esa respuesta hostil por parte de un hipotético grupo violento, sea el propio Estado quien efectúe la censura.¹⁵⁵⁴ En tal sentido, en un caso sometido ante los tribunales ingleses, lord Simon Brown sosténía

¹⁵⁵¹ *Ibidem*, párrafo 49.

¹⁵⁵² *Ibidem*, párrafo 55.

¹⁵⁵³ *Ibidem*, párrafo 56.

¹⁵⁵⁴ *Cfr.* *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

que no se podía dar por establecida una alteración del orden público por parte del autor del mensaje si la violencia provocada por otros era ilegal y completamente irrazonable, como sería el caso si la conducta del autor del mensaje, además de ser completamente lícita, no interfiriera con los derechos de los demás, sino que, por el contrario, estuviera haciendo uso de sus propios derechos de reunión, de manifestación o de expresión.¹⁵⁵⁵ De lo contrario, sería difícil concebir un contexto en el que los individuos puedan ejercer su derecho a protestar y a manifestar, en presencia de aquellos a quienes está dirigida la protesta y a quienes muy probablemente esa conducta tendrá que molestar.

La alternativa de una audiencia agresiva, que impide al orador o a los manifestantes expresar sus opiniones o ideas, está representada por el orador fogoso y agresivo que provoca, ataca y agrede a una audiencia pacífica. La situación es aún más clara si el orador se ha procurado una “audiencia cautiva”, que se ve forzada a escuchar —o leer— el mensaje provocador que se le transmite; en este caso, en el evento de una reacción violenta por parte de la audiencia, parece evidente que la necesidad de mantener el orden público debe ponerse de parte de la audiencia y no del orador.

2. *Las condiciones operativas de esta restricción*

A. *La gravedad del desorden que se desea evitar*

Un segundo elemento que hay que analizar es el que se refiere a la dimensión del desorden público que se desea evitar y que, para justificar una restricción sustancial de la libertad de expresión, debe ser suficientemente grave. La libertad de expresión inevitablemente requiere soportar la comunicación de ideas o informaciones molestas. Sin embargo, cuando existen canales alternativos para comunicar un mensaje, el ejercicio de esta libertad tampoco puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio de otros derechos; en tal sentido, es perfectamente legítimo regular el trayecto de una marcha de protesta en contra del gobierno para evitar que

¹⁵⁵⁵ *Cfr.* Divisional Court, Nicol and Selvanayagam v. Director of Public Prosecutions, [1996], Justice of the Peace Reports, p. 163, citado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 28.

con ella se pueda paralizar la circulación de vehículos en la ciudad, o regular el ruido en las cercanías de un colegio o un hospital.

Según el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión fue diseñada para invitar al debate; para provocar una condición de desasosiego; para crear insatisfacción con las condiciones existentes, e incluso para provocar el enojo; ella no fue diseñada como un vehículo para dispensar tranquilizantes a la gente, pues su primera función es mantener el debate abierto para personas apasionadas y agresivas tanto como para personas tranquilas y sosegadas.¹⁵⁵⁶ Con anterioridad, en el caso *Near v. Minnesota*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ya había señalado que la insistencia en prevenir la circulación de mensajes que tienden a alterar la paz pública, a provocar asaltos y la comisión de delitos, no podía interferir con la vigencia de la libertad de expresión. Según ese alto tribunal, acusaciones de conducta reprochable, y particularmente de actos ilícitos cometidos por funcionarios, indiscutiblemente producen escándalos públicos; pero la censura de una publicación de ese tipo causaría un daño aun más serio.¹⁵⁵⁷ No hay nada nuevo en el hecho de que acusaciones de una conducta reprochable puedan crear resentimiento y la disposición a recurrir a medios violentos para obtener que se haga justicia, pero esta tendencia no puede alterar la determinación de proteger la libertad de expresión frente a cualquier forma de censura.¹⁵⁵⁸ Aunque el peligro de reacciones violentas llega a ser más grande con la existencia de grupos organizados, que resienten se les exponga al escarnio público, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que si esta consideración fuera a justificar una interferencia de la libertad de expresión, su protección constitucional estaría reducida sólo a la forma de las palabras.¹⁵⁵⁹

Según Louis D. Brandeis, el temor de un grave daño no puede por sí solo justificar la supresión de la libertad de expresión; los hombres temían a las brujas y quemaban a las mujeres; pero la función de la libertad de expresión es liberar al hombre de los temores irracionales.¹⁵⁶⁰ En su opinión, para que se justifique la supresión o restricción de la libertad de expresión debe haber fundadas razones para temer un daño grave e in-

¹⁵⁵⁶ *Cfr.* su ponión disidente en *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁵⁵⁷ *Cfr.* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).

¹⁵⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁵⁹ *Idem.*

¹⁵⁶⁰ *Cfr.* su opinión concurrente en *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357 (1927).

minente que pueda derivarse de su ejercicio; esta conclusión puede ser el resultado de evidencia que demuestra que de producirse el mensaje que se pretende coartar, pueden generarse en forma inmediata graves actos de violencia, o que el mensaje mismo constituye una incitación a la violencia, o que la experiencia proporciona fundadas razones para creer que está prevista esa incitación a la violencia.¹⁵⁶¹ Pero el mismo Brandeis advierte que incluso un peligro inminente no justifica recurrir a la censura de lo que él considera una de las herramientas esenciales para el funcionamiento de una democracia efectiva, a menos que el daño que se pretende evitar sea suficientemente grave; porque la restricción de la libertad de expresión es una medida tan severa, que sería inapropiado utilizarla como medio para evitar un perjuicio relativamente trivial.¹⁵⁶² De manera que una medida restrictiva de la libertad de expresión, aunque sea efectiva como medio de protección del orden público, puede ser inconstitucional si es desproporcionadamente severa; a juicio de Brandeis, el hecho de que la expresión probablemente pueda resultar en alguna violencia, o incluso en la destrucción de propiedad, no es suficiente para justificar su restricción; para que se pueda recurrir a ese tipo de medidas, en su opinión, debe haber la probabilidad de un grave daño para el Estado como tal.¹⁵⁶³ “Entre hombres libres, los disuasivos que deben aplicarse ordinariamente son la educación y el castigo por los delitos cometidos; pero no las restricciones de la libertad de expresión y de reunión”.¹⁵⁶⁴ Por otra parte, el hecho de que se haya aprobado legislación indicando las circunstancias que se caracterizan como un peligro claro e inminente permite presumir que esas condiciones han sido satisfechas, pero no impide que un individuo pueda objetar que, en realidad, haya existido un peligro de esa naturaleza, o que el daño que se deseaba evitar haya sido suficientemente severo como para justificar esa restricción de la libertad de expresión.¹⁵⁶⁵ Pero si bien la doctrina del peligro claro y presente puede ser vista como una garantía de la libertad de expresión, en cuanto condición indispensable para que la misma pueda ser objeto de alguna restricción, los jueces Douglas y Black no lo consideran así; por el contrario, teniendo en cuenta el claro tenor literal de la primera en-

1561 *Idem.*

1562 *Idem.*

1563 *Idem.*

1564 *Idem.*

1565 *Idem.*

mienda a la Constitución de los Estados Unidos, que le confiere a la libertad de expresión un carácter absoluto, ellos consideran que la doctrina del peligro claro y presente no debería ocupar ningún lugar en la interpretación de la libertad que comentamos.¹⁵⁶⁶

En realidad, siendo la libertad de expresión un derecho humano de fundamental importancia, ella sólo puede ceder su posición prioritaria ante consideraciones de orden público manifiestamente más relevantes; cuando hay una clara amenaza de violencia, cuando el peligro es apremiante y se puede prever una seria alteración del orden público, y cuando ni la medida en que se restrinja la libertad de expresión ni los medios empleados para mantener la paz y el orden sean desproporcionados.¹⁵⁶⁷ Pero en el caso de que la libre expresión de las ideas genere alteraciones menores del orden público, sin perjuicio de las sanciones que se puedan imponer como resultado de responsabilidades que se establecen posteriormente, la primera debe prevalecer sobre el segundo; una sociedad democrática puede tolerar esos inconvenientes como el precio a pagar por vivir en libertad y disponer del derecho a expresarse sin inhibiciones. En este sentido, es bueno recordar que, de acuerdo con Alexis de Tocqueville,

... nada es más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la libertad. No sucede lo mismo con el despotismo. El despotismo se presenta a menudo como el reparador de todos los males sufridos. Es el apoyo del buen derecho, el sostén de los oprimidos y el fundador del orden. Los pueblos se adormecen en el seno de la prosperidad momentánea; y, cuando despiertan, son miserables. La libertad, al contrario, nace de ordinario en medio de las tormentas, se establece penosamente en medio de las discordias civiles y solamente cuando es ya vieja se pueden conocer sus beneficios.¹⁵⁶⁸

En los Estados Unidos, la necesidad de preservar el orden público ha permitido identificar por lo menos dos tipos de mensajes o de conductas expresivas que el Estado puede impedir. En primer lugar, las denominadas palabras agresivas (*fighting words*), es decir, aquellos epítetos abusivos que se puedan utilizar para dirigirse a una persona, y que el sentido común indica que probablemente provocarán una reacción violenta de

¹⁵⁶⁶ *Cfr.* sus opiniones concurrentes en *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁵⁶⁷ *Cfr.*, en este sentido, Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 213.

¹⁵⁶⁸ *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 248.

parte del aludido; en segundo lugar, la conducta ofensiva, o el comportamiento que tiene la tendencia de provocar a otros a actos de violencia, o a alteraciones de la paz.¹⁵⁶⁹ Pero estas circunstancias han sido interpretadas restrictivamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos; en el caso *Cohen v. California*, en que se había condenado a una persona por utilizar en los corredores del edificio de los tribunales de Los Ángeles una chaqueta con la inscripción “Fuck the Draft”, como forma de informar al público de la fuerza de sus sentimientos en contra de la guerra de Vietnam y del reclutamiento, se observó que el afectado no atacó ni amenazó a nadie, y que nadie cometió o amenazó con cometer un acto de violencia como resultado de la conducta de Cohen; nadie podía haber considerado esas palabras como un insulto personal; además, aunque se admitió que los Estados pueden prohibir el simple uso de palabras agresivas, sin necesidad de demostrar la existencia de circunstancias adicionales que lo justifiquen, en el presente caso esas palabras claramente no estaban dirigidas a la audiencia. De manera que, según la Corte, no habiendo ninguna evidencia de que Cohen intentaba incitar a la desobediencia al reclutamiento, o impedir que éste se pudiera desarrollar sin alteraciones, teniendo en cuenta la garantía constitucional de la libertad de expresión, Cohen no podía ser condenado por afirmar la inutilidad o inmoralidad del reclutamiento, como sugería el mensaje en su chaqueta.¹⁵⁷⁰ En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “las leyes que penalizan la expresión de ideas *que no incitan a la violencia anárquica* son incompatibles con la libertad de expresión”.¹⁵⁷¹

La Corte Europea de Derechos Humanos ha subrayado la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, por lo que una amenaza al orden público debe ser cuidadosamente ponderada con aquélla. En casos en que las expresiones proferidas inciten a la violencia en contra de un individuo, de un funcionario o de un sector de la población, el tribunal europeo admitió que las autoridades del Estado, como responsables del orden público, podían recurrir incluso a medidas de naturaleza

¹⁵⁶⁹ *Cfr.*, por ejemplo, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), y *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹⁵⁷⁰ *Cfr.* *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹⁵⁷¹ 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 79.

penal para reaccionar apropiadamente y sin exceso ante tales expresiones.¹⁵⁷² Pero la Corte Europea también ha puesto especial énfasis en señalar que no cualquier amenaza al orden público autoriza restringir la libertad de expresión. En tal sentido, en el caso *Piermont v. France*, se constató que incluso el Tribunal Administrativo de Papeete rechazó una orden de expulsión de la Polinesia francesa, basada en consideraciones de orden público, por estimar que, en todo caso, las autoridades deben ejercer sus atribuciones de una manera que respete la libertad de expresión, y porque las medidas dirigidas a preservar el orden público deben aplicarse escrupulosamente de acuerdo con a lo que sea estrictamente necesario para restablecerlo; por el contrario, en el caso sometido al tribunal, las expresiones de la señora Piermont no eran sediciosas y no podían constituir una amenaza seria para el orden público.¹⁵⁷³ En este mismo sentido, en el procedimiento ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la señora Piermont —quien era miembro del Parlamento Europeo— sostuvo que la preservación del orden público debería ser puesta en la balanza con el interés en la libre discusión de los asuntos políticos;¹⁵⁷⁴ en su sentencia, la Corte reiteró que la libertad de expresión es especialmente importante para aquellos que han sido elegidos para representar a la población.¹⁵⁷⁵ Asimismo, en relación con la exclusión de la señora Piermont del territorio de Nueva Caledonia, con el pretexto de mantener el orden público, debido al temor de que ella pudiera expresar opiniones sobre temas políticamente sensibles, aunque la Corte admitió que al momento en que la afectada llegó al aeropuerto había una atmósfera política tensa, que condujo a manifestaciones limitadas de hostilidad, concluyó que esa medida no estaba justificada.¹⁵⁷⁶ El tribunal europeo también ha rechazado restricciones de la libertad de expresión dirigidas a preservar el orden público por estimar que el medio empleado para amenazarlo —una antología de poemas, que por definición está dirigida a una audiencia reducida— no ha sido idóneo para ello.¹⁵⁷⁷ En este mismo sentido

¹⁵⁷² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 60.

¹⁵⁷³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafo 15.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 73.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 76.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*, párrafos 82, 83, 85 y 86.

¹⁵⁷⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafos 49 y 52.

do, el juez Bonello ha sustentado un criterio coincidente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, afirmando que el Estado sólo puede imponer restricciones respecto de mensajes que inciten a la violencia si existe un peligro claro y presente de que se produzca ese resultado; pero cuando la invitación a usar de la fuerza es “intelectualizado”, abstracto, y se produce en un momento y en un lugar alejado del actual foco de violencia, la libertad de expresión debe prevalecer.¹⁵⁷⁸ De manera semejante, en el caso *Sürek and Özdemir v. Turkey*, en que, junto con una declaración de cuatro organizaciones políticas clandestinas, se había publicado una entrevista al líder de un movimiento separatista, la Corte Europea estimó que si bien el mensaje que se transmitía era uno de intransigencia y de rechazo al compromiso con las autoridades, el texto de esa entrevista, tomado en su conjunto, no podía considerarse que incitara a la violencia o al odio; en opinión del tribunal europeo, dicha entrevista tenía un contenido noticioso que le permitía al público tener una percepción de la sicología de aquellos que se oponían a la política oficial en el sudeste de Turquía, y poder apreciar qué es exactamente lo que estaba en juego en ese conflicto.¹⁵⁷⁹ Si bien la Corte estaba consciente de la capacidad potencial de las palabras para exacerbar la situación en la región, ella estimó que las autoridades nacionales no tuvieron suficientemente en cuenta el derecho del público a estar informado, desde una perspectiva diferente, de la situación en el sudeste de Turquía, incluso si esa perspectiva le resultaba inaceptable.¹⁵⁸⁰

Pero también es importante destacar que, además del sentido propio de las palabras, el contexto en el que ellas se pronuncian y el probable impacto de las mismas es igualmente relevante. En tal sentido, debe observarse que, aunque el lenguaje pueda ser desmedido o incluso violento, según la jurisprudencia del tribunal europeo incluso las palabras agresivas pueden estar protegidas por la garantía de la libertad de expresión; por consiguiente, hay que centrar más la atención en los diferentes elementos contextuales en que se pronunciaron las palabras, a fin de determinar si como resultado de ellas existió un riesgo genuino para el orden público, y menos en la naturaleza destemplada o inflamatoria de esas expresio-

¹⁵⁷⁸ *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Karatas v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

¹⁵⁷⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, párrafo 61.

¹⁵⁸⁰ *Idem.*

nes.¹⁵⁸¹ A título ilustrativo, habrá que considerar si el autor de esas expresiones ocupaba una posición influyente en la sociedad, de manera que sus palabras tuvieran el efecto de amplificar el efecto del mensaje, o que a la publicación de ellas se les haya dado una prominencia que pudiera aumentar el impacto de las mismas, o que esas expresiones fueran pronunciadas en el centro de un foco de tensión y de conflicto, o que, por el contrario, se hayan difundido lejos del foco de violencia. Es solamente a partir de ese análisis del contexto en el que se produce el mensaje que se podrá distinguir entre aquellas expresiones que, no obstante su naturaleza chocante u ofensiva, forman parte del núcleo protegido por la garantía de la libertad de expresión, y aquellas otras que una sociedad democrática no está obligada a tolerar.

Por otra parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que, para determinar la pertinencia de una restricción basada en el mantenimiento del orden público, también debe tenerse en consideración la naturaleza del foro. En este sentido, el citado tribunal ha señalado que el espacio en el que se desarrolla una feria -organizada anualmente por una corporación de derecho público- es un foro público limitado, cuya finalidad es servir de medio temporal para la exhibición de productos o la presentación de ideas u opiniones a un amplio número de personas en una forma eficiente; en este espacio, el Estado tendría un interés legítimo en mantener el movimiento ordenado de las personas que asisten a la feria, por lo cual podría confinar la distribución de literatura religiosa o la solicitud de contribuciones financieras con fines religiosos a espacios pagados, expresamente diseñados para ese efecto, sin que por ello se viole la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹⁵⁸² A juicio de quien escribe estas líneas, en el presente caso se ha asociado la naturaleza del foro con la gravedad de la amenaza al orden público, cuestión que, al menos en parte, es determinada por lo primero.

B. La dimensión geográfica del desorden

Pero lo anterior no significa necesariamente que el desorden público que se desea evitar deba involucrar a la sociedad como un todo, o a un

¹⁵⁸¹ *Cfr.* la opinión concurrente conjunta de los jueces Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall, y Greve, en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999.

¹⁵⁸² *Cfr.* *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consc.*, 452 U.S. 640 (1981).

amplio sector de la misma. Basta con que pueda afectar a la sociedad en su conjunto, o incluso a un grupo relativamente reducido de personas.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado que esta noción puede aplicarse al desorden generado en grupos reducidos cuando éste puede afectar al orden de la sociedad en su conjunto. En efecto, en el caso *Engel and others*, en que un grupo de soldados habían sido sancionados con arresto disciplinario por colaborar en la publicación y distribución de un panfleto que se consideraba que atentaba contra la disciplina militar, y que Holanda justificó como una medida necesaria en una sociedad democrática “para prevenir el desorden”, sostuvo que, en este contexto, el concepto de “orden” se refiere no solamente al “orden público” o a la noción de “ordre public”, a los cuales se recurre en otras disposiciones de la misma Convención Europea, sino que también comprende el orden que debe prevalecer dentro de los confines de un grupo social específico, como sería el caso de las fuerzas armadas, cuando su alteración puede tener repercusiones en el orden de la sociedad como un todo.¹⁵⁸³ Según la Corte, difícilmente se puede imaginar el funcionamiento apropiado de un ejército sin reglas diseñadas para evitar que sus hombres puedan socavar la disciplina militar, por ejemplo, a través de panfletos; por consiguiente, el tribunal estima que, al poner en la balanza el mantenimiento del orden y la libertad de expresión, no puede ignorar las características particulares de la vida militar ni los deberes especiales que le corresponden a los miembros de las fuerzas armadas.¹⁵⁸⁴ Consideraciones similares se han hecho extensivas a la policía. En el caso *Rekvényi v. Hungary*, en que diversas disposiciones del derecho húngaro —incluyendo normas constitucionales— restringían la participación de los policías en actividades políticas, el gobierno alegó que el propósito de ellas era despolitizar los cuerpos policiales, en un momento en que Hungría se estaba transformando de un régimen totalitario a una democracia pluralista, y que, en vista del compromiso que durante el periodo anterior la policía tenía con el partido gobernante, dicha restricción era necesaria, *inter alia*, para proteger la seguridad pública y para prevenir el desorden.¹⁵⁸⁵ La Corte Europea acogió este argumento, y observó que los oficiales de policía

¹⁵⁸³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Engel and others*, sentencia del 8 de junio de 1976, párrafo 98.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 100.

¹⁵⁸⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Rekvényi v. Hungary*, sentencia del 20 de mayo de 1999, párrafo 39.

están investidos de poderes coercitivos para regular la conducta de los ciudadanos, los que en algunos países incluyen la posibilidad de portar armas para el desempeño de sus funciones; además, la fuerza policial está al servicio del Estado, y los miembros del público tienen derecho a esperar que, en su trato con la policía, ellos se enfrenten con oficiales políticamente neutrales, que no están comprometidos en la refriega política; por consiguiente, la Corte estima que el deseo de asegurar que el papel crucial de la policía en la sociedad no se vea afectado por la corrosión de la neutralidad política de sus oficiales es perfectamente compatible con principios democráticos, y persigue el objetivo legítimo de proteger, *inter alia*, la seguridad pública y la prevención del desorden.¹⁵⁸⁶

En el mismo sentido, aunque sin invocar expresamente el orden público, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que los principios de jerarquía y subordinación, que definen a los cuerpos policiales, pueden limitar la libertad de información en materia sindical; de manera que esta libertad no despliega sus efectos con la misma virtualidad que cuando se trata de quienes no pertenecen a cuerpos de seguridad. En consecuencia, la crítica en el ejercicio de la condición de representante sindical de la policía debe hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración al respeto debido a los superiores, y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial.¹⁵⁸⁷ Según el citado tribunal, la libertad de expresión, ejercida por un policía en el ámbito sindical, no cubriría la exposición pública, a través de un medio que por sus características permite una amplia difusión, las deficiencias del servicio policial, de manera que pudiera poner en peligro la seguridad ciudadana.¹⁵⁸⁸

3. La naturaleza de las medidas disponibles

Cumplidas las condiciones anteriores, el Estado no dispone de un margen de discreción ilimitado para decidir qué tipo de medidas resultan apropiadas para preservar el orden público. En realidad, ésta es una circunstancia que se presta más fácilmente a restricciones relativas al lugar,

¹⁵⁸⁶ *Ibidem*, párrafo 41.

¹⁵⁸⁷ Cfr. la sentencia núm. 127/1995, del 25 de julio de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 1361/1994, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 22 de agosto de 1995, núm. 200 (suplemento).

¹⁵⁸⁸ *Idem*.

a la oportunidad o al modo de transmitir el mensaje, que a aquellas dirigidas a regular su contenido.

Con motivo de la consulta que se le hiciera sobre la compatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana observó que los argumentos expuestos para justificar dicha institución apuntaban directamente a sugerir que la colegiación obligatoria de los periodistas sería un medio para asegurar el orden público, como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática.¹⁵⁸⁹ Aunque estos conceptos no pueden invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real, no ha escapado a la Corte la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos.¹⁵⁹⁰ En opinión del citado Tribunal, “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”.¹⁵⁹¹

A. Las restricciones en cuanto al contenido del mensaje

Ocasionalmente, la necesidad de mantener el orden público puede requerir regular o restringir su contenido, cuando éste sea apto para provocar alteraciones de la paz social. En este sentido, pueden señalarse como ejemplos de expresiones diseñadas para alterar el orden público —o que, independientemente de su propósito, son adecuadas para alterarlo— los casos de discursos o expresiones subversivas o sediciosas, las informaciones alarmistas, y las incitaciones a la desobediencia civil.

El discurso subversivo, o sedicioso, tiene que ser abordado en el marco del orden público, y no de la seguridad nacional. En principio, éste no

¹⁵⁸⁹ *Cfr.* La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrafo 63.

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 67.

¹⁵⁹¹ *Ibidem*, párrafo 69.

constituye una amenaza a la existencia misma del Estado o de la nación, sino al gobierno o al régimen político imperante. Pero si bien es legítimo propiciar un cambio de gobierno, o la sustitución de un régimen político, económico o social por otro diferente, es evidente que una incitación a la violencia y a la utilización de la fuerza armada para lograr tal propósito —si es escuchada— puede traducirse en una alteración significativa de la paz social y del orden público; en consecuencia, tales expresiones, más que constituir un aspecto del juego democrático, dispuesto para el análisis objetivo y mesurado del funcionamiento de las instituciones del Estado, son el detonante preparado para hacer estallar las instituciones democráticas y terminar con la tranquilidad pública. Es en este entendido que nos proponemos examinar las expresiones subversivas, o sediciosas, como una restricción legítima a la libertad de expresión para proteger el orden público.

En cuanto se refiere a informaciones alarmistas —y entendiendo por tales aquellas que, basadas en hechos reales, presentan una visión distorsionada o exagerada de los mismos—, en la medida en que ellas son aptas para provocar en la población el desconcierto, el desánimo, el caos y la violencia, su restricción como medio para garantizar el orden público es, sin duda, plenamente legítima. Sin embargo, no debe perderse de vista que la calificación de una determinada información como alarmista puede ser el pretexto para silenciar informaciones legítimas, cuya divulgación es de interés público, impidiendo que las mismas lleguen a conocimiento de la ciudadanía. En todo caso, tampoco puede perderse de vista que sean los propios medios de comunicación quienes, sobre la base de sus propios códigos deontológicos, se nieguen a transmitir ese tipo de información; en tal sentido, debe observarse que el manual de estilo de *El País*, de Madrid, expresa, entre sus principios, que las falsas amenazas de bomba no deberán ser recogidas como noticia, salvo que acarreen graves consecuencias de interés general, porque estas informaciones no hacen sino favorecer al delincuente y extender ese tipo de conductas.¹⁵⁹²

En fin, la incitación a la desobediencia civil, como la negativa a pagar impuestos, o la negativa a cumplir con el servicio militar, puede, igualmente, convertirse en una seria alteración del orden público. En realidad, ése es su propósito, aunque los medios puedan ser pacíficos. Sin embar-

¹⁵⁹² Cfr. *Libro de Estilo. El País*, 15a. ed., Madrid, El País, 1999, pp. 21 y ss., punto 1.5.

go, en cuanto medio legítimo de protesta u oposición a una medida política o a una determinada acción del Estado, tales expresiones —mientras no se traduzcan efectivamente en una alteración del orden público— deben estar amparadas por la libertad de expresión, sin perjuicio de que las acciones que ellas puedan generar (no pago de impuestos, negativa a cumplir con el servicio militar) sean sancionadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

En definitiva, la restricción del contenido del discurso, basada en consideraciones de orden público, debe ser suficientemente cautelosa en cuanto a justificar la capacidad de tales expresiones para, en efecto, alterar el orden público.

B. La regulación del lugar, la oportunidad, o el modo del mensaje

Cuando lo que se busca es proteger el orden público, lo que parece más apropiado es recurrir a la regulación del lugar, la oportunidad o la forma en que el mensaje se va a transmitir. Cuando existe una disonancia entre el orador y su audiencia, este tipo de restricciones tienen un efecto menos pernicioso respecto de la libertad de expresión, y es idóneo para lograr el objetivo que se persigue.

Debe observarse que el sentido y alcance de esta restricción está orientado a regular, fundamentalmente, aspectos adjetivos del discurso, relacionados principalmente con las circunstancias de *lugar, tiempo y modo* de su expresión, y sólo incidentalmente a limitar el contenido de lo que se deseé manifestar; en realidad, cualquier restricción del *contenido* de la expresión fundada en consideraciones de orden público suena sospechosa. Probablemente, esta consideración ha sugerido a algunos autores que, cuando se establecen restricciones para preservar la paz pública, la libertad de expresión no está en juego, y ella no se ve amenazada. Uno de estos argumentos pone énfasis en la distinción entre expresión y conducta, señalando que, en los casos en que la autoridad requiere adoptar medidas para mantener el orden público, lo que está regulando es pura conducta (una pelea en un bar, actos vandálicos de fanáticos del fútbol, o vandalismo en los trenes, por ejemplo); aunque en otros casos puede haber un ingrediente de expresión (por ejemplo, disturbios raciales, o el desfile militar de un ejército privado con una marcada connotación ideológica), en ellos lo que prevalece es la conducta, y no hay nada que pue-

da ponerse en la balanza para impedir que se impongan consideraciones de orden público. “Sin embargo, donde hay un elemento de comunicación genuino y sustancial, el compromiso con el valor de la libertad de expresión parece requerir un enfoque diferente”.¹⁵⁹³ Como muy bien apunta Barendt, “en situaciones que no alcanzan a constituir un real estallido de violencia, tanto el derecho Británico como el derecho de los Estados Unidos, en alguna medida acomodan los intereses de aquellos que desean ejercer su ‘derecho’ a protestar, aunque tal ejercicio cree algún riesgo de desorden; el problema, para enunciarlo una vez más, es si tal acomodo protege adecuadamente la libertad de expresión”.¹⁵⁹⁴ En el mismo sentido, quienes sostienen que la defensa del orden público no afecta la libertad de expresión, refiriéndose a las reuniones públicas y manifestaciones, además de alegar que en ambos casos se trata de *conducta* más que de *expresión pura*, agregan que las facultades de la policía para impedir una alteración inminente de la paz, para evitar la obstrucción de una autopista, u otras molestias, no están diseñadas para censurar o suprimir el contenido de un discurso, si bien éste puede ser el efecto incidental de una medida policial cuyo propósito es mantener el orden público; los manifestantes aun podrían expresar sus opiniones o ideas por otros medios, tales como cartas al periódico, la distribución de panfletos, o publicación de libros.¹⁵⁹⁵ A juicio de Frederick Schauer, en este contexto los problemas de la libertad de expresión sólo surgirían si el propósito del gobierno es restringir precisamente la expresión antes que alcanzar un objetivo legítimo, tal como el mantenimiento del orden público, la seguridad en las calles, o la tranquilidad en zonas residenciales.¹⁵⁹⁶

Por otra parte, parece innecesario referirnos nuevamente a la relación que existe entre conducta y expresión —en particular, en cuanto se refiere a la conducta expresiva o expresión simbólica, y en lo que concierne a *expresiones que constituyen el detonante para la acción*— y a lo difícil que puede resultar, en ciertas circunstancias, distinguir nítidamente entre una y otra. Es por eso que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Brandenburg v. Ohio*, sostuvo que para que el discurso sedicioso sea el fundamento para restringir la libertad de expresión se requiere que

¹⁵⁹³ Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 194.

¹⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 195.

¹⁵⁹⁵ *Idem*.

¹⁵⁹⁶ Cfr. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, 1982, pp. 203-205, citado por Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 196.

el discurso esté dirigido a incitar o producir una acción ilegal inminente, y que con toda probabilidad incite o produzca tal acción.¹⁵⁹⁷

En un caso en que se prohibieron determinadas formas de expresión en las aceras circundantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta señaló que no objetaba la necesidad de proteger las personas y la propiedad, o de mantener el orden dentro de las instalaciones del tribunal, pero ponía en duda que una prohibición total de desplegar una bandera, o un lienzo o cualquier otro artefacto, en las aceras públicas adyacentes a la Corte sirviera sustancialmente a esos propósitos, particularmente si se tiene en cuenta que no se podría distinguir entre un grupo de manifestantes instalados en la acera alrededor del edificio y otro similar que se hubiera instalado al otro lado de la calle.¹⁵⁹⁸

Las molestias generadas por el ruido excesivo, si bien constituyen una invasión de los derechos de terceros, según la reacción que generen, también pueden ser vistas como un problema de orden público que, sin afectar el contenido del mensaje, justifica restringir el ejercicio de la libertad de expresión. El caso *Ward v. Rock Against Racism*, en que se objetaba un reglamento de la ciudad de Nueva York que regulaba el volumen de la música amplificada por los usuarios de la concha acústica del Parque Central, plantea precisamente este tipo de dificultades. Para evitar los problemas que se habían suscitado en el pasado, el mencionado reglamento especificaba que la ciudad proporcionaría un equipo de sonido de alta calidad y un técnico en sonido encargado de asegurar una amplificación y un volumen adecuados para alcanzar satisfactoriamente a toda la audiencia, sin interferir con la paz y sosiego de los otros usuarios del parque, o de los residentes de los apartamentos vecinos. Con anterioridad a la adopción de ese reglamento, la ciudad había recibido numerosas quejas acerca del ruido excesivo causado por el volumen utilizado en los conciertos que se ofrecían en el parque. Esta circunstancia se convirtió en un problema de orden público cuando, a pesar de reiteradas advertencias y solicitudes para que los organizadores bajaran el volumen, en uno de esos conciertos éste excedió niveles aceptables por períodos prolongados de tiempo, obligando a la policía a cortar la energía eléctrica del equipo de sonido, lo que generó que la audiencia se volviera hostil e incontrolable.¹⁵⁹⁹

¹⁵⁹⁷ *Cfr. Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁵⁹⁸ *Cfr. United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983).

¹⁵⁹⁹ *Cfr. Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

Para evaluar las restricciones a la libertad de expresión que tengan lugar en una propiedad pública que haya sido concebida como “foro público”, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado el criterio del “lugar, tiempo y modo” del discurso.¹⁶⁰⁰ Puesto que el propósito esencial del orden público como causal de restricción de la libertad de expresión es el mantenimiento del equilibrio entre los derechos de quien desee comunicar algún tipo de información o ideas y los derechos de la sociedad en su conjunto, la regulación de las condiciones adjetivas en que se va a transmitir el mensaje permite lograr este objetivo, sin llegar a inmiscuirse en el contenido del discurso, evitando convertirse en un mecanismo de censura o represión de las ideas. Por consiguiente, este tipo de restricción también supone la existencia de otras opciones o alternativas para transmitir el mensaje que se desea comunicar.

En efecto, si bien toda persona tiene derecho a expresarse —y este derecho comprende el derecho a manifestar públicamente a favor o en contra del gobierno—, ello no autoriza a realizar una marcha a la hora de mayor tránsito, por la avenida principal de la ciudad, impidiendo al resto de la población circular libremente por dicha vía. En este sentido, sin prejuzgar en torno a las ideas u opiniones de los manifestantes, las autoridades pueden regular el ejercicio de este derecho, sugiriendo un lugar diferente o una hora distinta. Asimismo, si un grupo de ciudadanos desea celebrar un acontecimiento cualquiera, ya sea éste una boda, un triunfo deportivo, una mera reunión de amigos, o el resultado de las elecciones, no tiene que hacerlo en frente de un hospital y a las tres de la mañana, utilizando altavoces; puede haber un sitio más privado en el que, sin recurrir a los altavoces, puedan expresar su alegría, su inquietud, o su disgusto, sin tener que molestar el sueño o la tranquilidad de los demás. En el mismo sentido, también puede mencionarse la prohibición de reunirse con armas, puesto que ello no es necesario para la expresión de las ideas y no afecta al contenido de las mismas.¹⁶⁰¹

¹⁶⁰⁰ *Cfr.*, por ejemplo, *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989). Excepcionalmente la Corte Suprema de Estados Unidos también ha aplicado este mismo criterio a la restricción de expresiones que tengan lugar en propiedad privada. *Cfr.* *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).

¹⁶⁰¹ Por el contrario, en una reunión pública, la exhibición de armas de fuego o de otro tipo, con la amenaza implícita de utilizarlas, puede inhibir la manifestación de nuestras propias ideas, o puede ser un argumento muy elocuente para que aceptemos cambiarlas por las de quien posee la fuerza de las armas.

IV. LA MORAL PÚBLICA

La televisión es y será el principal factor en influir en los valores y en los patrones morales de nuestra sociedad... La televisión no refleja, ni puede reflejar, simplemente los patrones morales de la sociedad. Debe afectarlos, ya sea cambiándolos o reforzándolos.

UK COMMITTEE on BROADCASTING,
Pilkington Report, 1960.

No es aventurado afirmar que, probablemente, la moral pública es la circunstancia que con más frecuencia se alega para coartar la libertad de expresión; es en esta esfera, además del campo de las ideas políticas, en donde siempre se han manifestado las demostraciones más aberrantes de intolerancia, unidas a una dosis no menos notable de hipocresía.

Si tradicionalmente se ha distinguido entre el derecho y la moral como órdenes normativos diferentes, en donde este último concierne al fueno interno, o a la conciencia de cada cual, apelar a la moral en la aplicación del derecho plantea dificultades nada despreciables, las cuales se ven incrementadas cada vez que la moral se invoca como fundamento para restringir la libertad de expresión que, como se ha sugerido, constituiría un derecho preferente en el catálogo de los derechos individuales. El censor siempre intenta justificar su función en términos de proteger a la sociedad; sin embargo, al menos en el caso de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, redactada en forma suficientemente clara y precisa como para conferirle a la libertad de expresión un carácter absoluto, el juez William Douglas ha sostenido que ella impide al Estado formular juicios de valor sobre la conveniencia o la moralidad de una determinada expresión.¹⁶⁰² A juicio de Douglas, los jueces no pueden decidir la dieta literaria de toda una nación.¹⁶⁰³ En el marco de la Organización de Naciones Unidas, los relatores especiales Türk y Joinet han señalado con mucho vigor los peligros que para la libertad de expresión en una sociedad democrática encierra una noción de esta naturaleza; ellos estiman que incluir la moral entre las razones que permiten restringir la libertad de expresión

¹⁶⁰² *Cfr.* su opinión concurrente en *Memoirs v. Massachussets*, 383 U.S. 413 (1966).

¹⁶⁰³ *Idem.*

incluye, en ciernes, el riesgo de declarar ilegítimo todo aquello que, sencillamente, no es de aceptación universal. La idea de un consenso moral que justifique la adopción de medidas restrictivas puede incluir virtualmente la dictadura de la moral. Es innecesario recordar aquí los peligros que entraña la voluntad de imponer un orden moral —todos tenemos aún presente el nazismo— ni hacer hincapié en el riesgo que significaría invocar la moral para limitar la libertad de expresión.¹⁶⁰⁴

Sin perjuicio de éstas y otras reservas, aunque no hay una correspondencia exacta entre el derecho y la moral, con frecuencia el derecho acepta y refuerza con sus normas lo que generalmente es aceptado como moralmente correcto. Pero la noción de moral pública, que corresponde a los patrones de conducta que son aceptados en una sociedad —o a aquello que en la conciencia colectiva es tenido como bueno o como correcto—, involucra tal grado de ambigüedad que puede servir como pretexto para coartar las libertades públicas, incluso en sociedades avanzadas. A título ilustrativo, vale la pena recordar que en Inglaterra aún se castiga como delito el conspirar para corromper la moral pública, y que se ha admitido que esto incluye el publicar un directorio telefónico de prostitutas o el anunciar la oportunidad para cometer actos homosexuales; pero en el derecho inglés no resulta evidente qué otros actos pueden quedar comprendidos en esa figura delictiva, cuestión que deberá determinar el juez en cada caso concreto.

Como cuestión de principio, nos parece que toda sociedad organizada tiene derecho a proteger los valores morales prevalecientes en el seno de la misma, y a defenderse de aquellas expresiones que ofendan los sentimientos de la comunidad; pero esta circunstancia tiene que estar sometida a límites razonables, que permitan preservar otros valores no menos importantes, incluyendo la esencia de la libertad de expresión. Por consiguiente, la moral pública debe valorarse en su justa medida, sin utilizarla como vehículo para imponer nuestros propios prejuicios o sentimientos; desde luego, la moral no puede servir de excusa para prohibir o restringir el acceso a obras de carácter literario o científico, o para mirar con temor mensajes de contenido poco ortodoxo.

De acuerdo con esta circunstancia, toda vez que haya un conflicto entre la libertad de expresión y la moral pública, los instrumentos interna-

¹⁶⁰⁴ 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 98.

cionales de derechos humanos permiten una ponderación de ambos bienes jurídicos, a fin de determinar cuál es el que debe prevalecer; pero, apartándose de lo que indica el derecho internacional, el derecho comparado parece sugerir que el interés público requiere sacrificar la libertad de expresión para que prevalezca la moral, con frecuencia entendida en su sentido más amplio. A título meramente ilustrativo, en Inglaterra, antes de que se adoptara la Ley de Teatros de 1968, el gobierno sometía a censura las obras de teatro, ya sea para preservar las buenas maneras y el decoro, o para proteger la decencia pública; en este sentido, independientemente de los méritos de la obra, se era particularmente estricto con cualquier alusión a la homosexualidad.¹⁶⁰⁵ En el caso venezolano, el artículo 538 del Código Penal aún sanciona con la privación de libertad, hasta por un mes, a cualquier persona que se haya presentado en público de un modo indecente, o que con palabras, cantos, gestos, señas u otros actos impropios ofenda la decencia pública. En ambos casos el conflicto ha sido decidido, desde la partida, a favor de la “decencia pública”, cuyo sentido y alcance no ha sido debidamente precisado.

1. *El carácter relativo de la “moral pública”*

Sin pretender propiciar ese “relativismo cultural” que con frecuencia se ha invocado como pretexto para coartar las libertades públicas y negar el carácter universal de los derechos humanos, debe observarse que la moral pública no es un concepto rígido y estático; ella es una noción dinámica y cambiante, que refleja la heterogeneidad de la sociedad internacional y que, en consecuencia, difiere de un lugar a otro, del mismo modo como difiere, a través del tiempo, incluso en el seno de una misma sociedad. Admitiendo que la noción de moralidad pública varía según las épocas y las culturas, en los Principios de Siracusa¹⁶⁰⁶ se ha observado

¹⁶⁰⁵ *Cfr.*, en este sentido, Bailey, S. H. *et al.*, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 299.

¹⁶⁰⁶ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/4, Anexo.

que el Estado que invoque esta circunstancia como motivo para restringir los derechos humanos, si bien dispone de un cierto margen de discreción, debe demostrar que la restricción de que se trate es esencial para mantener el respeto de los valores fundamentales de la comunidad.¹⁶⁰⁷

Como reflejo de ese relativismo, mientras en América Latina el sexo es visto con pudor, y muchas de sus manifestaciones son calificadas como obscenas o pornográficas, en la cultura de la India el erotismo ha sido incorporado en la religión, como parte de la vida y de la creación que, por lo tanto, forma parte de lo sagrado, y que se exhibe orgullosamente en sus templos. En palabras de Mario Vargas Llosa, en una teocracia fundamentalista islámica, la pornografía consiste en que una mujer muestre sus cabellos.¹⁶⁰⁸ Asimismo, D. H. Lawrence nos recuerda que Hamlet, que escandalizó a los puritanos contemporáneos de Cromwell, hoy no escandaliza a nadie, y que, en cambio, ciertas piezas de Aristófanes que hoy escandalizan a todo el mundo no producían, al parecer, la menor conmoción entre los antiguos griegos.¹⁶⁰⁹ La noción de moral pública que hoy se tiene en una ciudad como Caracas no es la misma que existe en Bombay, París, Estocolmo o Nueva York, porque no existen patrones universalmente aceptados y compartidos en esta materia, y porque lo que le da contenido a la moral son las creencias, la cultura, los prejuicios, los valores y las tradiciones de cada pueblo; en igual sentido, en el marco de las sociedades nacionales —para bien o para mal— los patrones éticos aceptados en la actualidad no son los mismos que prevalecían en la era victoriana, o incluso hace veinte o treinta años. Además, tampoco puede ignorarse la presencia inevitable de un elemento subjetivo; en tal sentido, D. H. Lawrence sostenía que el significado de la pornografía y de la obscenidad depende totalmente de la peculiaridad de cada individuo, pues lo que para uno es pornografía para otro no es más que la carcajada del genio.¹⁶¹⁰ En consecuencia, determinar el contenido de la moral pública no es una tarea que pueda realizarse de una vez y para siempre; en ese proceso, debe contemplarse un margen de tolerancia, que tenga en cuenta los cambios experimentados por el clima moral de la sociedad.

¹⁶⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 27.

¹⁶⁰⁸ Cfr. “El sexo frío”, *El Nacional*, Caracas, 27 de mayo de 2001, p. A/7.

¹⁶⁰⁹ Cfr. “Pornography and Obscenity-1929”, *A propos of Lady Chaterley's Lover' and other Essays*, Middlesex, Australia, Penguin Books, 1961, p. 60.

¹⁶¹⁰ *Idem*.

Ese carácter relativo de lo que puede entenderse por moral pública, incluso en un mismo país y en un mismo momento, quedó claramente ilustrado en un caso reciente, conocido por los tribunales del cantón de Friburgo, los cuales condenaron a un pintor que exhibió en público tres pinturas que se consideraron obscenas, no obstante que previamente pinturas similares del mismo autor habían sido exhibidas sin ningún inconveniente en el cantón de Basilea, siendo merecedoras de varios premios, y que incluso algunas de ellas habían sido adquiridas por el museo Kunsthalle de Zurich. Para los tribunales de Friburgo, en una sentencia que luego fue confirmada por la Corte Federal suiza, era absolutamente irrelevante que pinturas similares hubieran sido exhibidas en otra parte, pues esta circunstancia no las privaba de su carácter obsceno.¹⁶¹¹ En el mismo sentido, *El Concilio en el Cielo*, una película de carácter blasfemo, basada en la obra de teatro del mismo nombre, escrita en 1894 por Oskar Panizza, fue presentada en Viena en noviembre de 1991, sin que el fiscal tomara ninguna acción en contra de los responsables de dicha presentación; en cambio, cuando en octubre del año siguiente la misma película se intentó exhibir en Innsbruck, fue objeto de numerosas acciones penales que impidieron su exhibición bajo la acusación de despreciar doctrinas religiosas.¹⁶¹² Es interesante destacar que, en 1895, antes de que hubiera transcurrido un año de la publicación de su obra de teatro, Oskar Panizza fue condenado por un tribunal de Munich, y sentenciado como autor de un delito contra la religión.

En el caso de *Memorias de una mujer de placer*, también conocida como *Fanny Hill*,¹⁶¹³ una novela erótica escrita en 1749 por John Cleland

¹⁶¹¹ *Cfr.* la cita de los párrafos pertinentes en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Müller and others, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafos 9 al 16.

¹⁶¹² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 19.

¹⁶¹³ Esta obra, publicada originalmente con el título de *Memorias de una mujer de placer*, escrita mientras su autor estaba en prisión por deudas, se publicó en dos partes, la primera de ellas en noviembre de 1748, y la segunda en febrero de 1749. El 10 de noviembre de 1749, tanto John Cleland como Ralph Griffiths (librero y editor de esta novela), fueron detenidos, acusados respectivamente de escribir y publicar una obra obscena. Teniendo en cuenta la censura de que ya había sido objeto, en marzo de 1750 Cleland publicó una versión expurgada de la misma, en la que se eliminaron los pasajes más explícitamente sexuales, esta vez con el título de *Memorias de Fanny Hill*, mientras que la obra original pasaba a la clandestinidad, y así se mantuvo por más de dos siglos —al menos en Inglaterra— hasta 1970.

—que a pesar de esta obra se caracterizó como un estricto defensor de la moralidad—, uno de los expertos literarios que testificó ante los tribunales estadounidenses señaló que la obra de Cleland era parte de esa batalla cultural que estaba teniendo lugar en el siglo XVIII: una batalla entre el puritanismo más estricto, la ética moralista que intentaba suprimir la libertad del espíritu, y una actitud más liberal y más generosa hacia la vida. Al compararlo con *Pamela*¹⁶¹⁴ y con *Clarissa*,¹⁶¹⁵ las dos novelas más importantes de Samuel Richardson —considerado uno de los fundadores de la novela inglesa— el experto observó que mientras la primera era la historia de una muchacha de campo y que la segunda era la historia de una mujer atrapada en un prostíbulo, a partir de esa misma situación, John Cleland simplemente había invertido los patrones morales. Mientras Richardson creía en la castidad como lo más importante en el mundo, Cleland obviamente no pensaba igual, y creía que había valores morales más importantes que eso.¹⁶¹⁶ En su opinión concurrente con la sentencia que adoptó en este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez William Douglas indicó que ésta era una novela que había sobrevivido, a pesar de los periódicos esfuerzos por suprimirla, y que varias universidades y bibliotecas habían ordenado copias de la misma; además, la Biblioteca del Congreso había solicitado autorización para traducirla al Braile. A pesar de lo anterior, el estado de Massachussets había iniciado un procedimiento judicial para declararla obscena, y ahorrarle a los ciudadanos la necesidad de determinar por sí mismos si valía la pena leerla. Además, el juez Douglas observó que cuatro de siete jueces de la Corte Suprema de Massachussets habían concluido que *Fanny Hill* era obscena, mientras que cuatro de siete jueces de la Corte de Apelaciones de Nueva York habían concluido que no lo era; en su opinión, proscribir un libro a partir de una votación como esa equivalía a dejar que gobernaran las mayorías, en un ámbito en el que se había pensado que las minorías eran supremas y que sus gustos y opiniones debían ser tolerados.¹⁶¹⁷

La novela de John Cleland —*Memorias de una mujer de placer*— también fue objeto de un comentario por parte del reverendo John R. Graham, quien comparó esa novela con el ensayo de un sacerdote de Nueva York, Norman Vicent Peale, titulado *Pecado, sexo y autocontrol*.

1614 *Pamela, o la virtud recompensada*, publicada en 1740.

1615 *Clarissa, o la historia de una joven dama*, publicada en 1747-1748.

1616 *Cfr. Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966), nota 2 al pie de página.

1617 *Cfr. su opinión concurrente en Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

Según el reverendo Graham, ambos libros tratan de responder la vieja interrogante que apunta a determinar qué es moral; mientras el libro de Peale es percibido como un intento de redimir a la sociedad, se cree que *Memorias de una mujer de placer* es otro ejemplo de esa tendencia hacia un orden social inmoral. No obstante, Graham cree firmemente que *Fanny Hill* es una pieza literaria que puede calificarse de moral, llegando tan lejos como para sugerir que representa un punto de vista más moral que el del libro de Peale. En su opinión, *Fanny Hill* es una alegoría en que lo inmoral llega a ser moral, y en que lo contrario a la ética emerge como lo ético; porque nada aflige más que descubrir que lo que corrientemente se considera malo posee, en realidad, rasgos de amor y preocupación. Es irónico que en la trama de esa novela una muchacha que llega a hacerse prostituta encuentre calor, comprensión, y el significado del amor y la fidelidad en medio de un ambiente que la sociedad condena como deshonroso y depravado; porque afuera del prostíbulo, mientras el mundo reafirma su fe en la dignidad del hombre, las personas son tratadas como criaturas sin valor y sin importancia. En su opinión, Cleland nos está advirtiendo que uno debe ser cauteloso acerca de lo que se condena y de lo que se tiene en alta estima, y se atreve a sugerir que, en una situación que la sociedad condena como inmoral y envilecida, puede desarrollarse un genuino amor y respeto por la vida y por la gente. A juicio de Graham, lejos de glorificar el vicio, Cleland apunta su dedo acusador contra aquellos individuos que están tan seguros de lo que es ser moral. El mensaje de Cleland es que hasta que no aprendamos a respetarnos y a dejar tranquilos a los demás no podremos descubrir el significado de la moralidad.¹⁶¹⁸

Quien haya leído *Memorias de una mujer de placer* puede o no compartir el punto de vista del reverendo Graham; quien no lo haya leído puede considerar que no es un libro digno de formar parte de su biblioteca. Pero, sin lugar a dudas, nadie puede negar la fuerza de los argumentos esgrimidos en defensa de esta controversial novela, y lo difícil que a veces puede ser distinguir lo correcto de lo incorrecto, o lo moral de lo inmoral. En esas circunstancias, si valoramos la importancia de una sociedad pluralista, y si respetamos el punto de vista de la minoría en una sociedad democrática, aceptar que sean los órganos del Estado los que

¹⁶¹⁸ Cfr. su conferencia titulada *Dr. Peale and Fanny Hill*, dictada en diciembre de 1965, cuyo texto aparece en el apéndice de la opinión concurrente del juez William Douglas en *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

decidan por toda una nación —como decía el juez William Douglas—, resulta especialmente peligroso.

2. Los criterios para identificar el contenido de la moral

El carácter relativo de la moral pública obliga a concluir que en una sociedad respetuosa de los derechos humanos tal noción no puede ser utilizada por la minoría para imponer sus concepciones éticas a la mayoría, y decidir el tipo de ideas e informaciones que pueden ser objeto de la comunicación. La noción de moral pública a que se hace referencia en los instrumentos internacionales que comentamos, y que eventualmente permite restringir la libertad de expresión, debe ser el reflejo de valores ampliamente compartidos y aceptados por el grupo social.

Sin embargo, el punto de referencia no es una supuesta moral universal. Además, incluso admitiendo que la moral pública debe corresponder a las nociones éticas dominantes en una sociedad particular, queda por establecer cuál es esa sociedad cuyos valores sirven de medida o criterio para determinar el contenido de la moral pública; en este sentido, si bien es razonable asumir que ese marco de referencia lo proporciona la sociedad nacional, enmarcada en el Estado, puede observarse que también es posible recurrir a los patrones morales de un grupo más restringido, situado en una comunidad local; precisamente este último ha sido el criterio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁶¹⁹ En opinión del citado tribunal, para determinar si se está en presencia de material pornográfico, debe tomarse como punto de referencia si el ciudadano promedio (no aquel particularmente susceptible o sensible, ni tampoco aquel que es totalmente indiferente), aplicando los patrones contemporáneos de la comunidad, consideraría que cierto material es lascivo; pero la Corte advierte que no sería realista pretender que gente en Maine o Mississippi acepte la representación pública de una conducta que se considera tolerable en Las Vegas o en Nueva York, pues los gustos y las actitudes de la gente varían en los diferentes estados, y esta diversidad no puede ser ahogada por el absolutismo de una uniformidad impuesta; por

¹⁶¹⁹ *Cfr.*, por ejemplo, la noción de “patrones contemporáneos de la comunidad” (*‘contemporary community standards’*) empleada, *inter alia*, en Estados Unidos por la Ley de Telecomunicaciones de 1996, y por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miller v. California*, 413 U.S. 15(1973).

consiguiente, esta determinación debe hacerse aplicando los patrones contemporáneos de la comunidad local, y no los patrones nacionales.¹⁶²⁰

Por otra parte, tampoco se puede perder de vista que los patrones éticos nacionales pueden ser más liberales que los de una pequeña localidad mayoritariamente puritana, y que el propósito de los instrumentos internacionales de derechos humanos es situar la libertad de expresión en una posición preferente, que sólo excepcionalmente ceda ante consideraciones de moral pública o de otro tipo.

3. Las dimensiones de la moral pública

Más allá de su pertinencia, las características de la restricción que comentamos requieren precisar algunos de sus elementos, particularmente en lo que se refiere a su alcance o al efecto que el mensaje puede tener en la población y, en segundo lugar, en cuanto al contenido material de lo que forma parte de la moral pública.

A. La naturaleza “pública” de lo que se protege

En cuanto freno de la libertad de expresión, la moral pública parece estar dirigida básicamente a restringir el contenido mismo del mensaje, y sólo tangencialmente a regular aspectos relativos al lugar, la oportunidad, o el modo de su expresión. Sin embargo, el sentido de las disposiciones internacionales sobre esta materia indica que estas restricciones deben operar justo a la inversa; de lo contrario, al imponer a la población adulta el tipo de mensajes a los que les está permitido tener acceso en la intimidad de su hogar, o en un contexto que no ofende los sentimientos de la comunidad, se estaría destruyendo la esencia misma de la libertad de expresión. No debe perderse de vista que cualquier medida que con el pretexto de proteger la moral pública coarte la libertad de expresión debe ser debidamente proporcionada para alcanzar el fin legítimo que persigue, sin interferir innecesariamente con la libertad de expresión.

Sobre este particular, parece oportuno advertir que el interés que se trata de proteger es la moral “pública”, y no la moral privada del gobernante o censor de turno. Esto significa, entre otras cosas, que la libertad de expresión no puede ser coartada o restringida en la privacidad del ho-

¹⁶²⁰ *Cfr.* Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

gar, desde donde no puede constituir una amenaza para la moralidad pública; este punto de vista fue claramente expuesto por el juez Thurgood Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Stanley v. Georgia*, al expresar que:

cualquiera que sea la justificación de otras leyes regulando la obscenidad, no creemos que ellas puedan alcanzar hasta la privacidad del propio hogar. Si la Primera Enmienda significa algo, ella significa que no es asunto del Estado decirle a un hombre, sentado en la soledad de su propio hogar, qué libros puede leer o qué películas puede mirar. Toda nuestra herencia constitucional se rebela ante el pensamiento de darle al gobierno el poder de controlar las mentes de los hombres.¹⁶²¹

Los instrumentos internacionales que ocupan nuestra atención están en armonía con esta opinión, pues su propósito es proteger la moral *pública* y no imponer un determinado patrón de comportamiento ético en la vida privada de cada cual, desconociendo el valor de la tolerancia en una sociedad democrática.

En armonía con lo antes expuesto, la moral pública sólo puede prevalecer sobre la libertad de expresión cuando es necesario remover expresiones ofensivas, o que lesionan los derechos de otros. Pero, poner en la balanza la libertad de expresión y la moral pública no significa que, desde la partida, tengamos que inclinarnos a favor de esta última; este es un proceso que en una sociedad democrática debe emprenderse con especial cuidado y, por consiguiente, los tribunales deben actuar con suma cautela en la ponderación de estos dos bienes jurídicos.

En el caso de una persona que se paseó por los corredores del edificio de los tribunales de Los Ángeles, en el estado de California, llevando una chaqueta con las palabras “*Fuck the Draft*” plenamente visibles, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que aunque la palabra de cuatro letras que estaba siendo objeto de litigio tal vez era más desagradable que muchas otras de su género, muchas veces lo que era una vulgaridad para unos era lírica para otros; de manera que, precisamente porque los oficiales públicos no podían hacer distinciones escrupulosas en esta esfera, la Constitución de los Estados Unidos dejaba ampliamente al individuo las cuestiones de gusto y estilo. Por consiguiente, dicho tribunal rechazó que, actuando como guardián de la moralidad pública, el

¹⁶²¹ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

Estado pudiera remover del vocabulario público un epíteto grosero. Lo que es más importante, el tribunal consideró que no podía acceder a la fácil premisa de que se podía prohibir determinadas palabras sin correr el riesgo de que en ese proceso también se estuvieran suprimiendo las ideas que ellas encierran; en su opinión, el Estado no tiene derecho a depurar el debate público al extremo de que sea semántica o gramaticalmente agradable para los más delicados entre nosotros.¹⁶²² De manera similar, en su sentencia en el caso *United States v. Eichman*, ese mismo tribunal dijo estar consciente de que la profanación de la bandera era profundamente ofensiva para muchos, pero que lo mismo se podía decir, por ejemplo, de los epítetos étnicos y religiosos virulentos, del repudio con un lenguaje vulgar de la conscripción militar, o de caricaturas groseras; a juicio de la Corte, el principio en que se sustenta la libertad de expresión señala que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad considera que esa idea es en sí misma ofensiva o desagradable.¹⁶²³ Mientras los medios que se utilicen para transmitir nuestras opiniones o ideas sean pacíficos, el contenido del mensaje no tiene que ajustarse a un patrón de lo que pueda ser convencionalmente aceptable.

B. El contenido material de la “moral pública”

Ciertamente es loable el procurar proteger la sensibilidad moral de una sociedad, negando el amparo y protección del derecho a expresiones que puedan ofender principios éticos aceptados y compartidos por el cuerpo social, que forman parte del consenso mínimo indispensable para hacer posible la convivencia; sin embargo, resulta sorprendente que toda vez que se menciona la moral pública, en lo que concierne a su contenido material, se piensa, primordialmente, en conductas y expresiones de carácter puramente sexual. Para bien o para mal, éste ha sido el elemento que ha ocupado más páginas en la doctrina y la jurisprudencia, y que suele ser el que ha estado en la mente de los redactores de los textos legales que incorporan esta preocupación.

Sin duda que nuestro comportamiento público en materia sexual, al igual que nuestras expresiones públicas de contenido sexual, debe ser un

¹⁶²² *Cfr.* *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

¹⁶²³ *Cfr.* *United Sates v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

aspecto importante a cubrir por la noción de *moral pública*; pero nos parece que ella también debe comprender aspectos éticos de otro orden, no menos importantes que los primeros, y que con frecuencia son ignorados.

a. La violencia, el racismo y los mensajes morbosos

Un componente vital de la moral pública es el que se refiere al uso de la violencia. El uso excesivo que se hace de ella, particularmente en el cine y en la televisión, puede legítimamente ser restringido de acuerdo con la moral pública. En opinión de quien escribe estas líneas, éste es, también, el caso de la crueldad con los animales, a veces reflejada en pasatiempos que forman parte de la cultura de un sector de la población.

En esta misma categoría se pueden incluir los mensajes de contenido racista que, por no constituir una incitación a la hostilidad o la violencia, no están comprendidos entre aquellos respecto de los cuales hay una prohibición absoluta, que los excluye del ámbito de expresión protegida.

Es también este componente de la moral pública lo que llevó a la prensa a abstenerse de publicar la fotografía de la princesa Diana todavía agonizante, entre los hierros retorcidos de un carro, por considerar que su difusión hubiera transmitido un mensaje morbos y repudiable, contrario a nuestra noción de la moral pública. Ese mismo comportamiento fue observado por los medios de comunicación en el caso del atentado terrorista contra las torres del World Trade Center de Nueva York. En tal sentido, el manual de estilo de *El País*, de Madrid, expresa, entre sus principios, que las fotografías con imágenes desagradables sólo se publicarán cuando añadan información.¹⁶²⁴

Nada de lo anterior es éticamente tolerable, como parece demostrarlo el hecho de que, en muchas sociedades, por lo menos algunas de esas prácticas se encuentren prohibidas y sean severamente sancionadas. Sin embargo, llama la atención la ausencia de desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre este particular. En todo caso, es interesante observar que algunos medios de comunicación, en sus códigos deontológicos, han asumido voluntariamente ciertas restricciones en esta esfera; por ejemplo, entre los principios que orientan la política editorial de *El País*, de Madrid, se expresa que éste acoge todas las tendencias, excepto aquellas que propugnan la violencia para el cumplimiento de sus fines, y que di-

¹⁶²⁴ *Cfr. Libro de Estilo. El País*, 15a. ed., Madrid, El País, 1999, p. 27, punto 1.33.

cho periódico no publica informaciones sobre la competición boxística, salvo las que den cuenta de accidentes sufridos por los púgiles o reflejen el sórdido mundo de esta actividad. La línea editorial de dicho periódico es contraria al fomento del boxeo, y por ello renuncia a recoger noticias que puedan contribuir a su difusión.¹⁶²⁵

Por otra parte, tampoco puede perderse de vista la oportunidad o pertinencia de un mensaje que, en otras circunstancias, podría calificarse de morboso. Con mucha frecuencia, es precisamente una fotografía lo que se requiere para lograr transmitir una información o una denuncia que de otra forma no sería creíble o no tendría el impacto que proporciona la imagen. En 1986, en Panamá, las denuncias de la oposición contra el régimen de Manuel Antonio Noriega por abusos de poder y violaciones de derechos humanos parecían no tener mayor trascendencia; fue la publicación de la fotografía de uno de esos opositores —Hugo Sapadafora— torturado y decapitado, lo que generó en la opinión pública la suficiente indignación como para que se comenzara a percibir la verdadera cara del régimen.

b. La obscenidad y la pornografía

Tradicionalmente, son los mensajes de contenido sexual los que más han inquietado al legislador, y los que principalmente han sugerido los límites morales al contenido de la libertad de expresión. En este sentido, interpretando la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, la Corte Suprema de ese país ha dicho que el sexo y la desnudez no pueden ser explotados sin límite por las películas o las fotografías exhibidas en sitios públicos, del mismo modo como el sexo y el desnudo tampoco pueden exhibirse o venderse sin límite en esos sitios públicos.¹⁶²⁶

El pretender privar de inmunidad y protección expresiones ligadas al sexo, y que se caracterizan por su falta de contenido ético o porque éste es deficiente, careciendo absolutamente de valor social, no es enteramente objetable. El problema radica en precisar cuáles son los parámetros adecuados para identificar aquellos casos en que expresiones de contenido sexual puedan entrar en conflicto con la moral pública. Ya hemos in-

¹⁶²⁵ *Cfr. Libro de Estilo El País*, 15a. ed., Madrid, El País, 1999, p. 21, puntos 1.1 y 1.4.

¹⁶²⁶ *Cfr. Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

dicado que ella no corresponde exactamente con la moral del gobernante o del censor, pero ese no es un criterio adecuado y suficiente para definir qué es lo que resulta contrario a la moral pública y debe ser censurado; después de todo, no debe olvidarse que el conflicto surge del choque entre ésta y un derecho humano, que sólo puede verse coartado o restringido en circunstancias en que su ejercicio ocasiona un daño severo a otro interés jurídico relevante. La importancia y la jerarquía de la libertad de expresión implica la necesidad de tolerar ciertas opiniones, ideas o expresiones, que eventualmente pueden resultar contrarias a la moral (tales como el uso de un lenguaje vulgar, o la manifestación de opiniones contrarias a la moral más ortodoxa), justificando su restricción sólo en casos muy extremos. Es posible que la obscenidad y la pornografía sean buenos ejemplos de esos casos extremos o que, por el contrario, sean precisamente una de las pruebas de fuego de la libertad de expresión.

Las nociones de obscenidad y pornografía, como etiquetas utilizadas por el grupo social para calificar un mensaje que se considera inmoral, han marcado profundamente la historia de la censura en el mundo occidental. Según Anthony Burgess, al Estado nunca le ha agradado el sexo, porque es la única actividad humana poco dada a ser dirigida por la Iglesia o el gobierno; en su opinión, no es probable que el Estado, por muy democrático que sea, haga de Eros su santo patrón, pues no le gusta el sexo ni en la carne ni en los libros.¹⁶²⁷ De manera que, como ya se ha sugerido previamente, en la determinación del contenido de la moral pública, y procurando establecer criterios que permitan distinguir entre lo tolerable y lo censurable, uno de los aspectos más explorados en este campo tiene que ver con las nociones de obscenidad y pornografía, las cuales no se pueden confundir con el erotismo, que ha corrido una suerte distinta. Sin embargo, a pesar de tratarse de conceptos muy distintos, que están en relación de género a especie, no es infrecuente que los mensajes obscenos o pornográficos, que están igualmente sometidos a severas restricciones, en el derecho interno de los Estados sean utilizados como sinónimos.

i. *La noción de lo que es obsceno o pornográfico.* Lo primero que llama la atención es el carácter resbaladizo y ambiguo de estas dos expre-

¹⁶²⁷ *Cfr.* “¿Qué es pornografía?”, Madrid, *El País*, del 11 de enero de 1993, reproducido en la revista de *El País* del domingo 6 de mayo de 2001, edición especial con motivo del 25 aniversario de *El País*, p. 344.

siones, las cuales no son necesariamente equivalentes. Un enfoque extremo de lo que es obsceno o pornográfico podría sugerir que cualquier desnudo —masculino o femenino—, o cualquier representación de los órganos genitales, quedaría comprendida dentro de estas categorías; sin embargo, parece exagerado —y sin duda sería absurdo— el asumir que ello incluiría una obra pictórica como *La Maja Desnuda*, de Goya, una escultura como *El David*, de Miguel Ángel, o un texto de anatomía, que con propósitos puramente científicos presenta y describe los órganos sexuales. Sexo y obscenidad, al igual que sexo y pornografía, no son conceptos equivalentes, o sinónimos que puedan emplearse indistintamente. Probablemente, tales nociones deben estar referidas a la intención de quien está expresando sus ideas y sentimientos, o al efecto que tales formas de expresión pueden causar en la audiencia, o a ambos. En definitiva, son los convencionalismos, propios de una sociedad y de una época, los que atribuyen carácter obsceno a determinadas expresiones.

En una primera aproximación a estos conceptos, puede señalarse que *obsceno* es aquello que resulta ofensivo al pudor, y que la *pornografía* no es sino la descripción o representación gráfica de lo obsceno; en realidad, desde el punto de vista semántico, pornografía viene del griego *porne*, que significa prostituta, y que, por lo tanto, tiene un carácter bastante más reducido que lo que se ha sugerido previamente, pues supone únicamente la representación gráfica de la prostitución, ya sea utilizando escritos o imágenes. Por su parte, también desde el punto de vista semántico, lo obsceno deriva del latín *obscenus*, y sería aquello que no puede representarse en el escenario; lo que queda fuera de la escena y, por extensión, todo aquello que, por ofender el pudor social, no puede mostrarse públicamente. Pero la obscenidad también se ha asociado con la voz latina *ob-caenum*, que designa la porquería, la suciedad y la basura. Por consiguiente, en cualquier caso, a pesar del sentido eminentemente sexual que se le suele atribuir, lo obsceno tiene una connotación mucho más amplia. Mientras la pornografía puede caracterizarse como un medio para la excitación sexual, al que recurren fundamentalmente el cine, la televisión o la literatura, en un sentido restringido, la obscenidad podría definirse como una forma de relacionarse socialmente, que constituye un instrumento de agresión, y que ofende o lesiona lo que se entiende por decoro. Mediante la obscenidad, al hacer públicos procesos físicos y estados emocionales que forman parte del dominio privado, se degrada y disminuye la actividad humana; pero, según José Santaemilia y José Pru-

ñonosa, la obscenidad “no se halla en las palabras sino en la mente de quien las lee, en las asociaciones mentales que provoca o que son fruto de la invención. Lo obsceno no se halla habitualmente en el contenido de los textos sino en la manera de presentar dicho contenido: la obscenidad es una emoción, un sentimiento, una forma de hablar”.¹⁶²⁸ Mientras la obscenidad tiene una manifestación pública, la pornografía es un recurso que se utiliza eminentemente en la esfera privada, y que tiene algo de clandestino; la pornografía, que surge en el momento en que el placer o el deseo se convierten en mercancía, no designa la sexualidad, sino una particular representación de la misma, constituyéndose en una especie de obscenidad, que presenta la actividad sexual como algo indigno y vergonzoso. A diferencia del erotismo, que está ligado al amor y la belleza, tanto lo obsceno como lo pornográfico están asociados con los bajos instintos y con lo feo. Mientras el erotismo dignifica la sexualidad, la pornografía la degrada.

Pero es importante destacar el uso abusivo que se ha hecho de estas expresiones, y que, incluso después de los valiosos aportes de la obra de Sigmund Freud para comprender la sexualidad humana, los tabúes sociales han hecho que se siga recurriendo a los adjetivos de obsceno y pornográfico para descalificar buena parte de la literatura o el arte que de alguna manera aluden al sexo. En opinión de D. H. Lawrence, este uso abusivo de tales expresiones tiene que ver con una dosis de hipocresía, pues si la pornografía es aquello que procura despertar deseos sexuales o excitación sexual, por más enérgicamente que pretendamos negarlo, lo cierto es que a todos nos resulta agradable un discreto estímulo de la sexualidad, y que esto sigue siendo verdad para la mayoría de la gente, a pesar de uno o dos siglos de puritanismo; lo que sucede es que los hábitos de la multitud, que condenan cualquier alusión al sexo, son demasiado fuertes como para que podamos admitir ese hecho con naturalidad.¹⁶²⁹ Según el autor antes citado, la mitad de los grandes poemas, pinturas, obras musicales, o relatos que se han producido en el mundo son grandes en virtud de la belleza de su *sex appeal*, y hasta Miguel Ángel —que más bien detestaba lo sexual— no pudo librarse de llenar la cornucopia

¹⁶²⁸ Estudio introductorio de la novela de Cleland, John, *Fanny Hill, Memorias de una mujer de placer*, edición de José Santaemilia y José Pruñonosa, traducción de José Santaemilia y José Pruñonosa, Madrid, Cátedra (Grupo Anaya), 2000, p. 23.

¹⁶²⁹ Cf. “Pornography and Obscenity-1929”, *À propos of Lady Chaterley's Lover and other Essays*, Middlesex, Australia, Penguin Books, 1961, pp. 64 y ss.

con bellotas fálicas;¹⁶³⁰ en su opinión, no hay nada de malo en los apetitos sexuales en sí, en tanto sean directos, y no tortuosos o solapados, porque una justa medida de estímulo sexual tiene un valor inapreciable para la vida humana.¹⁶³¹ A juicio de Lawrence, la genuina pornografía —que él censuraría con rigor— se reconoce por su ultraje al sexo y al espíritu del hombre; es un insulto al cuerpo humano y a las relaciones humanas vitales, que presenta la desnudez de manera horrible y miserable, y que hace del acto sexual algo trivial y depravado, además de sórdido, frívolo y mezquino.¹⁶³²

Según Catharine MacKinnon, la distinción entre ambos conceptos radicaría en que, mientras la obscenidad es una idea moral, la pornografía sería una práctica política que conduce a la discriminación y la violencia; en su opinión, mientras la obscenidad es abstracta, la pornografía es concreta.¹⁶³³ En este mismo sentido, Lorenne M. G. Clark afirma que la pornografía, al igual que la violación, es una forma de deshumanizar a la mujer y convertirla en mero objeto sexual.¹⁶³⁴ Por el contrario, entre los defensores de la pornografía, Anthony Burgess sosténía que no está probado que ésta pueda considerarse un estímulo para mentes criminales, mientras que sí habría casos plenamente probados de la influencia de la Biblia en una mente criminal; de manera que, antes de prohibir la pornografía, debería prohibirse la religión. A juicio de Burgess, la pornografía puede considerarse como el elemento catártico de la gran mayoría, pues, nos guste o no, es muy difícil mantener la sexualidad apartada de tendencias criminales o políticas, como el deseo de dominación física, por lo que hay que dar rienda suelta a esas fantasías, y el mejor medio para hacerlo es la pornografía, que, al igual que la prostitución, es una de las válvulas de seguridad del Estado.¹⁶³⁵

1630 *Cfr.* “Pornography and Obscenity-1929”, *À propos of Lady Chaterley’s Lover and other Essays*, Middlesex, Australia, Penguin Books, 1961, p. 65.

1631 *Ibidem*, p. 66.

1632 *Ibidem*, p. 67.

1633 *Cfr.* “La pornografía no es un asunto moral”, en MacKinnon, Catharine y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997, p. 46.

1634 *Cfr.* “Liberalism and Pornography”, en Copp, David y Wendel, Susan (comps), *Pornography and Censorship*, Buffalo, Nueva York, Prometheus Books, 1983, p. 61.

1635 *Cfr.* “¿Qué es pornografía?”, *El País*, Madrid, 11 de enero de 1993, reproducido en la revista de *El País* del domingo 6 de mayo de 2001, edición especial con motivo del 25 aniversario de *El País*, p. 344.

En definitiva, los esfuerzos por definir lo obsceno no han producido resultados significativos, particularmente porque ésta es una noción altamente subjetiva. Para algunos, la Biblia,¹⁶³⁶ o dentro de ella el Cantar de los cantares,¹⁶³⁷ que por su belleza y sensibilidad ha servido como fuente de inspiración a muchos poetas, *La Vida de Benvenuto Cellini* (escrita por él mismo), *Las mil y una noches*, las esculturas de Pompeya, los templos eróticos de Kajurabo, las figuras grabadas en las cerámicas griegas, u otras obras literarias o artísticas, son claramente obscenas; para otros, en cambio, ellas pueden ser la expresión más elevada del arte, o de sus propias ideas y valores.

ii. *La obscenidad y la pornografía en el derecho comparado.* Inicialmente, en el derecho inglés la publicación de literatura obscena no era competencia de los tribunales civiles y sólo formaba parte del dominio de los tribunales eclesiásticos; pero, aunque no fue sino hasta 1727 cuando ésta se convirtió en delito en Inglaterra, ello no impidió que —por razones sociales— la literatura obscena y pornográfica sólo circulara clandestinamente. Esta circunstancia, común a otros países europeos, no puede perderse de vista al examinar su relevancia en una sociedad democrática.

Al igual que como sucede con la moral, la noción de lo que es obsceno no es la misma en todas las latitudes. Mientras en la jurisprudencia de los tribunales ingleses a este concepto se le ha atribuido un carácter suficientemente amplio, para comprender todo aquello que repugna, incluyendo mensajes de contenido sexual, mensajes de violencia u otros que estimulan el consumo de drogas, la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos ha distinguido entre los mensajes obscenos, que carecerían de protección constitucional, y aquellos mensajes que pueden caracterizarse como meramente indecentes. Sin embargo, hay que observar que en el derecho inglés esta última categoría también ha sido objeto de un tratamiento separado, distinguiendo los mensajes obscenos —en su sentido más amplio— de aquellos que se consideran indecentes. Según lord Parker, aunque estos dos conceptos no son sinónimos, ambos transmiten la idea de algo ofensivo a los patrones reconocidos y aceptados de comportamiento; mientras el mensaje indecente se situaría en la parte inferior de la escala, el mensaje obsceno lo haría en su parte supe-

¹⁶³⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Ezequiel 23:18, Proverbios 5:19, y Deuteronomio 23:1.

¹⁶³⁷ *Cfr.*, por ejemplo, 7:2 y 7:7.

rior.¹⁶³⁸ En el caso de un libro que contenía 122 fotografías de muchachos desnudos, con sus genitales como punto central de las mismas, aplicando la Ley de Aduanas (de 1876), se le calificó como indecente, y por lo tanto de importación prohibida; no obstante lo anterior, el mismo tribunal señaló que dicho libro no podía considerarse obsceno.¹⁶³⁹

Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales del cantón de Friburgo, en Suiza, ha señalado que la legislación que sanciona la obscenidad no ha definido este concepto, por lo que el mismo debe ser interpretado teniendo en consideración la intención y propósito de la ley, y su lugar en el contexto del sistema jurídico en su integridad. En este sentido, en el caso de un pintor a quien le fueron confiscadas tres pinturas calificadas de obscenas, el tribunal de instancia expresó que dichas pinturas eran, por lo menos, “repugnantes”, y que su “vulgaridad” era manifiesta; en la sentencia se afirma que si bien la sexualidad tiene un lugar en la historia del arte, ese no es el caso de estas pinturas, que caen en la crudeza.¹⁶⁴⁰ En el mismo sentido, el tribunal de apelaciones consideró que esas pinturas despertaban sentimientos de “repugnancia y aversión”, pues la actividad sexual se presentaba cruda y vulgarmente, sin ningún motivo, y sin que ese trabajo transmitiera ninguna idea. Pero es importante hacer notar que, a juicio del tribunal, lo importante no es el propósito que el artista haya tenido en mente, sino el efecto objetivo de esas imágenes en el observador; según el tribunal, una persona está advertida del carácter obsceno de una publicación cuando sabe que ésta trata de asuntos sexuales, y que cualquier ilustración o alusión escrita de tales asuntos, a la luz de las opiniones generalmente aceptadas, tendrá el efecto probable de ofender groseramente el natural sentido de decencia y de lo que es apropiado en un lector u observador promedio.¹⁶⁴¹ Mientras estas consideraciones subrayan lo vulgar o repugnante, e incluyen expresiones que no tienen un contenido puramente sexual, destacando el efecto repulsivo que producen, el acusado —por el contrario— había argumentado que lo obsceno busca directamente ex-

¹⁶³⁸ *Cfr.* su opinión en *R. v. Stanley* [1965] 2 QB 327, CCA, p. 333, citado por Bailey, S. H., Harris, D. J. y Jones, B. L., *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 334.

¹⁶³⁹ *Cfr.* *Customs and Excise Comrs. v. Sun and Health Ltd.* [1973], citado por Bailey, S. H. *et al.*, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 334.

¹⁶⁴⁰ *Cfr.* la cita de los párrafos pertinentes en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Müller and others*, sentencia del 24 de mayo de 1988, párrafo 14.

¹⁶⁴¹ *Ibidem*, párrafo 16.

citar la pasión sexual, y que su objetivo esencial debía ser el estimular los más bajos instintos humanos o el interés en una ganancia pecuniaria; pero, en su opinión, éste nunca sería el caso cuando la principal consideración es un propósito artístico o científico.¹⁶⁴² Para la División de Casación Penal de la Corte Federal suiza, cualquier artículo es obsceno cuando ofende, de una manera que es difícil de aceptar, el sentido de lo que es sexualmente apropiado; el efecto de la obscenidad puede ser el excitar a una persona sexualmente normal, o producirle asco o repulsión; pero lo que prueba si un artículo de cualquier naturaleza (tales como una publicación escrita, una película, o una pintura) es o no obsceno depende de si la impresión general que causa es el ofender la sensibilidad de una persona corriente; en todo caso, una obra de arte no sería obscena si su autor presenta en ella temas de naturaleza sexual en una forma artística, en que el elemento ofensivo es atenuado y cesa de predominar, de manera que no pueda ofender a un visitante desprevenido.¹⁶⁴³ Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la Corte Federal suiza encontró que las tres pinturas confiscadas ponían el énfasis en la sexualidad en su forma más cruda u ofensiva, y que éste era su ingrediente predominante, para no decir el único.¹⁶⁴⁴

La Corte Federal suiza distingue entre lo obsceno y lo pornográfico, situando la pornografía al margen de las formas de expresión protegidas. Así se desprende de su afirmación en el sentido de que respecto de las publicaciones pornográficas desprovistas de mérito artístico, literario o científico, la necesidad de su destrucción física es irreversible, no sólo por su falta de valor cultural, sino porque ésta es la única forma de proteger al público. Además, la Corte Federal sostiene que la disposición penal que sanciona la publicación de materiales obscenos no resulta aplicable a materiales inherentemente obscenos, pero que tienen un “genuino interés cultural”, y que debe distinguirse entre tales artículos y la pornografía pura; de manera que, en su opinión, el interés cultural de un artículo no impide que pueda ser obsceno, aunque habrá que adoptar medidas para impedir que sea accesible al público en general.¹⁶⁴⁵

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia más rica y abundante en materia de pornografía y obscenidad emana de los tribunales de los Estados Unidos. Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos han ido

¹⁶⁴² *Ibidem*, párrafo 15.

¹⁶⁴³ *Ibidem*, párrafo 18.

¹⁶⁴⁴ *Idem*.

¹⁶⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 21.

desde sostener que “la obscenidad no está dentro del área constitucionalmente protegida de la expresión”,¹⁶⁴⁶ pasando por la decisión en el caso de *Ulises*, de James Joyce, en la cual se aplicó un criterio cuantitativo, sosteniendo que dicha obra literaria estaba protegida por la libertad de expresión, pues ella no podía ser juzgada por meros pasajes aislados que eran absorbidos por el resto de la obra, hasta llegar a la decisión en el caso de *Memorias de una mujer de placer (Fanny Hill)*, de John Cleland, en la cual se señaló que cualquier obra que tuviera algún “valor social”, por pequeño que éste fuera, gozaba de la protección de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, relativa a la libertad de expresión.¹⁶⁴⁷ Los tribunales federales y estatales de Estados Unidos también han contribuido en este proceso de delimitar el ámbito de protección de la libertad de expresión, cuando entra en conflicto con la moral pública, en casos como *El amante de Lady Chatterley*, en donde, en opinión de la Corte, aunque hubiera pasajes que considerados aisladamente pudieran ser calificados de obscenos, ellos no lograban absorber el tema dominante del libro, y que éste no iba más allá de los patrones contemporáneos de la comunidad y los límites de la tolerancia, o en la decisión en *Trópico de Cáncer*, de Henry Miller, señalando que una publicación obscena estaría desprovista de protección sólo cuando es “absolutamente” carente de importancia social.

La legislación inglesa sobre publicaciones obscenas también contempla la posibilidad de que una publicación que tomada en su conjunto pueda considerarse que tiene una tendencia a corromper o a depravar a su posible audiencia, pueda, no obstante, afirmarse que está protegida, en la medida en que pueda contribuir al bien común (*public good*), promoviendo ciertos fines u objetivos.¹⁶⁴⁸ En el caso del libro *Last Exit to Brooklyn*, lord Salmon sostuvo que

el jurado debe considerar, por una parte, el número de lectores que ellos estiman que tendrán una tendencia a depravarse y corromperse con el libro, la fuerza de esa tendencia a depravarse y corromperse, y la naturaleza de esa depravación o corrupción; por otro lado, ellos deberán apreciar la

¹⁶⁴⁶ *Roth v. United States*, y *Alberts v. California*, 354 U.S. 476, 77 S. Ct. 1304, 1 L. Ed. 2d 1498 (1957), reproducido en Paul Freund y otros, *op. cit.*, p. 1286.

¹⁶⁴⁷ *Cfr. “Memoirs” v. Massachusetts* 383 U.S. 413, 86 S. Ct. 975, 16 L. Ed. 2d 1 (1966), reproducido en Paul Freund y otros, *op. cit.*, pp. 1291 y ss.

¹⁶⁴⁸ *Cfr.* la sección 4 de la Ley de Publicaciones Obscenas.

fortaleza literaria, o los méritos sociológicos o éticos que ellos consideran que posee el libro. Seguidamente ellos deberían pesar todos estos factores y decidir si, en el balance final, está probado que la publicación se justifica en interés del bien común. Un libro puede no tener ningún valor; puede tener méritos reales pero escasos, o puede ser la obra de un genio. Entre esos extremos, los matices son casi infinitos. Un libro puede tener la tendencia a depravar y corromper un número importante pero comparativamente pequeño de sus lectores, o un amplio número, o incluso la mayoría de sus lectores. La tendencia a depravar y corromper puede ser fuerte o débil. La depravación y corrupción también puede tomar formas muy variadas. Puede inducir deseos eróticos de naturaleza heterosexual, o promover la homosexualidad u otras perversiones sexuales, o el consumo de drogas, o la violencia brutal. Pero corresponde al jurado considerar y evaluar todos estos asuntos; es a ellos a quienes corresponde decidir, a la luz de la importancia que le atribuyan a cada uno de estos factores, si la publicación es en aras del bien común. Es el jurado quien debe decidir cuáles son los patrones de lo que es aceptable, o qué es lo que, en la era en que vivimos, puede considerarse en interés del bien común.¹⁶⁴⁹

En consecuencia, toda vez que el interés general lo requiera, se admite que debe permitirse una publicación, incluso a pesar del carácter obsceno de ella. En Inglaterra, la misma Ley sobre Publicaciones Obscenas proporciona suficientes elementos de juicio para definir qué se entiende por bien común o interés general (*public good*), refiriéndose a la literatura, a la ciencia, el arte, la enseñanza, y “otros temas de interés general”, de lo que se puede deducir el propósito de proteger valores intelectuales o estéticos. En un caso en que se argumentaron ante el tribunal los supuestos méritos educativos de una revista pornográfica, con lo que se le pretendía calificar como una publicación para la “enseñanza” (*learning*), Lord Widgery, en nombre de la Corte, subrayó que la cuestión fundamental era que, en este contexto, la enseñanza (*learning*) era un sustantivo, cuyo único significado posible era el producto de la investigación académica, y que estaba vinculado con la excelencia inherente que deriva de dicha actividad.¹⁶⁵⁰ Pero los tribunales ingleses también han recha-

¹⁶⁴⁹ R. v. Calder and Boyars Ltd. [1969] 1 QB 151, CA (Cr. D), p. 171, citado por Bailey, S. H. *et al.*, en *Civil Liberties: Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 1991, p. 329.

¹⁶⁵⁰ *Cfr. A-G's Reference* (núm. 3 of 1977) [1978] 3 A 11 ER 1166, CA (Cr. D), citado por Bailey, S. H. *et al.*, en *Civil Liberties: Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 1991, p. 330.

zado que como parte de ese interés general pueda alegarse el valor supuestamente psicoterapéutico de una publicación respecto de personas incapaces de lograr una relación heterosexual satisfactoria, de homosexuales u otras personas con inclinaciones sexuales pervertidas, para quienes el acceso a esos materiales podría actuar como una válvula de escape y aliviar sus tensiones, liberándolos de desórdenes psicológicos que pudieran derivar en actividades antisociales, e incluso criminales; de lo contrario, mientras más obscena fuera una publicación, mayor sería la probabilidad de que este argumento fuera aplicable, con lo que se desvirtuaría el propósito de la ley.¹⁶⁵¹

iii. *El propósito de su prohibición.* Aunque el esfuerzo de la teoría y la jurisprudencia ha abordado el problema de definir qué es obsceno, con diferentes resultados, no ha existido una preocupación paralela dirigida a explicar por qué debe prohibirse.¹⁶⁵² En todo caso, si la prohibición o reglamentación de la obscenidad o pornografía intenta fundarse en la protección de la moral pública, dentro del marco de los instrumentos internacionales que comentamos, los fundamentos de la misma se ven considerablemente reducidos. Si el propósito es proteger a los niños o adolescentes de la influencia de la pornografía, entonces tal objetivo se puede lograr impidiendo el acceso de éstos a la pornografía; por el contrario, si el propósito es mantener un ambiente comunitario decente e impedir que se lastime la sensibilidad ética de la audiencia, tal vez ello se podría lograr confinando la venta de literatura pornográfica, o la exhibición de películas pornográficas, a una determinada zona de la ciudad.

Otra explicación que se ha sugerido para justificar la censura de materiales obscenos o pornográficos es la creencia en que ese material pueda generar una conducta sexual antisocial, y conducir a la comisión de hechos delictivos.¹⁶⁵³ Sin embargo, el juez William Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha señalado que si uno fuera a hacer juicios sobre la base de especulaciones, uno podría asumir que la literatura

¹⁶⁵¹ *Cfr.* la opinión de lord Wilberforce en *DPP v. Jordan* [1977] AC 699, HL, citado por Bailey, S. H. *et al.*, en *Civil Liberties: Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 1991, p. 329.

¹⁶⁵² *Cfr.*, en este sentido, Gunther, Gerald, *op. cit.*, p. 1283.

¹⁶⁵³ *Cfr.*, por ejemplo, Lockhart and McClure, "Literature, the Law of Obscenity and the Constitution", *Minnesota Law Review*, vol. 38, 1954, pp. 295 y ss.

pornográfica proporciona un sustituto —y no un estímulo— para la conducta sexual antisocial.¹⁶⁵⁴

Por otra parte, no obstante que ya se comenzaba a discutir sobre el efecto que la pornografía puede tener en la percepción que la sociedad tiene de las mujeres, y aun cuando fue en la década de los años sesenta cuando se comenzó a prestar tanta atención a la igualdad como a la libertad, es importante subrayar que el afán por asegurar la igualdad no se reflejó en las decisiones sobre obscenidad y pornografía que se adoptaron por los tribunales estadounidenses en esa misma época.¹⁶⁵⁵

Pero cualquier regulación de lo obsceno o pornográfico no puede ignorar algunas distinciones previas. En primer lugar, debe considerar la distinción entre imponerle agresivamente un material obsceno o pornográfico a una audiencia poco dispuesta, y simplemente proporcionarle ese material a quien lo busca o lo solicita; en segundo lugar, debe distinguirse entre la palabra escrita, que no tiene un efecto ofensivo inmediato, y los mensajes transmitidos a través de otros medios de expresión. La forma como el derecho comparado ha tratado estos aspectos es muy variada, dependiendo tanto del impacto del mensaje como de la accesibilidad del mismo.

iv. *La obscenidad como límite de la libertad de expresión.* A partir de su decisión en *Kois v. Wisconsin*,¹⁶⁵⁶ y particularmente luego de su decisión en *Roth v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido como firmemente establecido que la expresión de contenido obsceno no está protegida por la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹⁶⁵⁷ En opinión de ese alto tribunal,

cuálquier idea que tenga la más mínima importancia social —ideas poco ortodoxas, controversiales, o incluso odiosas para el clima de opinión predominante—, tienen la plena protección de las garantías [de la Constitución], a menos que estén excluidas porque caen en un área de intereses más importantes. Pero el rechazo de la obscenidad como absolutamente

¹⁶⁵⁴ *Cfr.* su opinión concurrente en *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966). El juez Douglas cita en su respaldo un artículo de Murphy, “The Value of Pornography”, *Wayne Law Review*, vol. 10, 1964, p. 661 y nota 19.

¹⁶⁵⁵ *Cfr.*, en este sentido, Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, pp. 11 y ss.

¹⁶⁵⁶ *Kois v. Wisconsin*, 408 U.S. 229 (1972).

¹⁶⁵⁷ *Cfr. Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

carente de importancia social está implícito en la historia de la primera enmienda.¹⁶⁵⁸

Según la Corte, habría ciertos tipos de expresión bien definidas y estrechamente limitadas cuya prevención y castigo nunca habría planteado problemas constitucionales, y que incluirían lo lascivo y obsceno, pues no serían parte esencial de ninguna exposición de ideas, y tendrían tan escaso valor social como paso a la verdad, que cualquier beneficio derivado de ellas sería menos relevante que el interés social en el orden y la moralidad.¹⁶⁵⁹ A juicio de ese alto tribunal, 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; sería 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.¹⁶⁶⁰ Esta excepción ha sido duramente criticada por el juez William Douglas, quien ha sostenido que en los antecedentes históricos de la garantía constitucional de la libertad de expresión no hay ningún fundamento que la justifique; según Douglas, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos fue el resultado de una época robusta y no remilgada o gazmoña, que ya había visto la publicación de algunos clásicos de la literatura pornográfica, tales como *The Erotic in Literature*, de D. Loth; *The Toast*, de William King, y *Memorias de una mujer de placer*, de John Cleland, prácticamente sin interferencia gubernamental; el juez Douglas nos recuerda que fue también en esta misma época cuando Benjamín Franklin escribió su *Advice to a Young Man in Choosing a Mistress*.¹⁶⁶¹ El juez Douglas observa que aunque el advenimiento de la imprenta desató la censura en Inglaterra, en un primer momento lo obsceno no estaba dentro del radio de acción de lo oficialmente prohibido, que apuntaba a lo blasfemo y lo sedicioso; más bien, se consideraba que las publicaciones obscenas plan-

¹⁶⁵⁸ *Idem*.

¹⁶⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁶⁰ *Cfr.* *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁶⁶¹ *Cfr.* su opinión disidente en *United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).

teaban problemas éticos, a ser conocidos por los tribunales eclesiásticos, pero no por los tribunales del Estado.¹⁶⁶² En el caso de una persona condenada por enviar a través del correo material sexualmente explícito, calificado como obsceno, a quienes no lo habían solicitado y que de ninguna manera habían indicado su deseo de recibirla, el mismo juez Douglas estimó que aunque esos materiales podían ser basura, también era basura mucho de lo que se decía en las campañas políticas, en la prensa diaria, en la televisión, o en la radio; gracias a la garantía de la libertad de expresión —y en su opinión solamente por ello— los autores de esos mensajes no habían sido amenazados o humillados porque sus ideas pudieran ser ofensivas para algunos.¹⁶⁶³ Por consiguiente, en la medida en que ni la razón ni la historia autorizan excluir de la garantía constitucional ninguna clase particular de expresiones, la conclusión inevitable es que ningún interés social en suprimir la literatura obscena puede imponerse a la garantía de la libertad de expresión para justificar la censura.¹⁶⁶⁴

Por otra parte, no obstante lo dicho precedentemente, es importante subrayar que, en 1975, en una decisión redactada por el juez William Douglas, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que por lo menos en ausencia de la distribución de materiales obscenos a menores de edad o de su exposición a adultos renuentes a verse expuestos a dicho tipo de mensajes, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohibiría al Estado suprimir totalmente materiales sexualmente explícitos sobre la base de su carácter obsceno.¹⁶⁶⁵

Con todos los riesgos que ello supone para la libre expresión de las ideas e informaciones, si bien podría aceptarse —como hipótesis de trabajo— que tanto lo obsceno como lo pornográfico no son dignos de la garantía de la libertad de expresión, ya sea porque no constituyen “expresión”,¹⁶⁶⁶ o porque carecen de todo “valor social”.¹⁶⁶⁷ La primera de estas proposiciones ya ha sido examinada previamente; en cuanto a la segunda, puede decirse que una obra tendrá “valor social” si contribuye a

1662 *Idem.*

1663 *Cfr.* su opinión disidente en *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

1664 *Cfr.* su opinión concurrente en *Memoirs v. Massachussets*, 383 U.S. 413 (1966).

1665 *Cfr.* *McKinney v. Parsons*, 423 U.S. 960 (1975).

1666 *Cfr.* *Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957) y *Alberts v. California*, 354 U.S. 476 (1957).

1667 *Cfr.* ‘*Memoirs v. Massachussetts*, 383 U.S. 413, 86 S. Ct.975, 16 L. Ed. 2d 1 (1966), reproducida en Paul Freund y otros, *op. cit.*, pp. 1291 y ss.

las necesidades del grupo o al intercambio de ideas, y no solamente si es parte de una práctica que refleja ciertas ideas.¹⁶⁶⁸ En este sentido, F. Schauer sostiene que la obscenidad no forma parte de la expresión protegida no por el hecho de tener un efecto físico, sino porque no tiene nada más que aportar;¹⁶⁶⁹ de manera que, al pretender que se equipare la explotación comercial de la obscenidad con el debate político y el intercambio libre y robusto de ideas, en opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se disminuye la concepción majestuosa que se tiene de la libertad de expresión.¹⁶⁷⁰ Pero el mencionado tribunal sustituyó el criterio del mero “valor social”, o de cualquier importancia social que actúe como atenuante, por el de un “serio” valor literario, artístico, político o científico,¹⁶⁷¹ con lo que se le confiere a los tribunales el peligroso poder de evaluar la seriedad y el valor de un mensaje, así como la importancia y seriedad de las ideas allí contenidas, permitiendo que se diluya buena parte de la garantía de la libertad de expresión, que según la Corte estaría reservada sólo para mensajes que contribuyan “seriamente” a enriquecer el mercado de las ideas.

Por otra parte, tampoco se puede perder de vista la connotación política que tiene la obscenidad —o la pornografía— en cuanto pueda fortalecer determinadas prácticas sociales, o en cuanto pueda contribuir a un cambio social no deseado, afectando los valores culturales de una comunidad.¹⁶⁷²

v. *Los criterios para la determinación de lo obsceno.* En principio, y sin perjuicio de la noción más amplia enunciada por los tribunales ingleses, lo obsceno suele caracterizarse como el énfasis exagerado y morboso en el sexo, y particularmente con la representación de prácticas anormales y pervertidas. Pero identificar los elementos que distinguen la obscenidad plantea problemas teóricos y prácticos que con justa razón fueron caracterizados por el juez Harlan, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, co-

¹⁶⁶⁸ *Cfr.* Baker, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 9.

¹⁶⁶⁹ *Cfr.* *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 182.

¹⁶⁷⁰ *Cfr.* *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁶⁷¹ *Cfr.* *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

¹⁶⁷² *Cfr.* Baker, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 10.

mo algo difícil de manejar;¹⁶⁷³ desde luego, un libro de medicina, que probablemente contendrá numerosas ilustraciones y descripciones de la anatomía humana, el catálogo de las obras de arte de un museo, o un programa de televisión sobre control de la natalidad, a pesar del efecto que puedan producir en los receptores del mensaje, difícilmente pueden calificarse de obscenos. No obstante, después de varias decisiones sobre el particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la obscenidad requiere la presencia de tres elementos: a) que el tema dominante, en su conjunto, apele al interés lascivo en el sexo; b) que la expresión que se objeta sea manifiestamente ofensiva en cuanto constituya una afrenta a los patrones contemporáneos de la comunidad relativos a la descripción o representación de asuntos sexuales, y c) que la forma de expresión que se objeta sea enteramente carente de valor social.¹⁶⁷⁴ Cada uno de estos criterios constitucionales debe aplicarse de manera independiente, y una obra podrá calificarse como obscena sólo cuando todos ellos estén presentes. En el caso de *Memorias de una mujer de placer* —prohibida en Estados Unidos hasta 1966—, aunque se dio por establecido que dicha publicación tenía carácter lascivo y era manifiestamente ofensiva, el citado tribunal se negó a calificarla de obscena, puesto que no se demostró que careciera de valor social; muy por el contrario, los expertos que testificaron en el caso declararon que se trataba de una obra de arte que tenía “méritos literarios y valor histórico”, y que contenía mucho de “comedia deliberada y calculada”. En opinión de uno de los expertos, se trataba de una pieza de historia social, de importancia para cualquiera que tuviera interés en la ficción como forma de comprender la sociedad del pasado.¹⁶⁷⁵ El tribunal rechazó que se pudiera ponderar el carácter lascivo y manifiestamente ofensivo de la obra como suficiente para imponerse sobre el valor social de ella. Antes de que una publicación pueda calificarse de obscena deben concurrir estos tres elementos, y para determinar la presencia de los mismos, y particularmente a fin de apreciar el carácter literario, cultural o educativo de un libro, además del testimonio de expertos, la Corte también ha aceptado otro tipo de evidencias, tales

¹⁶⁷³ *Cfr.* su opinión concurrente y disidente en *Interstate Circuit, Inc. v. Dallas*, 390 U.S. 676 (1968).

¹⁶⁷⁴ *Cfr.* *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966). También, *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁶⁷⁵ *Cfr.* *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

como la crítica literaria, que indica que una publicación es suficientemente valiosa como para ameritar el serio comentario de los críticos.

El valor social de la obra, como un elemento esencial para determinar su carácter obsceno, fue incorporado por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de su decisión en *Memoirs v. Massachusetts*, y hace extremadamente difícil que una obra literaria pueda ser calificada como obscena. Antes de dicha decisión, el criterio establecido en *Roth v. United States* indicaba que el elemento esencial era el carácter de la obra, definido por su tema predominante, que no se veía alterado por la consideración tangencial de otros temas de naturaleza diferente.¹⁶⁷⁶

Por otra parte, no obstante reconocer que según el diccionario Webster lo pornográfico constituye un subgrupo de todo lo que es obsceno, la Corte Suprema de los Estados Unidos parece haber identificado como sinónimos los conceptos de obscenidad y pornografía, al referirse a “lo que constituye material obsceno, pornográfico, sujeto a regulación de acuerdo a los poderes de policía de los Estados”.¹⁶⁷⁷ Por el contrario, en el derecho inglés lo obsceno es aquello que tiene una tendencia a corromper o depravar, por lo que en el marco de dicho ordenamiento jurídico esta noción no puede estar confinada a asuntos estrictamente sexuales.¹⁶⁷⁸

vi. *Los parámetros para identificar lo obsceno o pornográfico.* Determinar los criterios idóneos para identificar aquello que por ser obsceno es contrario a la moral pública no es tarea fácil. Ya sea que se recurra a los patrones éticos de la comunidad, o al supuesto valor social del mensaje, siempre estaremos en presencia de criterios eminentemente subjetivos, difíciles de medir. Tampoco es fácil optar por el juicio de expertos, que sean los que decidan si un determinado artículo es o no obsceno. Pero mientras el testimonio de expertos sobre este particular ha sido admitido en los tribunales estadounidenses, el mismo ha sido rechazado por los tribunales ingleses, que consideran que éste es un asunto que debe ser resuelto por el jurado.¹⁶⁷⁹

Un punto de referencia puede ser el efecto en el ciudadano medio. En el caso *Cohen v. California*, en que el afectado había sido condenado por

1676 *Cfr.* *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

1677 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

1678 *Cfr.*, en este sentido, *Bailey, S. H. et al.*, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 323.

1679 *Cfr.* *Lord Widgery CJ*, en *R. v. Anderson* [1972] 1 QB 304, p. 313.

pasearse por el corredor del edificio de los tribunales de Los Ángeles usando una chaqueta con la inscripción “*Fuck the Draft*”, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó que éste fuera un caso de obscenidad; según el citado tribunal, para que la expresión que se objetaba pudiera calificarse como obscena ella debía ser erótica de una manera significativa, y no podía sostenerse, plausiblemente, que esa alusión vulgar al servicio de reclutamiento pudiera generar tal estimulación psíquica en cualquiera que pudiera observar el mensaje inscrito en la chaqueta de Cohen.¹⁶⁸⁰

En este mismo sentido, en Inglaterra, según la Ley de Publicaciones Obscenas de 1959, enmendada por la ley de 1964, un artículo es obsceno si tiende a depravar y corromper a las personas que puedan tener acceso a leerlo, verlo u oírlo. Sobre esta noción de lo que el derecho inglés entiende por obsceno, lord Wilberforce observó que ningún artículo puede considerarse obsceno en sí mismo, sino con relación a sus probables lectores, observadores u oyentes. Pero en cada caso los jueces, o los jurados, están llamados a indicar quiénes son esos probables lectores, observadores u oyentes, y si el artículo en cuestión está en capacidad de depravarlos o corromperlos.¹⁶⁸¹

Un elemento digno de atención, que se ha planteado en más de una ocasión, es el que se refiere a artículos que, no obstante abordar crudamente temas sexuales, no tienen la tendencia a corromper y depravar, sino que, por el contrario, producen aversión a los actos descritos en el mensaje que se cuestiona. Por ejemplo, en *R. v. Calder and Boyars Ltd.*, en el que se juzgaba el carácter obsceno de *Last exit to Brooklyn*, de Henry Miller, la defensa alegó que el libro ofrecía, de manera condenatoria y compasiva, una descripción gráfica de las profundidades de la depravación y la degradación de la vida en Brooklyn, pero que el único efecto que ese texto podía tener en el lector era una sensación de horror, de repulsión, y de lástima; este libro llevaba al lector a compartir el horror que describía, produciéndole tal repugnancia y disgusto que, en vez de estimularlo a la homosexualidad, el consumo de drogas, o la violencia brutal y sin sentido, lo conduciría a hacer lo que estuviera a su alcance para erradicar esos males y las condiciones sociales que los hacían posi-

1680 *Cfr. Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

1681 *Cfr. DPP v. Whyte* [1972] AC 849, HL, p. 860, citado por Bailey, S. H. *et al.*, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 322.

bles.¹⁶⁸² En el mismo sentido, en *R. v. Anderson* se sostuvo que muchas de las ilustraciones de la revista *Oz*, que dieron origen a este procedimiento judicial, eran tan desagradables que tenían un efecto repulsivo, que lejos de conducir a la tentación de experimentar ese tipo de actos llevaba a los lectores a descartar un comportamiento semejante.¹⁶⁸³ En ambos casos, las sentencias condenatorias, en las que se había aplicado la Ley de Publicaciones Obscenas, fueron revocadas.

Otro elemento a considerar puede ser el propósito de la obra. A diferencia de lo sostenido por lord Wilberforce, lord Pearson estima que el carácter obsceno de un artículo depende de lo que se está haciendo o de lo que se va a hacer con él; por ejemplo, si hay un libro serio sobre las psicopatías sexuales, diseñado para ser leído por el personal médico o científico que se ocupa de esos asuntos, y ese libro es mantenido en la biblioteca de un hospital o de una universidad, reservado para el uso del personal antes mencionado, tal libro no puede considerarse obsceno, incluso si llegara a caer en manos de la persona equivocada, que pudiera pervertirse con él.¹⁶⁸⁴ En todo caso, el criterio sugerido por lord Pearson no impide aplicar las sanciones previstas en la Ley de Publicaciones Obscenas en caso de que el libro mencionado en el ejemplo propuesto se encuentre accesible a cualquier persona que lo desee consultar; tampoco es evidente que, en caso de que sea precisamente un miembro del personal médico o científico el que se pervierta o corrompa con su lectura, no deba sancionarse al autor del libro o a quien se lo haya facilitado. En tal sentido, lo sostenido por la Cámara de los Lores, sosteniendo que si un artículo produce en la mente de su audiencia pensamientos que un juez o un jurado consideran que han corrompido y depravado las mentes de la audiencia, el artículo es obsceno,¹⁶⁸⁵ sólo sirve para reforzar las aprehensiones anteriores.

En alguna medida, el criterio expuesto por lord Pearson también estuvo presente en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictada en el caso de *Memorias de una mujer de placer*. En efecto, en dicha sentencia la Corte señala que las circunstancias de producción, venta y publicidad de la obra son relevantes para determinar si dicha publicación o su distribución está constitucionalmente protegida; de manera que

1682 *Cfr. R. v. Calder and Boyars Ltd.* [1969] 1 QB 151 CA (Cr D), Salmon LJ, p. 168.

1683 *Cfr. R. v. Anderson* [1972] 1 QB 304 CA (Cr D), Lord Widgery CJ, p. 314.

1684 *Idem.*

1685 *Ibidem*, p. 323.

si hubiera evidencia de que una publicación ha sido explotada comercialmente sólo por su interés lascivo, con prescindencia de cualquier otro valor, esa circunstancia podría justificar la conclusión de que dicha publicación carece de valor social.¹⁶⁸⁶ Sin embargo, para el juez William Douglas es inexplicable que una publicación que se admite que posee valor social pueda, no obstante, prohibirse debido a la forma en que ese libro es comercializado o vendido; porque, sin importar lo florido de su cubierta o el tono de su comercialización, el contenido del libro continúa siendo el mismo.¹⁶⁸⁷

La definición e identificación de la pornografía también ha inquietado a novelistas como Anthony Burgess, quien, subrayando la intención de su autor, sostenía que hay tres formas de emplear un medio de expresión. La primera es la imaginativa, que pertenece al arte, y que, una vez que la imaginación entra en juego, hace imposible la pornografía; la segunda es la didáctica, que tiene el propósito de enseñar o mostrar, y la tercera es la pornográfica, cuyo propósito es estimular la carne y conseguir una descarga sexual. En opinión de Burgess, la pornografía ciertamente es anti-social, pero “como tal, no puede ser inmoral... Sólo condenamos la pornografía cuando pretende ser algo que no es, es decir, una obra de arte. El propósito del arte es disparar la imaginación. El de la pornografía, mantener la atención anclada en la carne. El arte puede invocar a los ángeles; la pornografía no tiene alas”.¹⁶⁸⁸

En una primera aproximación a este tema y a las posibles respuestas del derecho de los derechos humanos, parece conveniente distinguir entre lo que los anglosajones han denominado “*hard-core pornography*”—esto es, la pornografía más cruda, que no ofrece ninguna duda en cuanto a su carácter— y “*soft pornography*”, vale decir, aquella menos repulsiva y—probablemente—tolerable. A este respecto, conviene observar que el Informe Williams, presentado al gobierno británico el 31 de octubre de 1979, y elaborado por la comisión real a la cual se le recomendó la tarea de investigar la “obscenidad, la indecencia y la violencia en publicaciones, entretenimientos y exhibiciones”, concluyó que “la palabra escrita no debería ser restringida ni prohibida puesto que su natura-

1686 *Cfr.* *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

1687 *Cfr.* su opinión concurrente en *Memoirs v. Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966).

1688 “¿Qué es pornografía?”, *El País*, Madrid, 11 de enero de 1993, reproducido en la revista de *El País* del domingo 6 de mayo de 2001, edición especial con motivo del 25 aniversario de *El País*, p. 344.

leza no la hace inmediatamente ofensiva ni capaz de involucrar los daños que hemos identificado, y debería considerarse su importancia para comunicar ideas".¹⁶⁸⁹ Quiérase o no se quiera, las decisiones de los tribunales han tratado el mensaje escrito de manera diferente a otras formas de expresión; en este sentido, cuando en 1976 los tribunales ingleses absolvieron a los editores del libro *Inside Linda Lovelace*, la policía metropolitana de Londres observó que a partir de ese momento sería improbable aplicar con éxito a la palabra escrita las disposiciones de la Ley de Publicaciones Obscenas porque, si ese libro no lo era, difícilmente habría otro que pudiera ser calificado como tal.¹⁶⁹⁰ Asimismo, habría que distinguir entre la pornografía verbal —escrita u oral— y la pornografía gráfica o simbólica (expresada en el cine, la fotografía, esculturas o caricaturas), pues a la hora de establecer cuál es el interés social prevaleciente —la libertad de expresión o la moral pública— o de indicar el grado y alcance de la censura, esta distinción tendrá una importancia significativa. Por otra parte, en el caso de aquella pornografía que se manifiesta en fotografías o películas, un aspecto que también debe ser considerado es el que se refiere a la participación voluntaria o forzada de sus protagonistas; en ese sentido, parece razonable restringir la libertad de expresión cuando ella es el resultado de la violencia en contra de la mujer, o cuando involucra la intervención de menores de edad a los que es necesario proteger. En estos dos últimos casos, lo normal será que la legislación interna estatal sancione como delito tales prácticas —la violencia en contra de la mujer o la utilización de niños en producciones pornográficas—, no pudiendo derivar de ellas ningún derecho.

En el marco de la Convención Europea, la hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos llegó a sostener que el artículo 10 de la Convención le permite al Estado un "margen de apreciación al determinar los límites que puede establecerse respecto de la libertad de expresión"¹⁶⁹¹ dejando, en consecuencia, en manos del Estado la facultad de decidir qué es contrario a la moral pública. La aplicación de este criterio permitió a la Comisión, rechazar la queja en el caso 1167/61 contra la

¹⁶⁸⁹ *Informe Williams*, citado por John Sutherland, en *Offensive Literature: Decensorship in Britain 1960-1982*, Londres, Junction Books, 1982, pp. 176 y ss.

¹⁶⁹⁰ Cfr. el *Informe Williams*, p. 35, citado por Bailey, S. H. et al., *Civil Liberties: Cases and Materials*, Londres, Butterworths, 1991, p. 328.

¹⁶⁹¹ Solicitud núm. 753/60 contra Austria, *Yearbook* 3, p. 321, y solicitud núm. 1167/61 contra la República Federal Alemana, *Yearbook* 6, p. 204.

RFA, en donde el peticionario (que comparecía conjuntamente con una cámara de comercio de la cual él era miembro) había sido condenado a prisión por haber violado las obligaciones que le imponía la ley, como propietario de una venta de periódicos y revistas, en cuanto a la circulación de publicaciones que pudieran corromper a los jóvenes y que, a juicio del peticionario, le obligaba a actuar como censor de tales publicaciones.¹⁶⁹² Sin embargo, el criterio aplicado por la misma Comisión fue distinto, en 1974, en el caso *Handyside c. el Reino Unido*, también conocido como el caso del pequeño libro rojo para las escuelas —*The Little Red School Book*—, una publicación originalmente danesa dirigida a los adolescentes, y que pretendía ofrecerles un esquema de sus derechos, proporcionándoles consejo y orientación —incluso en materia de educación sexual— supuestamente sin los prejuicios de los padres; este libro previamente había sido publicado en otros países de Europa, sin consecuencias para su autor o para los editores. En el caso que se sometió ante la Comisión, el peticionario, y responsable de la publicación británica, había sido condenado por obscenidad, sosteniendo que el referido libro probablemente corrompería y depravaría a una proporción significativa de los niños que lo leyeron; la Comisión declaró admisible su solicitud,¹⁶⁹³ aun cuando una aplicación estricta de la doctrina del “margen de apreciación” (en la forma como se entendía en ese momento) habría permitido rechazarla. En realidad, aun cuando la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos confirmó esta doctrina, ella agregó tímidamente que la Convención no atribuye a los Estados partes un poder ilimitado de apreciación, y que dicho margen está, en todo caso, íntimamente ligado a la supervisión de los órganos de la Convención en cuanto se refiere a la finalidad de la restricción, su necesidad y su proporcionabilidad.¹⁶⁹⁴

c. Los mensajes indecentes

De lo dicho en los párrafos precedentes se desprende que en el derecho comparado los mensajes obscenos han sido tratados como algo distinto de aquellos que son meramente indecentes. En efecto, esta diferen-

¹⁶⁹² *Cfr. Yearbook 6, pp. 204 a 218.*

¹⁶⁹³ Council of Europe, *Press Comunicado, C (74) 9.*

¹⁶⁹⁴ *Cfr. la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 7 de diciembre de 1976.*

cia conceptual ha conducido a consecuencias prácticas de extraordinaria importancia.

La definición aportada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto al sentido que debe atribuirse a lo que es obsceno, en la legislación de ese país y para los efectos de determinar el alcance de la garantía constitucional de la libertad de expresión, conduce a distinguir entre mensajes de contenido obsceno que no estarían protegidos por la primera enmienda a la Constitución, y otros mensajes de contenido sexual, que no obstante ser indecentes no son obscenos, y que están protegidos por la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹⁶⁹⁵ Además, el juez Scalia, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incorpora explícitamente una tercera categoría, que no sólo es lícita, sino moralmente legítima, y que corresponde a lo que él denomina “los deseos sexuales normales y saludables” de una persona, en oposición a aquellos que son “vergonzosos o morbosos”.¹⁶⁹⁶

En el caso de los Estados Unidos, definir exactamente lo que es obsceno, para diferenciarlo de lo que es puramente indecente, resulta aún más complejo, pues, por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones de 1996 distingue entre mensajes “obscenos” o “indecentes”, y también aquellos que, en su contexto, representan o describen, en “términos manifiestamente ofensivos según los patrones contemporáneos de la comunidad”, las actividades o los órganos sexuales o excretores.¹⁶⁹⁷ Debe observarse que el uso que se hace en esta ley de las expresiones “indecente” y “manifiestamente ofensivo”, debido a su ambigüedad, fue exitosamente objetado como inconstitucional ante la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁶⁹⁸ Pero ese mismo tribunal descartó que la protección constitucional de la libertad de expresión, que permite a una persona ver o leer material de contenido sexual, no pueda depender de la edad de esa persona; por lo tanto, la Corte sostuvo la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta a menores de diecisiete años de material considerado obsceno para ellos, aunque no para los adultos.¹⁶⁹⁹ Sin embargo, este tipo de restricción, basado en la edad de la audiencia, fue objetado en los tri-

¹⁶⁹⁵ *Cfr.* Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

¹⁶⁹⁶ *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Suprema de los Estados Unidos, Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

¹⁶⁹⁷ *Cfr.* las secciones 223 (a) y 223 (d) del título V, de la mencionada ley.

¹⁶⁹⁸ *Cfr.* Reno, Attorney General of the United States *et al.* v. American Civil Liberties Union *et al.*, 96 U.S. 511 (1997).

¹⁶⁹⁹ *Cfr.* Ginsberg v. New York, 390 U.S- 629 (1968).

bunales ingleses, en el caso *DPP v. Whyte*, argumentando que, con la exclusión de los jóvenes de una librería que vende pornografía, los compradores de esa literatura serán descritos como hombres de edad media hacia arriba (o simplemente viejos), patéticos, de mente sucia, adictos a este tipo de materiales, y cuya moral ya está suficientemente corrompida o depravada.¹⁷⁰⁰ Pero es evidente que una descripción de esa naturaleza no sólo descalifica moralmente a quienes adquieren esos materiales, sino que retroalimenta y refuerza la noción de que se trata de materiales indecentes.

La confiscación de material indecente ha sido desafiada como incompatible con las obligaciones contraídas por los Estados partes en las antiguas Comunidades Europeas, hoy Unión Europea. En efecto, en un caso en que la aduana británica confiscó un cargamento de muñecas de goma de tamaño natural y otros artículos eróticos, los propietarios de dicha mercancía alegaron que su confiscación constituía una restricción a las importaciones entre países miembros de las Comunidades Europeas, en violación del artículo 30 del Tratado de Roma; se sostuvo que si bien el artículo 36 del mencionado tratado permite aplicar restricciones por razones de moralidad pública, entre otras, esta disposición no era aplicable porque, en la medida en que los materiales incautados eran “indecentes” y no “obscenos”, podían ser fabricados y vendidos legalmente dentro del Reino Unido (sin perjuicio de que pudieran estar sometidos a restricciones en cuanto a su exhibición pública o a su envío a través del correo), por lo que esta restricción resultaba discriminatoria. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas acogió el planteamiento de los afectados, por lo que la decisión de la aduana británica fue revocada y la mercancía incautada fue devuelta a sus propietarios.¹⁷⁰¹

Por otra parte, aunque el lugar apropiado para examinar una eventual restricción respecto de los insultos parece ser el relativo al respeto al honor y la reputación de las personas, es interesante observar que, en un caso en que se juzgaban expresiones calificadas como injuriosas, el Tribunal Constitucional de España —sin perjuicio de considerar otros aspectos— estimó que las mismas quedaban comprendidas en la restric-

¹⁷⁰⁰ *Cfr.* los argumentos de la defensa en *DPP v. Whyte* [1972] AC 849, HL, citado por Bailey, S. H. *et al.*, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 322.

¹⁷⁰¹ *Cfr.* Bailey, S. H. *et. al.*, *Civil liberties: Cases and Materials*, 3a. ed., Londres, Butterworths, 1991, p. 334.

ción relativa al respeto a la moral, contemplada en el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁷⁰²

En lo que se refiere al lenguaje de los medios de comunicación, es posible que, en sus códigos deontológicos, sean ellos mismos quienes auto-regulen el uso del lenguaje y excluyan el uso de determinado tipo de expresiones. En este sentido, en el manual de estilo de *El País*, de Madrid, se señala, como cuestión de principio, que están prohibidas las expresiones vulgares, obscenas o blasfemas, salvo cuando se trate de citas textuales que procedan de una persona relevante, que hayan sido dichas en público o estén impresas, y siempre que su uso añada información; además, se prohíbe utilizar expresiones que resulten ofensivas para una comunidad.¹⁷⁰³

d. La protección de los menores de edad

Un aspecto en que la restricción de la libertad de expresión difícilmente encuentra resistencia es en lo que concierne a la protección de menores. Pero, al mismo tiempo, esta circunstancia sirve para subrayar que el valor de la moral pública como justificación para interferir legítimamente con la libertad de expresión no debe estar dirigida al contenido del mensaje, sino a regular su difusión, particularmente en lo que se refiere al lugar y al modo empleado para difundirlo.

El artículo 13, núm. 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que 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 de la adolescencia. Hasta el presente no hay, sin embargo, ningún caso en el que esta disposición haya sido aplicada por la Comisión o por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, el mismo razonamiento llevó a la Corte Suprema de los Estados Unidos a aprobar una sanción administrativa aplicada a un programa radial en el que se transmitió una grabación de doce minutos de un monólogo titulado *Palabras sucias (Filthy words)*,

¹⁷⁰² *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).

¹⁷⁰³ *Cfr.* *Libro de Estilo El País*, 15a. ed., Madrid, Ediciones El País, 1999, pp. 28 y sig., puntos 1.39 y 1.41.

grabado previamente ante una audiencia en vivo; el órgano administrativo había señalado que el uso reiterado de ciertas palabras que describían actividades u órganos excretores o sexuales, en una transmisión radial en horas de la tarde, cuando los niños forman parte de la audiencia, era manifiestamente ofensiva e “indecente como transmisión radial”.¹⁷⁰⁴ El razonamiento del más alto tribunal estadounidense, que no involucró una prohibición absoluta del programa que se objetaba, sino reservar su transmisión para un horario en que muy probablemente los niños no estarían expuestos al mismo, se basó en las peculiaridades de las transmisiones de radio, que pueden introducirse en la privacidad del hogar sin advertencia previa en cuanto al contenido de la programación, y que es fácilmente accesible a los niños, incluso a aquellos que todavía no saben leer. Por contraste, en un caso que involucraba a una empresa que ofrecía comercialmente mensajes telefónicos de contenido obsceno o indecente (comúnmente conocidos como *dial-a-porn*), ese mismo tribunal observó que el medio telefónico requería medidas positivas por parte del receptor para poder acceder a ese tipo de mensajes, y que cualquier reglamentación que se adoptara para proteger a los menores debía hacerlo sin interferir innecesariamente con la libertad de expresión de los adultos.¹⁷⁰⁵

En años recientes, el mayor desafío que ha planteado la obscenidad y pornografía deriva del uso abusivo que se ha hecho de Internet para su difusión. Allí se pueden encontrar materiales sexualmente explícitos de todo tipo, incluyendo textos e imágenes de pornografía infantil u otras actividades ilícitas; pero difícilmente esos materiales aparecerán en la pantalla en forma accidental, como puede ocurrirle a quien simplemente enciende el televisor o hace girar el dial de un radiorreceptor. A diferencia de la radio o la televisión, la recepción de información a través de Internet requiere de una serie de acciones deliberadas, frecuentemente precedidas de una advertencia en cuanto al contenido de lo que se encontrará más adelante, por lo que difícilmente el receptor de esa información puede sentirse ofendido por la misma. Además, los padres pueden bloquear el acceso de los niños a sitios de Internet no aptos para menores. Dadas las características de Internet, no es sencillo controlar el contenido de los mensajes que se transmiten a través de la red; no obstante, la Ley de Telecomunicaciones, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en

¹⁷⁰⁴ *Cfr.* FCC v. Pacifica Foundation 438 U.S. 726 (1978).

¹⁷⁰⁵ *Cfr.* Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).

1996, contiene, en su título V, conocido como Ley de Decencia en las Comunicaciones, disposiciones que prohíben la transmisión deliberada de mensajes obscenos o indecentes a cualquier receptor menor de dieciocho años de edad.

V. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA

Este derecho (a la salud) está inexorablemente amenazado por desigualdades económicas, geopolíticas y sociales. Requiere una nación educada, o por lo menos una nación con una adecuada infraestructura comunicacional, que le permita a los individuos la información que necesitan para articular, ejercer y disfrutar el derecho a la salud.

Marvellous Mhloyi, Health and Human Rights: An International Crusade.

Otra circunstancia que justifica la restricción de la libertad de expresión es la protección de la salud pública; es decir, la salud en toda su dimensión social. Según los Principios de Siracusa,¹⁷⁰⁶ la salud pública puede invocarse como motivo para restringir ciertos derechos humanos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros; estas medidas deben estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones, o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados, debiendo tomar en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud.¹⁷⁰⁷

En el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se define la salud como un estado de completo bienestar físico,

¹⁷⁰⁶ Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia que se celebró en Siracusa, Italia, del 30 de abril al 4 de mayo de 1984, con el patrocinio de la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos, y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Reproducidos en E/CN.4/1985/, Anexo.

¹⁷⁰⁷ *Ibidem*, párrafos 25 y 26.

mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. En consecuencia, esta circunstancia proporciona al Estado un margen muy amplio que, sin embargo, sólo puede invocar la salud pública como causal para restringir la libertad de expresión cuando lo que se busca es proteger la salud de la población en su conjunto y no la de alguna persona en particular. La salud pública sería uno de los propósitos de las funciones de policía del Estado; por salud pública se ha entendido la condición saludable o sanitaria que prevalece en la comunidad en general, y la ausencia de toda enfermedad o causa de mortalidad ampliamente diseminada entre la población.¹⁷⁰⁸

Por su naturaleza, esta restricción apunta esencialmente al contenido del mensaje, pero eventualmente también puede estar dirigida a los aspectos adjetivos —de *lugar, oportunidad* y *modo* de su expresión— a que se ha hecho referencia precedentemente. En cuanto al contenido, consideraciones de salud pública pueden prohibir o imponer determinado tipo de mensajes. Esta circunstancia podrá impedir que se divulguen determinadas informaciones, o mensajes, en forma de películas o de canciones, en los que se hace la apología de las drogas o sustancias estupefacientes, o regular la propaganda de cigarrillos o de bebidas alcohólicas, señalando los medios a través de los cuales se puede difundir, y eventualmente indicando las características que dicha publicidad puede, o debe, tener. Por otra parte, consideraciones de salud pública también pueden obligar a que se proporcione determinada información; en este sentido, la Ley de Política Ambiental Nacional —aprobada en 1969 en los Estados Unidos— requiere que todas las agencias federales incluyan en los proyectos que afecten significativamente el medio ambiente, un informe sobre el impacto ambiental de dichos proyectos, el cual deberá estar a disposición del público, sujeto a las disposiciones de la Ley de Libertad de Información. Asimismo, en 1974 una Comisión federal de los Estados Unidos para la seguridad de los productos adquiridos por los consumidores anunció que celebraría audiencias públicas para investigar el riesgo de la operación de receptores de televisión y solicitó de los fabricantes de esos aparatos una relación de los accidentes reportados.¹⁷⁰⁹

¹⁷⁰⁸ *Cfr. Blak's Law Dictionary*, 4a. ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1968, p. 852.

¹⁷⁰⁹ *Cfr. GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union*, 445 U.S. 375 (1980).

Según su naturaleza, el efecto de algunas de estas restricciones sobre la libertad de expresión puede ser absoluto o relativo. La prohibición de la propaganda de drogas o sustancias psicotrópicas, por ejemplo, tiene un carácter absoluto y limita el “contenido” de la expresión. En cambio, la prohibición de la propaganda de licores en televisión, o la obligación de poner una advertencia en la propaganda de cigarrillos indicando que éstos pueden dañar la salud de las personas, tienen un carácter relativo, que no prohíbe tales expresiones, sino que, simplemente, las reglamenta. Sin embargo, es importante que la restricción de la libertad de expresión sea idónea para lograr el objetivo que se anuncia; recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado como inconstitucional un reglamento que, con el propósito de evitar un incremento en el consumo de bebidas alcohólicas y promover la sobriedad de las personas, prohibía anunciar el precio de los licores fuera del recinto en que éstos se vendían, pues no se había demostrado que esa prohibición reducía considerablemente el consumo de alcohol, y porque ese objetivo se podía lograr más fácilmente por otros medios, tales como un incremento de los impuestos aplicables a las bebidas alcohólicas, medidas que racionen el consumo per cápita, o campañas educativas que subrayen los problemas derivados del consumo de alcohol.¹⁷¹⁰

1. La prohibición de determinados mensajes

La forma más frecuente de aplicar esta restricción apunta a prohibir determinado tipo de mensajes. En este sentido, la prohibición de la propaganda de drogas es, sin duda, el ejemplo más claro de restricciones dirigidas a proteger la salud de la población; la regulación del contenido de los programas de televisión infantil para eliminar escenas o mensajes que inciten a la violencia, en cuanto tiene el mismo propósito, resulta igualmente legítima. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha rechazado que se pueda prohibir el mensaje comercial de un producto calificado como “vicio” si no se ha dictado una prohibición de la actividad comercial respectiva; es decir, no basta con identificar a un producto como peligroso para la salud pública si al mismo tiempo esos productos se pueden adquirir legalmente en un mercado abierto.¹⁷¹¹

¹⁷¹⁰ *Cfr.* 44 Liquormart, Inc. *et al. v. Rhode Island et al.* 517 U.S. 484 (1996).

¹⁷¹¹ *Idem.*

La hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, a la luz de la naturaleza del mensaje y de los derechos de los consumidores, consideró pertinente, en el marco de este propósito, la restricción de la publicidad de un producto farmacéutico que no estaba debidamente registrado.¹⁷¹² Aunque la Comisión Europea también tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, en el caso *Barthold v. Federal Republic of Germany*, en relación con la legislación de ese país que prohibía a los médicos hacer publicidad de sus servicios, finalmente resolvió este caso a partir de los derechos de terceros, y de acuerdo con la salud pública.¹⁷¹³ Sin embargo, la prohibición de la publicidad profesional de los médicos se volvió a plantear en el caso *Stambuk v. Germany*, esta vez ante la Corte Europea de Derechos Humanos. En este caso, el Estado demandado basó esta restricción en la protección de la salud de la población, alegando que los médicos son responsables por el cuidado de la salud de las personas, debiendo evitar la comercialización de sus servicios, pues esa actividad no es compatible con la publicidad, que es un instrumento típico para obtener beneficios pecuniarios; a pesar de que al momento de la publicación en cuestión la técnica de la keratotomía fotorrefractaria para tratar problemas de cornea aún no había sido generalmente aceptada, el Estado afirmó que no se había sancionado al peticionario por hacer una declaración pública ni por el artículo de prensa como un todo, sino por elementos específicos, de un carácter excesivamente publicitario, que traspasaban los límites permitidos de la información objetiva.¹⁷¹⁴ Sobre este particular, la Corte Europea observó que, en el ejercicio de su profesión liberal, los médicos tienen la responsabilidad de cuidar la salud de cada individuo y de la comunidad en su conjunto, y señaló que la legislación pertinente del Land de Baden-Württemberg tenía el propósito de proteger la salud, lo cual era un propósito legítimo para restringir la libertad de expresión; a juicio de la Corte, ese deber de los profesionales de la medicina explicaría las restricciones sobre lo que pueden comunicar,

¹⁷¹² *Cfr.* Commission Européenne des Droits de l'Homme, Décision sur la recevabilité de la Requête 9664/82, Liljenberg et autres c. Suède.

¹⁷¹³ *Cfr.* European Commission of Human Rights, Report of 13 July of 1983, Application 8734/79, *Barthold v. Federal Republic of Germany*, párrafo 70. Debe observarse que en el presente caso se trataba de la publicidad de los servicios profesionales de un médico veterinario.

¹⁷¹⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, Case of *Stambuk v. Germany*, sentencia del 17 de octubre de 2002, párrafos 28 y 35.

y sobre su participación en la comunicación relacionada con temas profesionales, las que en todo caso no imponen a los médicos una carga que controle en forma excesiva sus publicaciones a través de la prensa.¹⁷¹⁵

2. La imposición de determinados mensajes

Esta circunstancia también puede obligar a transmitir determinado tipo de información, como la literatura médica y las indicaciones y dosis recomendadas de las medicinas, o los casos en que ellas están contraindicadas; la advertencia sobre el carácter nocivo para la salud de los cigarrillos se puede incluir en esta misma categoría. En el mismo sentido, se puede exigir la incorporación en el envase de ciertas mercancías de advertencias acerca de los peligros que puedan representar para la salud determinados productos farmacéuticos o de otro tipo, o indicaciones sobre la fecha de elaboración y expiración de los mismos; en el caso de los alimentos, estas restricciones pueden incluir la obligación de indicar, en el envase de dicho producto, la composición de éste, la presencia de elementos perjudiciales para la salud, o la advertencia de haber sido elaborados mediante manipulaciones genéticas.

En esta misma categoría puede incluirse la obligación de proporcionar determinado tipo de información, por razones sanitarias. En este sentido, preocupada por el hecho de que determinadas drogas —incluyendo aquellas que tienen un reconocido uso médico— estaban siendo desviadas hacia canales ilegales, en 1972 la legislatura del estado de Nueva York aprobó una Ley de Sustancias Controladas, que requería que la receta de éstas fuera prescrita en un formulario oficial, debidamente firmado por el médico que la recetó, la farmacia que la dispensó, la droga y la dosis indicada, y el nombre, dirección y edad del paciente. Dicha información era recogida en una base de datos computarizada, pero el acceso a los archivos con la misma estaba reducido a un número limitado de funcionarios del Departamento de Salud del estado de Nueva York, más algunos empleados encargados de investigar casos de sobredosis que podían identificarse en el computador. Algunas personas objetaron esta ley sobre la base de que ella podría conducir a que pacientes que necesitaban ser tratados con dichas drogas declinaran ese tratamiento, por temor al

¹⁷¹⁵ *Ibidem*, párrafos 30 y 41.

uso que se hiciera de la información así obtenida y que podía estigmatizarlos como drogadictos. La Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que esta legislación razonablemente podía ayudar a reducir el abuso de drogas peligrosas, pues se podía esperar que ella tuviera un efecto disuasivo en potenciales infractores, y que contribuyera a detectar casos específicos de abuso de esas drogas.¹⁷¹⁶

El efecto que determinadas circunstancias puedan tener en el medio ambiente, y, por ende, en la salud de la población, es otro elemento que puede imponer la obligación de proporcionar información sobre el particular. En este sentido, invocando la Ley de Política Ambiental Nacional de los Estados Unidos antes mencionada, que requiere que todas las agencias federales incluyan en los proyectos que afecten significativamente el medio ambiente un informe sobre el impacto ambiental de dichos proyectos, una organización no gubernamental¹⁷¹⁷ recurrió a los tribunales federales de dicho país denunciando la construcción en Hawái de nuevas instalaciones para almacenar armas y municiones, con capacidad para almacenar armas nucleares, ignorando el riesgo de un accidente nuclear y el efecto que éste podría tener sobre la población y sobre el medio ambiente, e ignorando los efectos de la radiación que podrían generar las armas nucleares almacenadas en una zona poblada. Según los autores de este recurso, las autoridades habían omitido elaborar el informe sobre impacto ambiental requerido por la ley, y, por supuesto, también habían omitido hacerlo de conocimiento público. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que había que distinguir entre la incorporación y debida consideración de aspectos ambientales en el proceso de toma de decisiones, y la divulgación al público del informe sobre impacto ambiental así elaborado; en opinión del citado tribunal, en la medida en que la divulgación del informe sobre impacto ambiental está sujeta a las disposiciones de la Ley de Libertad de Información —que incluye la seguridad nacional como su primera excepción—, la agencia federal podía tener que incorporar consideraciones ambientales en su proceso de toma de decisiones y, sin embargo, mantener la confidencialidad de toda esa información, o de parte de ella.¹⁷¹⁸ Según su apreciación, el interés del público en obtener que las agencias federales cumplan con

¹⁷¹⁶ *Cfr. Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

¹⁷¹⁷ Catholic Action of Hawaii.

¹⁷¹⁸ *Cfr. Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981).

la elaboración y la divulgación del informe sobre impacto ambiental previsto en la ley debe ceder ante la necesidad gubernamental de preservar sus secretos militares.¹⁷¹⁹

3. La obligación de informar

Un aspecto íntimamente relacionado con el punto anterior es el que se refiere a la obligación de proporcionar información que sea de interés para la preservación de la salud pública. En principio, esta obligación no recae sobre cualquier persona, sino sobre aquellos que, teniendo en cuenta el tipo de actividades que desarrollan, se espera que adviertan, tanto a las autoridades como a la población, de los posibles efectos nocivos de esas actividades.

A partir de la premisa de que existe la obligación de divulgar información relacionada con la salud pública, el gobierno de los Estados Unidos demandó a once empresas relacionadas con el tabaco, alegando, *inter alia*, que dichas empresas habrían participado, por lo menos desde 1953, en una conspiración para engañar al público estadounidense acerca de, entre otras cosas, la naturaleza perjudicial para la salud de los productos del tabaco, la naturaleza adictiva de la nicotina, y la posibilidad de elaborar productos del tabaco más seguros y menos adictivos. De acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos, a finales de 1953, los más altos ejecutivos de American Tobacco, Brown & Williamson, Lorillard, Philip Morris, y R. J. Reynolds se reunieron en Nueva York para diseñar una estrategia que les permitiera expandir sus mercados e incrementar sus utilidades por la venta de cigarrillos; dicha estrategia habría incluido negar que el fumar fuera causa de enfermedades, recurriendo para ello a comunicados de prensa y artículos engañosos, la destrucción o el ocultamiento de documentos que indicaran que en realidad había una correlación entre el fumar y alguna enfermedad, y mediante una agresiva campaña publicitaria dirigida a los niños como potenciales nuevos fumadores. Como fachada para ocultar la verdad acerca de los riesgos para la salud derivados del fumar, se creó un Consejo para la Investigación del Tabaco, que pretendía presentarse como una institución independiente, objetiva y confiable, y que emitió un informe en el que se afirmaba que,

¹⁷¹⁹ *Idem.*

de acuerdo con la opinión de “distinguidas autoridades”, no existía ninguna evidencia de que el fumar cigarrillos fuera una de las causas del cáncer pulmonar. En 1958, los demandados crearon el Instituto del Tabaco, cuya función era mantener al público, al sector salud, a los medios de comunicación de masas, y al gobierno, en la oscuridad sobre los riesgos para la salud generados por el tabaco; asimismo, suscribieron un “acuerdo de caballeros” que incluía ocultar o suprimir cualquier información relativa a los daños ocasionados a la salud por el fumar cigarrillos. Según el citado gobierno, aunque en 1980 investigadores contratados por Philip Morris habían concluido que en términos de adicción la nicotina era similar a la heroína, esos resultados no se hicieron públicos y se amenazó a los investigadores con acciones legales para el caso de que revelaran esa información. No obstante que actualmente se admite que hay suficiente evidencia que señala al fumar cigarrillos como causa del cáncer pulmonar y de otras enfermedades en los fumadores, las empresas denunciadas continúan comercializando sus productos de una manera engañosa, y ocultando documentos relacionados con los efectos perniciosos para la salud derivados del cigarrillo, así como de la nicotina y de la verdadera naturaleza del Consejo para la Investigación del Tabaco.¹⁷²⁰

4. Los mensajes dirigidos a proteger la salud pública

Por otra parte, a partir de consideraciones de salud pública, puede asumirse que determinado tipo de mensajes tienen una protección adicional y que, por lo tanto, no pueden ser objeto de censura. En el caso CBS, Inc. v. Davies, se solicitó que se dejara sin efecto la prohibición temporal de difundir, en el programa *48 Horas*, transmitido por la cadena CBS, un vídeo grabado subrepticiamente en las instalaciones de una empresa empacadora de carne, el cual mostraba prácticas incompatibles con los reglamentos sanitarios aplicables en la referida industria; la empresa afectada había alegado que la difusión de ese vídeo podía ocasionarle un daño considerable si una porción importante de los establecimientos comerciales a quienes tradicionalmente proveía de carne se negaban a adquirir su producto, lo cual podía obligarla a cerrar. Aunque el tribunal le-

¹⁷²⁰ *Cfr.* United States of America, plaintiff, v. Philip Morris Incorporated *et al.*, defendants, U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action núm. 99-2496 (GK), September 28, 2000.

vantó la prohibición temporal, señalando que la censura previa es aceptable sólo en casos excepcionales, donde el daño que resultaría de un reportaje es grave y cierto, no pudiendo mitigarse con medidas menos severas,¹⁷²¹ en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también podría haberse invocado esta circunstancia.

Sin duda, al ponderar la salud pública con otros derechos o intereses dignos de protección, la balanza pareciera inclinarse a favor de la protección de la salud pública. Sobre este particular, en un caso en el que se acusaba a un periódico de difamar a un médico y destruir su reputación profesional, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que los artículos de prensa que se cuestionaba relataban las experiencias personales de algunas mujeres que se habían sometido a cirugía estética, por lo que involucraban un importante aspecto de la salud humana y, como tales, llamaban la atención sobre asuntos muy serios, del mayor interés público; el tribunal subrayó que los artículos de prensa objeto de esta controversia se referían a denuncias de cuidados de salud inadecuados proporcionados en una clínica privada por un médico que, según la evidencia, había practicado más de 8,000 intervenciones quirúrgicas en un periodo de alrededor de diez años, y que, por lo tanto, hacía surgir asuntos relacionados con la protección del consumidor.¹⁷²² La Corte Europea se pronunció en el mismo sentido en el caso *Hertel v. Switzerland*, en que a un investigador que había publicado un artículo sobre los efectos de los alimentos cocinados en hornos de microondas se le había prohibido afirmar que el alimento preparado en esa forma era peligroso para la salud, que conducía a cambios en la sangre de aquellos que lo consumían indicando desórdenes patológicos y presentando una tendencia que podía ser vista como el principio de un proceso carcinógeno, así como usar la imagen de la muerte en publicaciones o en discursos públicos sobre hornos de microondas;¹⁷²³ según la Corte, cuando lo que está en juego no son las afirmaciones puramente comerciales de un individuo, sino su participación en un debate que afecta el interés general, como es la salud pública, el Estado tendría un margen de apreciación mucho más reducido

¹⁷²¹ *Cfr.* U.S. Supreme Court, CBS, Inc. v. Davies, on application for stay, núm. 020994, decidido el 9 de febrero de 1994.

¹⁷²² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Bergens Tidende and others v. Norway, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 51.

¹⁷²³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Hertel v. Switzerland, sentencia del 25 de agosto de 1998, párrafo 31.

para restringir la libertad de expresión. En el presente caso, había un debate sobre el efecto de los hornos de microondas sobre la salud humana, y lo único que estaba en discusión eran las conclusiones alcanzadas por el señor Hertel en su investigación publicada en el *Journal Franz Weber*.¹⁷²⁴ Para el tribunal, poco importa que la opinión expresada por el señor Hertel sea minoritaria y esté desprovista de mérito, puesto que, en una esfera en que es improbable que exista alguna certeza, sería particularmente irrazonable restringir la libertad de expresión sólo respecto de las ideas generalmente aceptadas.¹⁷²⁵ En consecuencia, sobre la base de ésta y otras consideraciones, la Corte determinó que esa restricción impuesta al señor Hertel no era necesaria en una sociedad democrática.¹⁷²⁶

5. *Las regulaciones adjetivas en función de la salud de la población*

Esta circunstancia puede justificar que se restrinja la libertad de expresión impidiendo la utilización de ciertos medios de comunicación para transmitir mensajes nocivos para la salud; este es el caso de la prohibición de la propaganda de licores por televisión, o las restricciones impuestas a la publicidad de cigarrillos. Asimismo, con el propósito de proteger la salud pública se puede impedir utilizar ciertas técnicas de comercialización que puedan conducir a engaño, tales como las normas sugeridas por la OMS en cuanto a la comercialización de alimentos infantiles.¹⁷²⁷

Por otra parte, si —como sugiere la definición contenida en la Constitución de la OMS— la salud debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto su aspecto físico como mental, la protección de la misma debería estar dirigida a salvaguardar todos sus aspectos. En este sentido, la reglamentación del horario de ciertos programas de televisión —o incluso la prohibición de ellos— podría lícitamente fundarse en la protección de la salud mental de la población. Sin embargo, si bien esta interpretación es legítima, no parece estar de acuerdo con el espíritu de la libertad de expre-

1724 *Ibidem*, párrafo 47.

1725 *Ibidem*, párrafo 50.

1726 *Ibidem*, párrafo 51.

1727 Un amplio comentario sobre este código de conducta adoptado por la OMS puede encontrarse en Post, James E. y Baer, Edward, “The international code of marketing for breastmilk substitutes: consensus, compromise and conflict in the infant formula controversy”, *The Review*, International Commission of Jurists, núm. 25, 1980, pp. 52 y ss.

sión —que, como regla general, siempre debe prevalecer— con esta circunstancia que permite su restricción en aquellos casos realmente graves que ameriten el coartar un derecho humano tan importante como el que comentamos, y siempre que esta restricción sea necesaria y proporcionada a las exigencias de la situación; en principio, tales supuestos no parecen estar presentes en el caso de la prohibición de una telenovela, aunque sí podrían estarlo en el caso de que simplemente se regulara su horario.

La legislación federal de los Estados Unidos prohibía, hasta hace poco, la difusión por el correo de anuncios no solicitados de anticonceptivos.¹⁷²⁸ En un caso en que se aplicó esta ley a una empresa que propuso utilizar el correo para enviar anuncios no solicitados de anticonceptivos y de folltets promoviendo sus otros productos, incluyendo información sobre enfermedades venéreas y planificación familiar, luego de subrayar que dichos folletos incluían información sobre asuntos públicos importantes, de interés individual y social, tal como la ya mencionada, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que esta medida era inconstitucional, por violar la garantía de la libertad de expresión.¹⁷²⁹ Sin embargo, la Corte no menciona en su sentencia —como tampoco lo hace la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos— el efecto que podría tener en la regulación de la libertad de expresión la circunstancia de que este tipo de mensajes puedan contribuir a la salud pública.

Eventualmente, puede invocarse una noción muy amplia de la salud pública para restringir la libertad de expresión en esferas con las cuales pudiera no haber una suficiente conexión. En este sentido, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos se objetó la aplicación de una sección de la Ley de Salud Pública del estado de Nueva York, que define los lugares de prostitución y lujuria como un estorbo para la salud pública, disponiendo su cierre por un año, y que fue aplicada a una librería para adultos, que vendía libros y revistas sexualmente explícitos, que disponía de camarines para ver películas sexualmente explícitas,¹⁷³⁰ y en cuyas instalaciones se había observado la realización de actividades sexuales ilícitas. Los propietarios del local, afectados por la medida de cierre del mismo, sostuvieron que esta decisión interfería de manera inaceptable con el derecho a vender libros en tales instalaciones, protegido por la pri-

¹⁷²⁸ *Cfr.* Título 39 U.S.C. 3001 (e) (2).

¹⁷²⁹ *Cfr.* *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983).

¹⁷³⁰ No se señaló que dichos impresos o películas fueran obscenos o pornográficos.

mera enmienda a la Constitución.¹⁷³¹ En opinión del tribunal, en un caso como éste, en el cual se había aplicado una ley de salud pública a un local en el que daba la casualidad de que en él se vendieran libros, no constituía una violación de la libertad de expresión.¹⁷³² Por el contrario, y sin pronunciarse sobre la pertinencia de la salud pública para restringir la libertad de expresión en este caso, los jueces Blackmun, Brennan y Marshall consideran que el medio adecuado para impedir la realización de actos sexuales en una librería sería sancionar a sus autores, y no cerrar la librería.¹⁷³³

VI. LA INFORMACIÓN RECIBIDA EN CONFIDENCIA

Quien revela el secreto de otros, pasa por traidor; pero quien revela el secreto propio pasa por necio, hijo mío.

VOLTAIRE, en *L'indiscret*.

A las circunstancias previamente examinadas, la Convención Europea de Derechos Humanos agrega, *inter alia*, la posibilidad de restringir la libertad de expresión para impedir la divulgación de información recibida en confidencia. Esta es una circunstancia que si bien no está expresamente mencionada por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, salvo raras excepciones, puede entenderse implícita en la protección de los derechos de otro. Sin embargo, teniendo en consideración que la información confidencial cubre un campo muy vasto, que abarca circunstancias de distinta naturaleza, ya sea con objeto de preservar la intimidad de las personas, o con el propósito de proteger los derechos de terceros, o de proteger la seguridad nacional, nos parece conveniente examinarla en forma separada. En el primer caso, se puede citar la información recibida por un abogado de su cliente, o por un sacerdote actuando como confesor, o de los registros que conserve un médico de sus pacientes; la protección de los secretos industriales, o la información comercial privilegiada —relativa al mercado de valores— califican en la segunda categoría, y los secretos de Estado en la tercera.

¹⁷³¹ *Cfr.* Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697 (1986).

¹⁷³² *Idem*.

¹⁷³³ *Cfr.* su opinión disidente en Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697 (1986).

La doctrina no está plenamente de acuerdo en cuanto a la existencia de contraexcepciones que, en razón de un interés superior, justifiquen la divulgación de esa información; de admitirse dichas contraexcepciones, la información recibida en confidencia, como excepción al deber de informar o como obligación de guardar reserva sobre la misma, no tendría un carácter absoluto. Pudiera sugerirse, por ejemplo, que más importante que proteger la intimidad de las personas, o la preservación de los secretos industriales, es la difusión de información que permita proteger la salud pública, o que permita evitar la comisión de un delito; para un sector de la doctrina, en estas circunstancias, el depositario del secreto está relevado del deber de guardarlo, y adquiere, por el contrario, la obligación legal de revelarlo ante las autoridades pertinentes, a fin de evitar la lesión de un interés legítimo. Para otros, en cambio, el deber de guardar el secreto de la información recibida en confidencia es fundamental, y no puede subordinarse a ningún otro propósito.

El secreto¹⁷³⁴ es aquello que es ignorado, porque cuidadosamente se mantiene oculto o escondido de los demás, reservándose su conocimiento sólo a unos pocos; en la medida en que antiguamente esa información se guardaba en un *arca* herméticamente cerrada, el secreto también se identifica con lo arcano y misterioso. Por su parte, “confidencia” viene del latín *confidere* —confiar—, y “corresponde” a una revelación secreta, o a una noticia reservada. A su vez, confidencial es lo que se hace o se dice en confianza, o con seguridad recíproca entre dos o más personas; es lo que se transmite en privado, o en forma reservada. Se llama confidenciario al que confía o tiene confianza en un tercero para hacerlo depositario de sus secretos, y confidente a la persona que, por su fidelidad, es segura o de confianza como para fiarle los secretos propios.¹⁷³⁵ Lo que sobresale en la noción de confidencialidad es, por una parte, lo secreto o reservado, y por la otra, la confianza con que ese secreto se deposita en aquel que se considera fiable; por eso, quien viola el secreto que se le ha confiado desde muy antiguo ha sido visto como responsable de un acto reprochable e indecoroso, que deshonra a quien lo hace. Pero esta circunstancia no excluye la aplicación de sanciones, civiles o penales, a quien traicione la confianza que se ha depositado en él. Por otra

¹⁷³⁴ Del latín *secretus*. Lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto.

¹⁷³⁵ Cfr. *Enciclopedia Universal Ilustrada*, Madrid-Barcelona, Espasa-Calpe, 1979, vol. 14, pp. 1171 y ss.

parte, es importante subrayar que, en ciertos casos, esa confidencialidad se exige de manera expresa, ya sea mediante la ley o a través del contrato, y en otros se asume que ella está implícita en determinada actividad, o en un cierto tipo de relación.

Para Pacheco, los derechos que corresponden a la persona en cuanto a sus secretos y que son conocidos por otro, deben permanecer en la esfera de la persona a quien se le confiaron bajo su responsabilidad, ya sea que se le hayan confiado por disposición de la ley o por un contrato, o que sean consecuencia de una relación de prestación de servicios.¹⁷³⁶ En principio, se trata de información que ha sido proporcionada para un fin específico, con exclusión de cualquier otro, no pudiendo divulgarse sin autorización del titular de la misma. En este caso se trata, fundamentalmente, del deber de, o del derecho a, retener información que, en otras circunstancias, habría el derecho, o probablemente el deber, de proporcionar. Aunque esta circunstancia no se encuentra expresamente prevista ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ella estaría implícita en la protección de los derechos de otro, y muy especialmente —aunque no exclusivamente— en la protección del *derecho a la privacidad o a la intimidad*.

La información obtenida en confidencia puede generar un deber de preservar su confidencialidad, ya sea porque —en los casos de información clasificada por el Estado— el interés colectivo lo requiere así, o porque el confidente puede legítimamente demandarlo del depositario de dicha información. Asimismo, este carácter confidencial de la información puede ser esgrimido como un derecho a mantener silencio por parte de su depositario, en caso de ser requerido por la autoridad (judicial, policial o administrativa) para proporcionarla; pero también puede implicar el deber de guardar la información recibida en confidencia. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *United States v. Nixon*, reconoció la importancia de la confidencialidad en ciertos contextos.¹⁷³⁷

Obviamente, la confidencialidad de la información —en cuanto restricción a la libertad de expresión— permite tomar medidas para impedir su difusión —si se teme que ella pueda ocurrir—, o para sancionarla en el caso de que ya haya ocurrido. Sin embargo, para que la información

¹⁷³⁶ Cfr. Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 2.

¹⁷³⁷ Cfr. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

obtenida en confidencia pueda constituir una restricción legítima a la libertad de expresión se requiere demostrar, en primer lugar, que dicha información continúa siendo confidencial y que no ha llegado al dominio público y, en segundo lugar, que su difusión causa daño al confidente, aun cuando éste sea un daño puramente moral. Además, en el caso de información confidencial adquirida del Estado, debe probarse que su violación causa un detrimiento al interés público y no solamente a la sensibilidad del gobierno de turno; en este sentido, debe tenerse presente que los secretos del Estado son un medio para la realización del bien común, y no un fin en sí mismos.

Esta circunstancia fue invocada en el caso Autronic AG, en que el gobierno suizo alegó que para preservar la divulgación de información recibida en confidencia y mantener el secreto de las telecomunicaciones, que comprendía las transmisiones de televisión en cuestión, y que —en su opinión— estaban garantizadas por el artículo 22 de la Convención Internacional de Telecomunicaciones, el cual le obligaba a evitar la interceptación no autorizada de radiocomunicaciones que no eran para el uso del público en general, debía negar la licencia que se le solicitaba.¹⁷³⁸ Sin embargo, la Corte Europea rechazó este argumento, teniendo en cuenta que se trataba de transmisiones no codificadas para los televidentes en la entonces Unión Soviética, y que el propio gobierno suizo había concedido que no había riesgo de obtener información secreta por medio de antenas parabólicas que recibieran transmisiones procedentes de satélites de telecomunicaciones.¹⁷³⁹

1. La confidencialidad de los funcionarios públicos

Los funcionarios deben guardar sigilo no solamente de los actos oficiales, sino también de actos de los administrados que suponen poner información privilegiada en conocimiento de la administración. A título ilustrativo, quien solicita patentar un invento, mientras se realizan los trámites pertinentes para obtener la patente del mismo, ha puesto en conocimiento de las autoridades, información valiosa, cuya divulgación puede causar un daño patrimonial a quien confió en que la administra-

¹⁷³⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Autronic AG v. Switzerland*, sentencia del 24 de abril de 1990, párrafo 58.

¹⁷³⁹ *Ibidem*, párrafo 63.

ción manejaría esa información con la cautela requerida para proteger los derechos de terceros.

Incluso en el evento de que la información recabada de los particulares por parte de las agencias del Estado revista un manifiesto interés público, los primeros pueden demandar que se mantenga la confidencialidad de esa información. Por ejemplo, cuando en marzo de 1974 una Comisión federal para la seguridad de los productos adquiridos por los consumidores anunció que celebraría audiencias públicas para investigar el riesgo de la operación de receptores de televisión y solicitó de los fabricantes de esos aparatos una relación de los accidentes reportados, los fabricantes acompañaron esos informes con el requerimiento de que los mismos fueran considerados confidencialmente; sin embargo, cuando un grupo de organizaciones civiles recurrió a los tribunales solicitando la divulgación de esa información, una vez que el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta omitió pronunciarse sobre la pertinencia de esas demandas de confidencialidad.¹⁷⁴⁰

Otro aspecto es el que se refiere a una posible confidencialidad de lo actuado por un funcionario en el ejercicio de las atribuciones que le son propias; esa confidencialidad tiene que verse con desconfianza. En la batalla legal para que el presidente Richard Nixon entregara al tribunal algunas cintas grabadas en la oficina oval de la Casa Blanca y algunos documentos precisamente identificados, aquél alegó un “privilegio ejecutivo” que le permitía mantener la confidencialidad de esa información; si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció parcialmente ese privilegio, lo hizo sobre la base de la separación de poderes entre las distintas ramas del poder público, lo que sugiere un contexto muy limitado; según ese alto tribunal, si bien las comunicaciones del presidente de la República incluyen un material sensitivo inmensamente más vasto que el que podría estar en poder de un individuo corriente, ni la doctrina de la separación de poderes ni una generalizada necesidad de confidencialidad en el más alto nivel de las comunicaciones de la administración permite sostener, sin más, un privilegio absoluto e incondicional de inmunidad presidencial, en toda circunstancia, para eximirse de presentar los documentos oficiales requeridos por la autoridad judicial.¹⁷⁴¹ Por consiguiente, aunque los tribunales deben mostrar la mayor

¹⁷⁴⁰ *Cfr.* GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union, 445 U.S. 375 (1980).

¹⁷⁴¹ *Cfr.* United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

deferencia con los actos del presidente de la República, cuando se invoca un privilegio presidencial para no entregar documentos solicitados en un juicio penal, sin alegar que ellos involucran secretos militares o diplomáticos, sino simplemente sobre la base de un interés general en la confidencialidad, ese alegado privilegio presidencial debe ceder ante la necesidad de esa evidencia en un juicio penal y ante las demandas del debido proceso en la correcta administración de justicia.¹⁷⁴² Previamente, en lo que se refiere a las deliberaciones de un jurado, la misma Corte había reconocido que tales deliberaciones disfrutaban de un privilegio inmemorial.¹⁷⁴³ Pero, en principio, la actividad de los funcionarios debe ser transparente, y debe desarrollarse a la luz pública; después de todo, el propósito de la libertad de expresión es, precisamente, poder juzgar y evaluar la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas.

Pero esta restricción adquiere una importancia destacada en relación con los secretos de Estado, lo cual también está asociado con la protección de la seguridad nacional. Como se recordará, algunos gobiernos han intentado proteger sus secretos de Estado sosteniendo que los depositarios de los mismos —agentes diplomáticos, agentes de servicios secretos, u otros funcionarios del Estado— han recibido dicha información en una relación de confidencialidad, derivada de la ley o del contrato. Sin embargo, el hecho de que esta circunstancia no se encuentre prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no significa que en esos instrumentos ésta constituya una práctica que esté permitida; en realidad, ella puede ser vista como parte integrante de la protección de la seguridad nacional, e incluso de los derechos de otro, representado por el Estado. Por lo tanto, ésta puede constituir el objeto legítimo de una restricción a la libertad de expresión.

En el caso del libro *Spycatcher*, al cual ya nos hemos referido en otras secciones de este trabajo, el Fiscal General de Inglaterra demandó a su autor ante la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur, en Australia, no sobre la base de que la publicación de dicho libro podía lesionar la seguridad nacional británica (argumento que hubiera sonado extraño en los tribunales de un tercer Estado), sino sobre la base de que la publicación de ese libro, divulgando la información que allí se contiene, constituía una

¹⁷⁴² *Idem*.

¹⁷⁴³ *Cfr.* Clark v. United States, 289 U.S. 1 (1933).

violación del deber de confidencialidad que tenía el señor Wright, de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales inglesa, que en este aspecto regía los términos de su contrato de trabajo. Incluso, este argumento se hizo extensivo a los procedimientos judiciales iniciados en contra de los periódicos *The Observer* y *The Guardian*, que buscaban evitar que se continuaran publicando artículos que proporcionaban detalles del libro *Spycatcher*, argumentando que la información allí contenida era confidencial, y que un tercero que estuviera en posesión de esa información, a sabiendas de que la misma se había originado en una violación de la confidencialidad, tenía el mismo deber que el depositario original de esa información confidencial. Por el contrario, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que no se puede prohibir a la prensa impedir la divulgación de información veraz, no obstante que ésta se relacione con procedimientos confidenciales de una comisión de investigación y revisión judicial.¹⁷⁴⁴

La relación contractual de una persona con el Estado también puede ser una circunstancia que le obligue a ésta a guardar la confidencialidad de la información obtenida durante el desempeño de su cargo. En el caso de un ex empleado de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos que publicó un libro —*Decent Interval*— basado en sus experiencias como agente de la CIA en Vietnam del Sur, el gobierno invocó ante los tribunales el contrato suscrito por dicha persona al momento de incorporarse a la Agencia, comprometiéndose a no publicar información relacionada con las actividades de la Agencia sin la revisión previa y aprobación expresa de la misma.¹⁷⁴⁵ Sin embargo, en todo contrato laboral parece estar implícita una cláusula que obliga al empleado a no revelar información de carácter confidencial o secreto, lo que haría innecesario que la misma deba incorporarse en forma expresa en dicho contrato.¹⁷⁴⁶ Pero lo que es digno de destacar en este caso es que el gobierno de los Estados Unidos procuró —con éxito— obtener de la Corte Suprema de ese país que aplicara esa cláusula contractual independientemente de que la información publicada por Frank W. Snell fuera clasifi-

¹⁷⁴⁴ *Cfr. Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978).

¹⁷⁴⁵ *Cfr. Snell v. United States*, 444 U.S. 507 (1980). El contrato al que se hace referencia es una condición para el ingreso a la CIA a la que debe someterse toda persona.

¹⁷⁴⁶ *Cfr.* en este sentido, la opinión disidente de Stevens, Brennan y Marshall, en *Snell v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

cada o no; aunque el gobierno admitió que el libro en cuestión no contenía información clasificada, alegó que el no haberlo sometido a revisión preliminar por la CIA le había infligido un daño irreparable a actividades vitales para la seguridad nacional. Según la Corte Suprema, en este caso la violación de la confidencialidad por parte de Snell no dependería de que éste haya o no publicado información clasificada, sino del hecho de que, a la luz del acuerdo suscrito por él, debería haberle dado a la CIA una oportunidad para determinar si el material que se proponía publicar comprometería información clasificada o las fuentes de información de la Agencia; por consiguiente, el tribunal concedió que una publicación de un ex agente de inteligencia que contenga información sobre sus actividades puede ser perjudicial para los intereses vitales del país, incluso si dicha información no está clasificada.¹⁷⁴⁷ Tal conclusión, que niega a un agente de inteligencia el derecho a publicar información no clasificada, y que prescinde de toda evidencia que pueda demostrar la existencia de un daño concreto a otro bien jurídico digno de protección, es incompatible con la libertad de expresión consagrada en los textos internacionales que comentamos, y parece igualmente incompatible con el alto estíval que esta libertad ocupa en el sistema constitucional de los Estados Unidos. Esta decisión fue duramente criticada por el juez Stevens, a quien los jueces Brennan y Marshall se unieron en una opinión disidente, observando que el propósito de la cláusula contractual que debían suscribir quienes se incorporaran a la CIA no era darle a ésta la facultad de censurar las expresiones críticas de sus empleados, sino asegurarse de que información clasificada no pudiera hacerse pública sin el consentimiento de la Agencia; esa cláusula estaba diseñada para proteger el interés en la confidencialidad, el que en este caso no se habría visto comprometido.¹⁷⁴⁸ Según los jueces disidentes, Snell no infringió su deber de mantener la confidencialidad de la información, sino que, al no someter a revisión preliminar de la CIA el libro que se proponía publicar, infringió un deber contractual que se le había impuesto en respaldo de la obligación básica de confidencialidad. Si bien la CIA —como cualquier otro empleador— tiene un interés legítimo en preservar la confidencialidad de cierto tipo de información, sus agentes tienen un interés equivalente en preservar su derecho a expresarse; por lo tanto, el interés público debe procurar un

¹⁷⁴⁷ *Cfr.* *Snell v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

¹⁷⁴⁸ *Cfr.* su opinión disidente en *Snell v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

adecuado equilibrio que, sin poner en riesgo las operaciones de la Agencia, tampoco impida el libre flujo de información no clasificada.¹⁷⁴⁹ Los jueces disidentes rechazan que la CIA tenga autoridad para censurar la publicación de información no clasificada por parte de sus empleados sobre la base de que, en opinión de la Agencia, esa publicación puede resultar perjudicial para los intereses nacionales; el riesgo inherente que hay en permitir a una agencia gubernamental la revisión previa del material que se intenta publicar radica en que las autoridades pueden abusar de esta atribución, ya sea demorando la publicación de una obra crítica del gobierno, o persuadiendo al autor para que modifique el contenido de la misma más allá de los requerimientos de la confidencialidad; además, el mero hecho de que la Agencia pueda revisar el texto de una obra crítica en busca de información clasificada puede inhibir al autor de la misma.¹⁷⁵⁰

Pero un aspecto no menos importante es el que se refiere a la determinación del tipo de medidas que resultan apropiadas para proteger la confidencialidad de la información. Ya hemos hecho referencia a la revisión preliminar de una obra antes de su publicación, lo que unido al permiso necesario para proceder a la misma constituye censura previa. Sin embargo, esta medida resultará inapropiada en aquellos casos en que se proceda a la divulgación de esa información eludiendo esa revisión preliminar; en una situación como ésta, lo que podemos imaginar es la confiscación de la publicación (si el medio empleado lo permite), o la condena al pago de una indemnización que compense los daños ocasionados, o ambas. En *Snepp v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso la creación de un fondo fiduciario al que deberían ir todas las ganancias que pudiera obtener el señor Snepp como resultado de un libro que se había publicado en violación del deber contractual de someterlo a la revisión y autorización previa de la CIA.¹⁷⁵¹ Desde luego, ésta parece una medida apropiada para sancionar a quien ha traicionado la confianza que se depositó en él, impidiendo que se beneficie de su acto ilícito. Pero es importante recordar que en el presente caso el autor de la publicación no había divulgado ninguna información confidencial; de modo que si esta medida está basada en la teoría del enriquecimiento ilí-

¹⁷⁴⁹ *Idem.*

¹⁷⁵⁰ *Idem.*

¹⁷⁵¹ *Cfr.* *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

cito, en este caso sería el gobierno quien se estaría enriqueciendo injustamente con el producto de la publicación de información lícita.¹⁷⁵²

Por otra parte, si bien la Corte Europea de Derechos Humanos ha subrayado que, en el cumplimiento de sus deberes, la actividad de los funcionarios depende de la confianza que el público deposite en ellos,¹⁷⁵³ el tribunal europeo también ha observado que, teniendo en cuenta el objeto de la información, debe actuarse con cautela cuando las medidas que se adopten por las autoridades nacionales puedan disuadir a la prensa de tomar parte en la discusión de asuntos de interés público.¹⁷⁵⁴

2. El secreto profesional

Una importante excepción al deber de informar es la obligación de reserva que deriva del ejercicio de ciertas profesiones; en tales casos, puede sostenerse que el secreto o la confidencialidad de la información es una de las condiciones que definen la relación entre el profesional y su cliente, precisamente porque el profesional es un confidente necesario.

En la antigüedad, la importancia del secreto profesional se reflejaba en que éste tenía carácter sagrado; en consecuencia, no es extraño que en las Siete Partidas, de Alfonso X El Sabio, se haya destacado que se trataba de un deber y no de un derecho, y que la infidencia se castigara con la pena de muerte.

Con esta expresión no nos estamos refiriendo a la obligación moral de guardar discreción que puedan tener determinados profesionales, como de hecho se encuentra consagrado en muchos códigos deontológicos, sino al deber legal de hacerlo; en general, y sin perjuicio de las indemnizaciones civiles a que haya lugar, este deber legal se traduce en la existencia de sanciones penales para el caso que se quebrante.

En efecto, en razón de su oficio, hay ciertas personas que legalmente están exoneradas de informar sobre ciertos hechos, y que tienen la obligación de guardar reserva sobre los mismos. La confidencialidad es

¹⁷⁵² *Cfr.*, en este sentido, lo sostenido por los jueces Stevens, Brennan y Marshall, en su voto disidente en *Snepp v. United States*, 444 U.S. 507 (1980).

¹⁷⁵³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Janowski v. Poland*, sentencia del 21 de enero de 1999, párrafo 33.

¹⁷⁵⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Second Section, Case of Thoma v. Luxembourg, Turkey*, sentencia del 29 de marzo de 2001, párrafo 58.

esencial en estas profesiones, pues, en general, se trata de informaciones que se revelan sólo como producto de una necesidad apremiante, pero en el entendido de que ellas no serán difundidas. Para el ejercicio de estas profesiones es vital conocer la verdad; de manera que sin la garantía de reserva no se pueden ejercer adecuadamente. En consecuencia, no es extraño que en el ejercicio de estas profesiones —al igual que en la antigüedad— el secreto adquiera un carácter prácticamente sagrado, exigiendo discreción de aquellos cuyos servicios son esenciales para la sociedad. Por consiguiente, en el marco de determinadas profesiones, la necesidad de mantener la confidencialidad de aquello que se ha conocido en razón del oficio tiene el carácter de un interés público, que el Estado debe proteger.

Al impedir la divulgación del secreto profesional se está procurando el correcto ejercicio de esa profesión y, por lo tanto, se está protegiendo a la sociedad en su conjunto; de manera que, incluso si la violación del secreto profesional no causa un daño inmediato y directo a la persona a quien concierne la divulgación de esa información, la ley debe sancionar esa violación del secreto, ayudando a fortalecer la confianza de la sociedad en esos profesionales, exigiéndoles discreción.

A. El secreto médico

En principio, la salud de la persona es un asunto privado o íntimo, por lo que no es extraño que nadie desee que sus enfermedades sean de conocimiento público; al médico —como al abogado— se le confian informaciones que no se le proporcionan a cualquiera. De no existir el secreto médico, se estaría convirtiendo a estos profesionales en agentes de la policía, por lo que no faltarían aquellos que preferirían recurrir a una persona menos calificada para que les asista, aun a riesgo de la salud personal y de la salud pública. Ya en el juramento hipocrático se exigía la promesa de que todo lo que el médico viere u oyere en el ejercicio de su profesión y que no deba divulgarse lo conservara como secreto.

Muchas legislaciones exigen que, a falta del padre o la madre, el médico que haya asistido en el parto dé cuenta del mismo a la autoridad respectiva, para los efectos de la inscripción y registro del estado civil del niño; pero esta disposición, según como se interprete, puede ser incompatible con el secreto profesional del médico, forzándolo a revelar un

adulterio o un delito contra el honor de la madre, o alguna otra circunstancia que ha llegado a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

En lo que se refiere a los exámenes de salud practicados para los efectos de contratos de seguros, pero sobre todo los exámenes médicos practicados al personal de una empresa, muchas veces con el propósito de descartar enfermedades como el sida u otras, en que el médico informa de los resultados de sus exámenes a una empresa y no al paciente, pueden generar serios conflictos con el secreto profesional. La realización de este tipo de exámenes plantea problemas especialmente graves, particularmente en los casos en que se mantiene al paciente en la ignorancia, y no se le informa qué es exactamente lo que se está buscando. Pero, en el caso de los contratos de seguro, puede asumirse que el paciente presta su consentimiento para que el médico informe sobre su estado de salud a la empresa aseguradora, y sólo a ella.

En el caso de las enfermedades epidémicas, que se suelen citar como excepción a la regla del secreto profesional, a fin de que se puedan tomar las medidas adecuadas para combatirla, también se ha observado que la delación de un caso particular agregaría muy poco a lo que —dadas las características de la enfermedad— debería ser un hecho público y notorio.

Por otra parte, es importante subrayar que el médico puede verse librado de su obligación de confidencialidad, ya sea como resultado de una renuncia expresa por parte del paciente, o porque este último se ha referido al tratamiento recibido en términos que no corresponden con la verdad, que lesionan la reputación profesional del médico, y que le obligan a rectificar la información proporcionada por el primero. En el caso de unas entrevistas concedidas a la prensa por quienes habían sido pacientes de un cirujano plástico y que tenían razones para estar insatisfechos con los resultados obtenidos, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que el referido médico fue invitado a comentar sobre lo que se afirmaba en la citada entrevista, lo que hizo sólo en términos generales, sin referirse a los casos específicos, y sin dar ningún paso para establecer si los pacientes que ya habían publicado detalles de sus casos individuales tenían alguna objeción para que él comentara sobre los mismos; en estas circunstancias, el tribunal europeo rechazó que al médico en cuestión se le hubiera negado la oportunidad de defenderse apropiadamente y, en

una redacción un tanto confusa, parece sostener que no tenía ningún deber de guardar esa confidencialidad.¹⁷⁵⁵

B. El secreto profesional del abogado

Para los abogados, al igual que para otros profesionales, el secreto no sólo es un derecho, sino un deber. Desde hace siglos se ha castigado severamente al abogado que transmite a la parte contraria los secretos de su cliente; además, al exigir al abogado que divulgue lo que le ha confiado su cliente se destruiría una de las garantías fundamentales de la defensa. Eventualmente, esa confidencialidad se ha extendido a la discreción que el abogado debe guardar respecto de investigaciones judiciales en asuntos de naturaleza penal. Esa es parte de la prudencia que se espera del jurista.

Cuenta la leyenda que Eugenio de Samozate, quien había sido encargado del depósito de unas escrituras, al ser conminado a entregarlas por el emperador Constancio, bajo pena de perder la mano derecha si no lo hacía, respondió con altivez que estaba dispuesto a perder no sólo la mano, sino la vida misma, antes que faltar a su deber de guardar esa información; el emperador se inclinó con respeto ante la fidelidad a su profesión demostrada por Samozate.

Sin la garantía del secreto, el abogado no dispondrá ni de suficiente información ni de independencia como para cumplir la misión que le corresponde en la tarea de administrar justicia; ese deber de confidencialidad exonera al abogado de comparecer como testigo y tener que proporcionar información que haya obtenido en su condición de profesional del derecho. La cuestión está en determinar si la información que se pide del abogado ha sido obtenida por éste en su condición de tal o de otra forma; en este sentido, en un caso en que no se invocó el deber de confidencialidad ante los tribunales y en que el abogado había sido citado a declarar en relación con su propia participación en una manifestación pública, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que la negativa a rendir evidencia era un asunto que no quedaba comprendido dentro

¹⁷⁵⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Bergens Tidende and others v. Norway*, sentencia del 2 de mayo de 2000, párrafo 58. La confusión deriva del hecho que la frase utilizada por la Corte (“Dr. R. was under no duty so to do”) puede resultar aplicable a la necesidad de cerciorarse de que sus pacientes no tenían objeción a que el médico comentara sobre sus casos, o a guardar la confidencialidad de los mismos.

del ámbito del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁷⁵⁶

Para garantizar el secreto profesional del abogado, sus papeles, notas y documentos deben ser inviolables, del mismo modo como sus comunicaciones con su cliente deben estar exentas de toda vigilancia.

C. La confidencialidad de las fuentes periodísticas

Se ha sugerido que sin el derecho a preservar las fuentes informativas los periodistas podrían encontrarse con que lo único publicable es lo que les han informado oficialmente los representantes de los poderes públicos.¹⁷⁵⁷ Es precisamente por eso que, respecto de los comunicadores sociales, el derecho y el deber de guardar el secreto profesional reviste importancia fundamental. La protección de las fuentes informativas constituye una garantía del derecho de los ciudadanos a recibir una información libre, y una salvaguarda del trabajo profesional del periodista.

Si bien ninguno de los instrumentos internacionales que comentamos hace referencia expresa a la confidencialidad de las fuentes periodísticas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.¹⁷⁵⁸

Según Fernández Miranda, el secreto profesional de los periodistas se configura como un deber jurídico que opera como un límite a la libertad de expresión y al derecho a informar, e implica la obligación de guardar silencio sobre los secretos conocidos en el ejercicio de una profesión de interés social, que descansa precisamente sobre el vínculo de confianza.¹⁷⁵⁹

El secreto profesional de los periodistas ha sido ampliamente recogido en la Constitución española, cuyo artículo 20, núm. 1, letra d), dispone

¹⁷⁵⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ezelin v. France*, sentencia del 18 de marzo de 1991, párrafo 33.

¹⁷⁵⁷ *Cfr.* Escribano, José Claudio, prólogo al libro de Badeni, Gregorio, *Libertad de prensa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 12.

¹⁷⁵⁸ *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, párrafo 8 de la parte declarativa.

¹⁷⁵⁹ *Cfr.* Fernández Miranda, Alfonso, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 31 y ss.

que la ley regulará “el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional” en el ejercicio de las libertades de expresión e información.

El problema central que plantea el secreto profesional de los periodistas radica en definir exactamente en qué consiste. Es decir, en precisar qué es lo que es objeto del secreto. Uno de los elementos más conocidos del secreto profesional de los periodistas es la protección del anonimato de quien le suministra cualquier tipo de información y desea que no se divulgue su identidad. Sin embargo, paradójicamente este derecho no se encuentra garantizado en el derecho de algunos países; por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Branzburg v. Hayes*, en el que se citó a unos periodistas a declarar como testigos en un caso referido a las actividades del grupo conocido como “Panteras Negras”, a partir de la necesidad de ponderar en cada caso concreto los bienes jurídicos en conflicto, atribuyó un valor relativo al derecho de los profesionales de la comunicación a la reserva de sus fuentes, y señaló que ellos estaban obligados a revelar las fuentes de las informaciones que habían publicado sobre las actividades delictivas de la citada organización o grupo.¹⁷⁶⁰ De manera coincidente con lo anterior, Archivald Cox ha sugerido que cuando los medios de comunicación reclamen el privilegio de negarse a revelar sus fuentes confidenciales, el peso de la prueba de que tal privilegio se encuentra protegido por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos debe recaer sobre ellos.¹⁷⁶¹

En el derecho inglés, según la sección 10 de la Ley de Desacato al Tribunal, de 1981, ningún tribunal puede requerir a una persona que revele la fuente de la información contenida en la publicación de la cual es responsable, a menos que se establezca que esa revelación es necesaria en interés de la justicia o de la seguridad nacional, o para la prevención del desorden o del crimen, caso en el cual esa persona será culpable del delito de desacato al tribunal, por negarse a revelar la fuente de esa información. En aplicación de esta disposición, los tribunales ingleses también han conferido un carácter relativo a la confidencialidad de las fuentes periodísticas. En el caso de un periodista que recibió información no solicitada sobre las dificultades financieras que estaba atravesando una empresa inglesa líder en su campo, después de que el periodista llamó a

¹⁷⁶⁰ *Cfr. Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

¹⁷⁶¹ *Cfr. “Freedom of Expression in the Burger Court”, Harvard Law Review*, vol. 94, núm. I, 1980, pp. 52 y ss.

la empresa para verificar la información y obtener sus comentarios, los ejecutivos de dicha empresa recurrieron a los tribunales solicitando, como medida provisional, la prohibición de publicar dicha información, y posteriormente solicitaron que se ordenara al periodista y a los responsables de la publicación para la cual éste trabajaba que proporcionaran las notas de las conversaciones telefónicas que identificaban a la fuente de esa información; los tribunales ingleses accedieron a esta solicitud, considerando que esa medida era necesaria en interés de la justicia, pues la empresa deseaba recuperar un documento confidencial, evitar el daño comercial que podía resultar de su publicación, y demandar por los daños que la posesión indebida de ese archivo confidencial pudiera haber causado a la empresa, pero ésta no sabía a quién demandar. Lord Donaldson, de la Corte de Apelaciones inglesa, admitió que podía haber razones para mantener la confidencialidad de las fuentes periodísticas si, por ejemplo, esa información permitía hacer pública lo que la doctrina denomina una “iniquidad”, o si los accionistas de la empresa estaban siendo mantenidos en la ignorancia respecto de información importante para que ellos pudieran tomar decisiones adecuadas en cuanto a mantener o vender sus acciones, pero —en su opinión— éste no era el caso, y, al ponderar la confidencialidad de las fuentes con los intereses de la justicia, la balanza se inclinaba a favor de la divulgación de la fuente.¹⁷⁶² Los lores de la justicia de la Cámara de los Lores confirmaron esta decisión, y citaron lo dicho por lord Reid en *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners*, en el sentido de que si una persona, sin ninguna falta propia, se ve involucrada en los actos ilícitos de otra para facilitar la comisión de los mismos, puede que no incurra en ninguna responsabilidad personal, pero adquiere el deber de asistir a la persona que ha sido víctima de ese acto ilícito, debiendo proporcionarle toda la información, incluyendo la identidad del autor del acto.¹⁷⁶³ En opinión de lord Bridge, al ponderar la confidencialidad de las fuentes y los intereses de la justicia,

¹⁷⁶² *Cfr.* lo sostenido por lord Donaldson, citado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 17.

¹⁷⁶³ *Cfr.* lo expresado por la Cámara de los Lores, citado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 18.

Un factor muy importante es la naturaleza de la información obtenida de la fuente. Mientras mayor sea el interés legítimo en la información que la fuente le ha dado a quien la va a publicar o intenta publicarla, mayor será la importancia de proteger la fuente. Pero otro factor tal vez más importante que afectará mucho la importancia de proteger la fuente será la manera en que esa información haya sido obtenida por la fuente. Si el tribunal descubre que la información fue obtenida legítimamente, esto favorecerá la importancia de proteger la fuente. A la inversa, si resulta que la información fue obtenida ilegalmente, disminuirá la importancia de proteger la fuente, a menos que, por supuesto, este factor sea compensado por un claro interés público en la publicación de la información, como en el caso clásico en que la fuente ha actuado con el propósito de exponer una iniquidad... (En el presente caso) la importancia de obtener la divulgación de la fuente yace en la amenaza de un daño severo para los negocios (de la empresa de los demandantes), y por consiguiente para la fuente de ingresos de sus empleados... La importancia de proteger la fuente, por otra parte, está muy disminuida por —cuando menos— la complicidad de la fuente, en una grave violación de la confidencialidad que no puede compensarse por ningún interés legítimo que la publicidad de esa información haya tenido en mente servir.¹⁷⁶⁴

El periodista a quien se obligó a revelar la fuente, y a quien se le impuso una multa por haberse negado a hacerlo, alegó que esta interferencia con su libertad de expresión constituía una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, puesto que la información que se pretendía publicar se encontraba comúnmente en la página de negocios de la prensa; la información acerca de la mala administración de esa empresa tenía valor noticioso, aunque no revelara asuntos de un interés público vital, y era de interés tanto para los clientes como para los inversionistas en el mercado de los programas de computación. Lo importante era que la relación entre el periodista y su fuente generaba el tipo de información que tenía potencial noticioso, y si bien la empresa Tetra tenía derecho a mantener el secreto de sus operaciones, si podía hacerlo, no se podía castigar al periodista por no revelar la fuente de una información que la empresa había sido incapaz de mantener en secreto.¹⁷⁶⁵ Después de recordar que la libertad de expresión constituye uno

¹⁷⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 18.

¹⁷⁶⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 37.

de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, por lo que las garantías conferidas a la prensa son de particular importancia, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que la protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas para una prensa libre; el tribunal observó que así se refleja en las leyes y en los códigos de conducta profesional en vigor en numerosos Estados partes en la Convención europea, y reafirmado en varios instrumentos internacionales, entre los que cita la Resolución sobre libertades periodísticas y derechos humanos,¹⁷⁶⁶ y la Resolución sobre la confidencialidad de las fuentes periodísticas, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de enero de 1994. Según el tribunal, sin esa protección las fuentes pueden verse disuadidas de asistir a la prensa en la tarea de informar a la población sobre asuntos de interés público; como consecuencia, el papel vital de la prensa como guardián público puede verse disminuido, y su capacidad para proporcionar información exacta y confiable puede verse adversamente afectada. En consecuencia, la Corte Europea estimó que, teniendo en cuenta la importancia de la protección de las fuentes periodísticas en una sociedad democrática, y considerando el efecto potencialmente inhibidor que puede tener en el ejercicio de esta libertad una orden judicial para revelar la fuente, dicha medida no puede ser compatible con la libertad consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea, “a menos que esté justificada por requerimientos de interés público prevaleciente”.¹⁷⁶⁷

3. La confidencialidad entre particulares

Independientemente de cuál sea la profesión de las partes involucradas, las relaciones entre particulares también pueden generar el intercambio de información protegida por el deber de confidencialidad.

A. La confidencialidad derivada de contratos mercantiles

En las sociedades comerciales, así como en los contratos mercantiles, se suele manejar información confidencial de muy variada naturaleza. En

¹⁷⁶⁶ Adoptada en la 4a. Conferencia Ministerial Europea sobre Política de Medios de Comunicación de Masas, celebrada en Praga del 7 al 8 de diciembre de 1994.

¹⁷⁶⁷ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 39.

consecuencia, es posible que dichos contratos contengan información confidencial proporcionada por una de las partes, y que, ya sea en forma explícita o implícita, se espera que no sea divulgada.

B. *El secreto bancario*

Según Pacheco, habría sido en Francia donde, en el año 1706, en *La grande ordennance sur le commerce*, y en una resolución del Consejo de Estado, de 1724, en las que se recogió la idea del secreto bancario, señalando que los agentes de cambio no podían mencionar, en ningún caso, a las personas que les hubieran encargado negocios, a los que tendrían que guardarles esa información como secreto inviolable, y a los que deberían servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.¹⁷⁶⁸ Probablemente, estas manifestaciones de cautela en el manejo del dinero u otros títulos de valor —en momentos en que aún no existían bancos como los conocemos actualmente— fueron el resultado del temor al robo, haciendo que este tipo de transacciones fueran conocidas sólo entre el depositante y el depositario a quien se confiaba el dinero. Pero hoy en día su fundamento debe buscarse principalmente en la protección de la privacidad de las personas, lo cual tiene repercusiones en cuanto al ámbito de lo que se protege, al permitir que con propósitos fiscales o de otro tipo se informe a las autoridades del Estado sobre las transacciones bancarias realizadas por los clientes del banco.

A partir de las consideraciones anteriores, el secreto bancario, cuya rigidez varía considerablemente de un país a otro, ha sido objeto de importantes restricciones derivadas de la necesidad de combatir el tráfico de drogas y el lavado de dinero, o simplemente la evasión tributaria. En este sentido, la Ley de Secreto Bancario de los Estados Unidos,¹⁷⁶⁹ de 1970, regula especialmente las transacciones monetarias superiores a 10,000 dólares y otras transacciones sospechosas, incluso por un monto menor, requiriendo que se informe de las mismas a las instituciones financieras del Estado.

¹⁷⁶⁸ Cfr. Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 23.

¹⁷⁶⁹ Su nombre oficial es Currency and Foreign Transactions Reporting Act.

C. La confidencialidad derivada de las relaciones laborales

De las relaciones laborales, y ocasionalmente de las relaciones comerciales, surgen datos que, por no ser fácilmente accesibles a los demás, constituyen información privilegiada, que tiene carácter confidencial. Por ejemplo, la divulgación de información privilegiada que se tenga de los proyectos de una empresa, cuyas acciones se cotizan en la bolsa de valores, puede generar ganancias en las transacciones de esas acciones, con pérdidas equivalentes para quienes carecían de esa información.

En el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, previamente citado, la Corte Europea de Derechos Humanos admitió que una empresa comercial tenía legítimas razones para desenmascarar a un empleado desleal, que podía continuar teniendo acceso a sus instalaciones (y probablemente a su información), con objeto de poner término a su vinculación laboral con la empresa.¹⁷⁷⁰ Curiosamente, no obstante estar expresamente previsto por la Convención Europea, en el caso *Jacubowski v. Germany*, al examinar la medida impuesta al afectado por los tribunales nacionales, que le impedía continuar distribuyendo entre los clientes de una agencia de prensa —su antigua empresa empleadora— una circular con unos recortes de prensa críticos de esta última, el tribunal europeo no consideró necesario referirse a la necesidad de dicha interferencia a fin de prevenir la divulgación de información confidencial, y prefirió examinarlo como un caso de competencia desleal, en que era necesario proteger la reputación y los derechos de otros. En esa circular, el afectado claramente se proponía desacreditar a su antiguo empleador y, al mismo tiempo, lograr que esos clientes emigraran a la nueva empresa fundada por él; además, los recortes de prensa remitidos a esos clientes de su antigua empleadora, entre otras cosas, contenían comentarios sobre el empeoramiento de la situación financiera de esa agencia de prensa, y señalaban que algunos de sus clientes se preparaban para prescindir de sus servicios debido a su pobre desempeño y a la falta de algunas facilidades técnicas.¹⁷⁷¹

¹⁷⁷⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia del 27 de marzo de 1996, párrafo 44.

¹⁷⁷¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jacubowski v. Germany*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párrafos 14, 17 y 27.

4. *El secreto de confesión*

La estrecha relación que a lo largo de la historia ha existido entre la Iglesia y el Estado, unida al reconocimiento de la libertad de conciencia y religión, explican la protección que se brinda al secreto de confesión; en este sentido, la confesión forma parte del ejercicio de un culto, y constituye un servicio religioso. Por lo demás, aquello que la persona revela ante un sacerdote suelen ser hechos y situaciones que corresponden a su esfera íntima, y que se confian con la seguridad de que esa confesión está protegida por el sacramento.

Según el derecho canónico, al sacerdote le está prohibido, de manera absoluta, revelar la información recibida en confesión, aunque no haya peligro alguno de quebrantar el sigilo sacramental. El confesor que revele el secreto de confesión incurre en excomunión. Sin embargo, en una cláusula reservada del Edicto de Nantes se disponía que los ministros de la iglesia reformada no podían ser obligados a declarar como testigos sobre lo que en sus consistorios les hubiera sido revelado, *sino solamente en cuanto a lo referente a la persona del rey y a la conservación del Estado.*¹⁷⁷²

VII. LAS NECESIDADES DERIVADAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La publicidad es el alma misma de la justicia. Es el más agudo acicate para actuar con diligencia, y la más segura de todas las garantías contra la falta de probidad. Mientras el juez está juzgando, la publicidad lo mantiene a él mismo bajo observación.

Jeremy BENTHAM

Según Louis Henkin, el procedimiento más confidencial en todo el aparato de gobierno de los Estados Unidos es, probablemente, el derivado de las reuniones en que deliberan los jueces de la Corte Suprema.¹⁷⁷³

¹⁷⁷² *Cfr.* Rodríguez Piñeres, Eduardo, *Estudio sobre el secreto profesional*, Bogotá, Temis, 1980, p. 47.

¹⁷⁷³ *Cfr.* “The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of the Pentagon Papers”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 120, 1971, pp. 273-274.

En este mismo sentido, en el caso de “los papeles del Pentágono”, el juez Warren E. Burguer, siendo presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, manifestó tener escasas dudas en cuanto al poder inherente de la Corte para proteger la confidencialidad de sus operaciones internas, recurriendo para ello a cualquier medida judicial que juzgue necesaria.¹⁷⁷⁴ Pero el hecho de que esto suceda precisamente en el país con una más firme tradición en materia de libertad de expresión no es necesariamente contradictorio o sorprendente; después de todo, es de asumir que quienes desempeñan funciones judiciales deben observar un cierto grado de prudencia en las opiniones que emitan, a fin de asegurar que éstas no interfieran con la independencia o imparcialidad que se espera de ellos.

La administración de justicia —aspecto al que también se refiere la Convención Europea entre las restricciones a que puede estar sometida la libertad de expresión— parece involucrar algunas restricciones adicionales a las que ya se menciona explícitamente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre las cuales no figuran las necesidades de la administración de justicia. Estas restricciones —ya sea que sean inherentes a otro tipo de restricciones o que estén previstas en forma explícita— podrán estar diseñadas para preservar los derechos o intereses de las partes involucradas en un proceso, o para preservar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial. Su naturaleza permite suponer que este tipo de restricciones sólo pueden incidir temporalmente en el ejercicio de la libertad de expresión; pero no por ello se puede afirmar que su impacto sea mínimo o irrelevante.

Por otra parte, las disposiciones relativas a la libertad de expresión deben interpretarse en armonía con las que en estos mismos instrumentos internacionales se refieren a las garantías judiciales. No se puede olvidar que los mismos instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión incluyen, entre las garantías judiciales a que tiene derecho toda persona, disposiciones relativas a la publicidad de los procedimientos; no se trata solamente de proteger al individuo que ha sido acusado de un delito, sino de que toda la sociedad tiene interés en que se haga justicia. En efecto, el artículo 14, núm. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone que toda persona tiene derecho a ser

¹⁷⁷⁴ *Cfr.* su opinión disidente en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

oída “públicamente” en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Como una excepción a esta regla, la disposición antes citada señala que la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; sin embargo, en lo que concierne a la publicidad de la sentencia se vuelve a la regla general, indicando que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales, o a la tutela de menores. En el mismo sentido, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que en la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil o de cualquier acusación criminal formulada contra ella, toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, y subraya que la sentencia será pronunciada públicamente, aunque la prensa o el público pueden ser excluidos de todo o parte del procedimiento en interés de la moral, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo requieran, o en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, en circunstancias especiales en que la publicidad pueda perjudicar los intereses de la justicia. De manera semejante, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su párrafo 5, que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia; aunque esta disposición no incluye una referencia expresa a la publicidad de procedimientos judiciales distintos de los penales, el párrafo 1 del artículo 8 señala que en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter, toda persona tiene derecho a ser oída *con las debidas garantías*. Desde luego, las debidas garantías no pueden excluir la transparencia y la publicidad del proceso, porque la publicidad es una condición esencial de la justicia, y es también una garantía de la misma, en cuanto permite un con-

trol directo de la ciudadanía sobre la rectitud y corrección del procedimiento, así como de la independencia e imparcialidad del tribunal. Además, la publicidad hace posible ver que se hace justicia, mediante la igual aplicación de la ley, sin preferencias o discriminaciones de ninguna especie. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español ha señalado que:

La independencia del Poder Judicial constitucionalmente garantizada, lo es respecto de la adopción de decisiones por los órganos judiciales, pero no se ve afectada por la opinión que de las mismas puedan expresar los ciudadanos, quienes pueden legítimamente criticarlas siempre que no traspasen los límites ya referidos.¹⁷⁷⁵

Es oportuno subrayar que la publicidad procesal está prevista no sólo como una garantía de las partes en el proceso, a la cual éstas puedan renunciar, sino como un asunto del mayor interés público, que permite a la ciudadanía supervisar la actividad de los órganos encargados de la administración de justicia, por lo que los juicios a puertas cerradas no pueden tener cabida en una sociedad democrática. En cuanto la administración de justicia constituye el ejercicio de una función pública de la mayor importancia, ella debe realizarse a la luz del día, sin ningún misterio, permitiendo que los miembros del cuerpo social puedan apreciar por sí mismos que se está haciendo justicia. Sobre este particular, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general”.¹⁷⁷⁶ En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado que “el carácter público de los procedimientos ante órganos judiciales... protege a los litigantes de una administración de justicia en secreto, sin escrutinio público; también es uno de los medios por los que se puede mantener la confianza en los tribunales superiores e inferiores. Al hacer visible la administración de justicia, la publi-

¹⁷⁷⁵ 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).

¹⁷⁷⁶ Comentario General núm. 13, párrafo 6, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Asamblea General, documentos oficiales, trigésimo noveno periodo de sesiones, suplemento núm. 40 (A/39/40), Nueva York, Naciones Unidas, 1984, p. 147.

cidad contribuye a lograr... un juicio justo".¹⁷⁷⁷ A mayor abundamiento, al destacar la función esencial que cumple la prensa en una sociedad democrática, debiendo impartir informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público, el tribunal europeo también ha subrayado que este deber se extiende a los reportajes y comentarios sobre procedimientos judiciales, siempre que ellos no traspasen ciertos límites, y que los mismos contribuyen a la publicidad del proceso y, por lo tanto, son perfectamente compatibles con el artículo 6, núm. 1, de la Convención Europea, que requiere que la audiencia sea pública.¹⁷⁷⁸ Al poner en conocimiento del público el comportamiento de policías, jueces, fiscales y defensores, así como al examinar exhaustivamente cada procedimiento judicial, los medios de comunicación no sólo están difundiendo información sobre asuntos de interés público, sino que, sobre todo, están velando por que se haga justicia de manera independiente e imparcial, y están contribuyendo a evitar errores judiciales. Es por eso que la necesidad de proteger los derechos de las partes debe procurarse interfiriendo lo menos posible con la libertad de información.

El Tribunal Constitucional español tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular, con motivo del Consejo de Guerra que se celebró luego del intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1982. En el curso de ese procedimiento, el Consejo de Guerra dictó una resolución expulsando de la sala al director del periódico *Diario 16*; al admitir el recurso de amparo solicitado por dicho periodista, y al anular la resolución que le impedía el acceso a la sala del juicio, el Tribunal Constitucional expresó que:

El principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (Artículo 120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite ad-

¹⁷⁷⁷ Caso Sutter *v.* Switzerland, sentencia del 22 de febrero de 1984, párrafo 26. *Cfr.*, también, las sentencias del mismo tribunal en los casos Lawless *v.* Ireland, del 14 de noviembre de 1960, p. 13, Golder *v.* United Kingdom, del 21 de febrero de 1975, p. 18, Pretto and others *v.* Italy, del 8 de diciembre de 1983, p. 11, y Axen *v.* Federal Republic of Germany, del 8 de diciembre de 1983, p. 12.

¹⁷⁷⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case of News Verlags GMBH & Cokg *v.* Austria, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafos 55 y 56.

quirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural, desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la vista de la causa que nos ocupa.¹⁷⁷⁹

A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, las garantías extraordinarias que rodean la libertad de expresión llevan consigo el deber de ejercerla con responsabilidad; según dicho tribunal, no es demasiado pedir que aquellos que ejercen esta libertad, a través de la prensa o de los medios radioeléctricos, también hagan algún esfuerzo por respetar el derecho que tiene el acusado a un juicio justo e imparcial.¹⁷⁸⁰ Por otra parte, si bien lo anterior sólo implica una sugerencia a los medios de comunicación, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido que entre las restricciones de la libertad de expresión hay que incluir la autoridad de los tribunales de justicia para castigar el desacato a sus decisiones cuando una decisión tiende directamente a impedir el cumplimiento de sus funciones judiciales.¹⁷⁸¹ En todo caso, cualquier restricción de esta naturaleza debe estar relacionada con algún procedimiento judicial en curso, y debe estar limitada a expresiones que puedan interferir o impedir la administración de justicia. Además, la Corte ha sostenido que no se puede prohibir a la prensa impedir la divulgación de información veraz, no obstante que ésta se relacione con procedimientos confidenciales de una comisión de investigación y revisión judicial.¹⁷⁸²

En el derecho comparado hay varias figuras delictivas relacionadas con la administración de justicia; de éstas, entre las que eventualmente también inciden en la libertad de expresión se puede citar el perjurio, el desacato al tribunal, y la obstrucción de la justicia. Por otra parte, el mismo derecho comparado ofrece instancias en que la administración de jus-

¹⁷⁷⁹ Sentencia 30/1982, del 10. de junio de 1982, citada por Carmona Salgado, Concepción, en *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 46.

¹⁷⁸⁰ *Cfr. Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

¹⁷⁸¹ *Cfr. Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

¹⁷⁸² *Cfr. Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978).

ticia debe ceder a otras consideraciones; en este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que consideraciones de interés público prohíben dar curso a una demanda si el procesamiento de la misma conducirá inevitablemente a la divulgación de asuntos que la ley considera confidenciales, y respecto de los cuales no se puede infringir esa confidencialidad.¹⁷⁸³

Pero las consideraciones anteriores no suponen que en caso de conflicto con los intereses de la administración de justicia la libertad de expresión deba ceder en toda circunstancia; sencillamente, ellas sugieren que debe procurarse un adecuado equilibrio entre dichos intereses y la libertad de expresión. En ese entendido, en las líneas que siguen analizaremos las circunstancias en que las necesidades de la administración de justicia pueden justificar alguna restricción de la libertad de expresión.

1. *Los intereses de la justicia*

Si bien ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana de Derechos Humanos se refieren específicamente a esta circunstancia entre las restricciones legítimas que pueden afectar la libertad de expresión, debe tenerse presente lo establecido por estos mismos instrumentos en lo relativo al derecho a un juicio justo. En efecto, el artículo 14 del Pacto expresa que:

Toda persona tendrá derecho a ser oída *públicamente* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, *en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los

¹⁷⁸³ *Cfr.* *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876). También, *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953) y, más recientemente, *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981).

casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

En el mismo sentido, el artículo 8, párrafo 5, de la Convención Americana dispone que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Por otra parte, los intereses de la justicia deben interpretarse en estrecha conexión con la presunción de inocencia en materia penal, prevista en el artículo 14, núm. 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8, núm. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 6, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esa presunción de inocencia implica el derecho del acusado a que, mientras no se demuestre su culpabilidad, no se deriven consecuencias negativas en su contra, como resultado de una excesiva publicidad, que trasciende los límites del reportaje objetivo, y que tiende a estigmatizar al acusado como si ya se hubiera establecido su culpabilidad. En tal sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que, a fin de asegurar una buena administración de justicia y respetar el derecho de la persona acusada a que se presuma su inocencia, los periodistas que elaboran reportajes sobre procedimientos penales en curso no deben traspasar ciertos límites.¹⁷⁸⁴

En nuestra opinión, en esta materia hay que distinguir dos aspectos. En primer lugar, los casos en que el tribunal actúa por propia iniciativa restringiendo la publicidad de un procedimiento judicial, y aquellos en que lo hace a petición de alguna de las partes;¹⁷⁸⁵ en segundo lugar, también tiene importancia determinar a quién está dirigida la orden que restringe el derecho a informar en relación con un procedimiento judicial. En cuanto concierne a este último punto, la orden judicial puede tener como destinatarios ya sea a los medios de comunicación,¹⁷⁸⁶ o a las par-

¹⁷⁸⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire du Roy et Malaurie c. France*, sentencia del 3 de octubre de 2000, párrafo 34.

¹⁷⁸⁵ *Cfr.*, por ejemplo, U.S. Supreme Court, *Dow Jones & Co., Inc. v. Simon*, 488 U.S. 946 (1988).

¹⁷⁸⁶ *Cfr.*, por ejemplo, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), en que se prohibió a la prensa difundir las confesiones anteriores de los acusados en un juicio por asesinato múltiple altamente publicitado, o los casos *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, y *The Sunday Times v. The United Kingdom*, ambos decididos por la Corte Europea de Derechos Humanos el 26 de noviembre de 1991.

tes en el procedimiento.¹⁷⁸⁷ Como quiera que sea, cualquier restricción a la libertad de expresión basada en los intereses de la justicia tiene que tener como fundamento consideraciones muy apremiantes. En un caso en que se había prohibido a las partes hacer declaraciones a la prensa en relación con el procedimiento, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó que dicha orden pudiera basarse en la “razonable probabilidad” de que la publicidad pudiera perjudicar el derecho de los acusados a un juicio justo, inclinándose por el criterio más exigente de un “peligro claro y presente”.¹⁷⁸⁸ Según el citado tribunal, aunque la publicidad puede comprometer el derecho del acusado a un juicio justo, la protección en contra de la censura previa adquiere especial vigor tratándose del reportaje de procedimientos criminales, y no hay nada que prohíba a los medios de comunicación informar sobre lo que ocurre en la sala de un tribunal;¹⁷⁸⁹ si bien es posible que se celebre una audiencia preliminar a puertas cerradas, una vez que se ha realizado una audiencia pública, lo que haya ocurrido en el tribunal no puede ser objeto de censura previa.¹⁷⁹⁰ En realidad, en la jurisprudencia de la Corte, a los reportes veraces de procedimientos judiciales pendientes se les ha conferido una especial protección en contra de sanciones posteriores.¹⁷⁹¹

A. La autoridad del Poder Judicial

La última condición que a juicio de la Convención Europea de Derechos Humanos justificaría restringir la libertad de expresión se refiere a la necesidad de mantener la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, el trabajo de los tribunales, que son los garantes de la justicia y que desempeñan un papel fundamental en todo Estado en que impere la ley, necesitan disfrutar de la confianza pública; de allí deduce la Corte Europea que los jueces deben estar protegidos de los ataques infundados dirigidos en su contra, especialmente porque los jueces están sujetos a un deber de discreción que

¹⁷⁸⁷ *Cfr.*, por ejemplo, U.S. Supreme Court, *Dow Jones & Co., Inc. v. Simon*, 488 U.S. 946 (1988).

¹⁷⁸⁸ *Cfr.* *Dow Jones & Co., Inc. v. Simon*, 488 U.S. 946 (1988).

¹⁷⁸⁹ *Cfr.* *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

¹⁷⁹⁰ *Idem.*

¹⁷⁹¹ *Cfr.* *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

les impide replicar.¹⁷⁹² Si bien esas premisas las podemos compartir, teniendo en cuenta que el funcionamiento del Poder Judicial es un asunto del mayor interés público, que no puede estar exento de la crítica política, la conclusión a que llega el tribunal europeo nos parece que excede lo que es necesario en una sociedad democrática. En este sentido, la propia Corte Europea admite que la prensa es uno de los medios a través de los cuales tanto los políticos como la opinión pública pueden verificar que los jueces están cumpliendo con sus responsabilidades de una manera que sea compatible con los propósitos que sirven de base a la tarea que se les ha confiado.¹⁷⁹³

Pero de lo que se trata es, básicamente, de sancionar expresiones que puedan afectar la majestad del Poder Judicial, exponiéndolo al desprecio público, o que puedan interferir con la recta e imparcial administración de justicia, o con los derechos de las partes en el procedimiento. A título ilustrativo, el artículo 226 del Código Penal francés sanciona a cualquiera que, por medio de la palabra hablada o escrita, intente desacreditar públicamente una acción o decisión de un tribunal, de una manera que pueda comprometer la autoridad o la independencia del Poder Judicial.

La figura del desacato al tribunal, que normalmente permite un procedimiento breve y sumario, a cargo del mismo magistrado que se considera víctima del desacato, es suficientemente vaga e imprecisa como para hacer posible que los tribunales apliquen sanciones por el incumplimiento de decisiones judiciales que posteriormente podrían ser revocadas, por considerarse improcedentes. Pero su sola existencia en el ordenamiento jurídico, a disposición de los jueces, puede ser suficiente para hacer de éstos figuras casi intocables, exentas de la crítica a sus actuaciones, e inhibir la manifestación de expresiones que pudieran disgustarles. Desde luego, esta figura delictiva también incluye la desobediencia a una orden explícita del tribunal; pero lo que nos interesa es la sanción de expresiones relacionadas con un procedimiento judicial en curso.

En los Estados Unidos esta figura se ha visto fuertemente restringida como consecuencia de la primera enmienda a la Constitución; en cambio, en Inglaterra, la Ley de Desacato al Tribunal, de 1981, no ha sustituido del todo al delito del mismo nombre derivado del derecho común.

¹⁷⁹² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Prager and Oberschlick v. Austria*, sentencia del 26 de abril de 1995, párrafo 34.

¹⁷⁹³ *Idem.*

En efecto, en el derecho inglés, según la sección 10 de la Ley de Desacato al Tribunal, ningún tribunal puede requerir a una persona que revele la fuente de la información contenida en la publicación de la cual es responsable, a menos que se establezca que esa revelación es necesaria en interés de la justicia o de la seguridad nacional, o para la prevención del desorden o del crimen, caso en el cual esa persona será culpable del delito de desacato al tribunal, por negarse a revelar la fuente de esa información.

Desde hace más de medio siglo la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que las expresiones sólo pueden ser sancionadas como desacato al tribunal cuando haya un peligro claro y presente para la ordenada y correcta administración de justicia, en relación con procedimientos judiciales pendientes.¹⁷⁹⁴ De allí en adelante, esta figura ha tenido muy escasa aplicación en la protección de procedimientos judiciales de comentarios perjudiciales. En el ámbito federal, a partir de una ley que data de 1831, en lo que concierne a la libertad de expresión, esta figura se ha aplicado a quienes observen una conducta impropia en presencia de la Corte o cerca de ella, de manera que obstruya la administración de justicia, y a quienes desobedezcan o se resistan a una orden legal del tribunal.

Por otra parte, también es posible que, a partir de la autoridad del tribunal, se impida el acceso a determinado tipo de información. En Estados Unidos, en 1974, una Comisión federal para la seguridad de los productos adquiridos por los consumidores había requerido de los fabricantes de televisores un informe sobre el riesgo de la operación de esos aparatos, con una relación de los accidentes reportados; sin embargo, cuando unas organizaciones civiles invocaron la Ley de Libertad de Información para obtener de la agencia estatal la divulgación de esos informes, los fabricantes, argumentando, *inter alia*, el carácter confidencial de los mismos, obtuvieron de los tribunales federales una prohibición de divulgarlos. Una vez que el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta observó que debido a la orden judicial antes referida la Comisión estaba en la obligación de obedecer; como consecuencia del respeto debido al proceso judicial, ella no estaba en libertad de entregar esa información; según el tribunal, al aprobar la Ley de Libertad de Información, no había ningún elemento que permitiera asumir que el Congreso

¹⁷⁹⁴ *Cfr. Times-Mirror v. California*, 314 U.S. 252 (1941).

había tenido la intención de requerir de una agencia gubernamental que cometiera desacato al tribunal.¹⁷⁹⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que la condición especial de los abogados les confiere una posición central en la administración de justicia como intermediarios entre el público y los tribunales; esa posición explica las usuales restricciones en cuanto a la conducta de los miembros de la barra; además, los tribunales, como garantes de la justicia, deben disfrutar de la confianza pública. De manera que, teniendo en consideración la función de los abogados en esta esfera, es legítimo esperar que ellos contribuyan a la adecuada administración de justicia, y a mantener la confianza en los tribunales.¹⁷⁹⁶ Por consiguiente, la Corte ha sostenido que si bien los abogados también tienen derecho a hacer comentarios en público sobre la administración de justicia, sus críticas no pueden traspasar ciertos límites; en tal sentido, debe tenerse en consideración la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos intereses involucrados, los cuales incluyen el derecho del público a recibir información acerca de asuntos que surjan de decisiones judiciales, los requerimientos de una adecuada administración de justicia, y la dignidad de la profesión legal.¹⁷⁹⁷ Según la Corte, los funcionarios (incluyendo jueces y fiscales) deben disfrutar de la confianza pública, en condiciones que les permitan desarrollar exitosamente sus funciones, libres de perturbaciones indebidas; por lo tanto, cuando están desempeñando sus tareas, puede ser necesario protegerlos de ataques verbales ofensivos y abusivos.¹⁷⁹⁸

En esta categoría, probablemente el caso más notable que ha llegado a conocimiento de un tribunal internacional sea el del *The Sunday Times* c. el Reino Unido, conocido por la Corte Europea de Derechos Humanos, y cuya decisión fue hecha pública el 29 de marzo de 1979.¹⁷⁹⁹ En este caso, entre 1958 y 1961, Distillers Company Ltd. produjo y comercializó en el Reino Unido y en otros países una droga conocida como talidomida, la cual era prescrita como sedante, especialmente recomendado

¹⁷⁹⁵ *Cfr.* GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union, 445 U.S. 375 (1980).

¹⁷⁹⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nikula v. Finland*, sentencia del 21 de marzo de 2002, párrafo 45.

¹⁷⁹⁷ *Ibidem*, párrafo 46.

¹⁷⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 48.

¹⁷⁹⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times* case, sentencia del 26 de abril de 1979.

para mujeres embarazadas. En 1961, alrededor de 450 mujeres que habían tomado la droga dieron a luz niños con severas deformidades, lo cual provocó —entre 1962 y 1966— una serie de demandas judiciales en contra de Distillers Co., alegando que tales deformidades eran producto de la talidomida. En 1968, un grupo importante de estos casos fueron resueltos, mediante acuerdo entre las partes; otros, en cambio, aún estaban en espera de una decisión judicial y aún había negociaciones en torno a ellos, cuando el 24 de septiembre de 1972 el periódico *The Sunday Times* publicó un artículo —titulado “Nuestros niños de la talidomida: un caso de vergüenza nacional”—, en el cual se analizaba la propuesta de arreglo judicial que estaba siendo considerada, describiéndola como “grotescamente fuera de proporción con las lesiones sufridas” por las víctimas; en este comentario, el periódico criticaba —además— varios aspectos del derecho inglés en materia de reparaciones y valoración de daños en casos de lesiones personales, se quejaba de la lentitud judicial y el tiempo transcurrido desde que los niños habían nacido, y calificaba como mezquina la oferta de arreglo sugerida por Distillers Co., anunciendo que en un próximo artículo relataría cómo había ocurrido esa tragedia.¹⁸⁰⁰ En las circunstancias previamente referidas, el 17 de noviembre de 1972 la Sala de la Alta Corte de la Reina accedió a una petición del Fiscal General solicitando la prohibición de la publicación del anunciado segundo artículo, con el argumento de que ello constituía desacato a la autoridad del tribunal, y que con dicha publicación se pretendía influir en un procedimiento pendiente ante los tribunales. En su decisión, la Corte Europea de Derechos Humanos expresó su hostilidad al carácter definitivo del derecho inglés en materia de desacato a la autoridad del tribunal, de acuerdo con el cual cualquier artículo que prejuzgara sobre los méritos de una causa que estaba siendo conocida por los tribunales podía ser tratado como desacato, no obstante la importancia de la materia para la discusión pública de asuntos de interés presente.¹⁸⁰¹ Más recientemente, en *Steel and others v. The United Kingdom*, en que los tribunales nacionales habían ordenado la detención de un grupo de personas que habían participado en diversos actos de protesta pública, luego de que éstas se negaran a asumir el compromiso de no volver a participar en ese tipo de protestas, el tribunal europeo entendió que los peticionarios esta-

¹⁸⁰⁰ *Ibidem*, pp. 3-6.

¹⁸⁰¹ *Ibidem*, pp. 27 y ss.

ban desafiando una orden judicial, y que, por lo tanto, su detención tenía el propósito legítimo de mantener el imperio del derecho y la autoridad del Poder Judicial, lo que ciertamente es especialmente importante en una sociedad democrática.¹⁸⁰²

A pesar de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, con motivo del caso *Spycatcher*, y mientras éste aún se encontraba pendiente ante los tribunales australianos, el gobierno inglés solicitó —y obtuvo— de los tribunales británicos una orden provisional bastante amplia impidiendo, específicamente a dos periódicos —*The Guardian* y el *Observer*, que ya habían publicado algunas de las afirmaciones contenidas en el libro de Peter Wright— que difundieran cualquiera de sus revelaciones acerca de los servicios de seguridad del Estado. Sin embargo, a principios de 1987, otros periódicos —que ya habían adquirido una copia del libro— comenzaron a publicar extractos de éste, siendo denunciados por desacato al tribunal, no obstante que la orden judicial no había estado dirigida en contra de ellos; en este caso, la Corte de Apelación sostuvo que una publicación deliberada y dolosa, con el propósito de obtener que se decidía en forma prejuiciada un procedimiento judicial pendiente, destruyendo el objeto mismo de la demanda, constituía desacato criminal al tribunal.¹⁸⁰³ En este caso el Fiscal General intentaba obtener una prohibición permanente de la divulgación de material que, de acuerdo con la evidencia presentada, podía ser perjudicial para los servicios de seguridad de Inglaterra, y pedía que temporalmente se dictara una medida provisional prohibiendo la divulgación de ese material antes del juicio sobre la cuestión de fondo, pues de lo contrario se destruiría irrevocablemente el propósito de su acción; en opinión de la Corte Europea, estas razones eran relevantes tanto en términos de mantener la autoridad del Poder Judicial como de proteger la seguridad nacional, aunque quedaba por examinar, en el contexto de la situación particular, si ellas eran suficientes, necesarias en una sociedad democrática, y proporcionadas a los requerimientos de esa situación.¹⁸⁰⁴

¹⁸⁰² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Steel and others v. The United Kingdom*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafos 97, 107, y 109.

¹⁸⁰³ *Cfr.*, en particular, lord Oliver of Aylmerton, “*Spycatcher Case: Confidence, Copyright and Contempt*”, *Free Speech and National Security*, compilado por Shimon Shetreet, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 30.

¹⁸⁰⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *The Observer and Guardian v. The United Kingdom*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafos 62 a 70.

La necesidad de proteger la autoridad del Poder Judicial también fue alegada en el caso de la condena por difamación de un periodista que, refiriéndose al procesamiento penal de que era objeto el ex primer ministro italiano, Giulio Andreotti, había atribuido motivos políticos al Fiscal General de Palermo que le acusó, señalando que éste había sido militante del antiguo Partido Comunista Italiano, el cual se había propuesto controlar las oficinas del fiscal en varias ciudades italianas con el propósito de cortar la carrera política de sus opositores. Según el gobierno italiano, teniendo en consideración la posición del Poder Judicial en la sociedad, puede llegar a ser necesario protegerlo de ataques desprovistos de fundamento, especialmente en aquellos casos en que el deber de discreción impide a los oficiales judiciales responder a la crítica de que son objeto.¹⁸⁰⁵ A juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuando un funcionario del Poder Judicial es un militante político activo, su protección incondicional en contra de ataques en la prensa difícilmente puede justificarse en la confianza pública que requiere el Poder Judicial para funcionar apropiadamente, puesto que es precisamente esa militancia política la que probablemente va a debilitar esa confianza; de manera que, mediante esa conducta, un funcionario judicial inevitablemente se expone a sí mismo a la crítica a través de la prensa, que correctamente percibe la independencia e imparcialidad de los tribunales como un asunto del mayor interés público.¹⁸⁰⁶ En tal sentido, la Corte observó que también debía considerarse la forma abierta, e incluso ostentosa, en que dicho funcionario judicial hacía ejercicio de su militancia política.¹⁸⁰⁷ Sin embargo, la Corte consideró que la afirmación de que el fiscal aludido formaba parte de una estrategia política dirigida a ganar el control de las oficinas de la fiscalía en varias ciudades constituía la atribución de una conducta específica a ese fiscal, y que esa afirmación no estaba amparada por la protección de la libertad de expresión prevista en el artículo 10 de la Convención Europea, a menos que tuviera una base fáctica, susceptible de ser probada.¹⁸⁰⁸ Teniendo en cuenta su contexto, esas graves acusaciones formuladas en contra de un funcionario judicial, por carecer de

¹⁸⁰⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sección, *Case of Perna v. Italy*, sentencia del 25 de julio de 2001, párrafo 36.

¹⁸⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 41.

¹⁸⁰⁷ *Ibidem*, párrafo 42.

¹⁸⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 44.

bases fácticas, traspasaban, a juicio de la Corte Europea, los límites de la crítica aceptable.¹⁸⁰⁹

En un caso en que se objetaba la constitucionalidad de una ley que, entre otras cosas, prohibía desplegar en las instalaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos cualquier bandera, lienzo u otro aparato diseñado para atraer la atención sobre cualquier partido, organización o movimiento, se había alegado como justificación de la misma la independencia en el proceso de toma de decisiones de los tribunales federales. Por parte del gobierno se alegó que las decisiones de la Corte se adoptan sobre la base de lo que consta en el expediente y de acuerdo con el derecho aplicable; que las opiniones de las partes y de terceros deben presentarse ya sea en escritos o en argumentos orales; y que los tribunales no pueden ser susceptibles al cabildeo, pues los jueces no atienden en sus oficinas a visitantes que van a solicitar que un caso se resuelva de una forma u otra, y que no deben dejarse influenciar por desfiles, grupos de manifestantes, o grupos de presión; a los ojos del público no puede quedar la impresión de que la Corte Suprema está sujeta a influencia exterior, o que los desfiles y manifestaciones, ya sea sólo o en grupo, son una forma aceptable de apelar o de influir en las decisiones de la Corte. Sin embargo, por lo menos en lo que se refiere a la realización de tales actos en la acera que circunda el tribunal, la Corte sostuvo que este argumento no lograba convencerla de la necesidad de dicha prohibición para servir el propósito alegado.¹⁸¹⁰

Por otra parte, de acuerdo con el Tribunal Constitucional español, la sanción de las expresiones vertidas por abogados o procuradores en el curso de un procedimiento judicial, faltando al respeto debido a los jueces, fiscales, abogados, secretarios judiciales, o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso, debe hacerse preferentemente por la vía disciplinaria y no por la vía penal, lo que permite que el abogado responda ante el propio juez o tribunal de la causa por su actuación forense ante esa misma instancia.¹⁸¹¹ En opinión del tribunal, la cuestión de si en tales casos debe recurrirse a la vía penal o a la disciplinaria no es una cuestión de legalidad ordinaria, pues la libertad de expresión y de

¹⁸⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 45.

¹⁸¹⁰ *Cfr.* United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983).

¹⁸¹¹ *Cfr.* sentencia núm. 92/1995, del 19 de junio de 1995, recaída en el recurso de amparo núm. 2479/1992, y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 24 de julio de 1995, núm. 175 (suplemento).

defensa legal tiene su raíz en la propia Constitución.¹⁸¹² Además, puede agregarse que recurrir a la vía penal tendría el efecto pernicioso de coartar la libertad de expresión forense, interfiriendo con el derecho a la defensa y a la asistencia legal que tiene toda persona.

Pero difícilmente puede invocarse la autoridad del Poder Judicial para impedir el debate público de una sentencia, y mucho menos para impedir que con ese debate se pretenda reabrir un caso judicial aportando nueva evidencia. En tal sentido, en el caso *Lehideux and Isorni v. France*, puede observarse que la sentencia de la Corte de Apelaciones de París que condenó a los peticionarios por una publicación que pretendía reivindicar la figura de Philippe Pétain, así como la decisión de la Corte de Casación que rechazó la apelación de la sentencia anterior, se sitúan peligrosamente cerca de esta circunstancia; además, debe agregarse que uno de esos peticionarios había participado como abogado en la defensa del mariscal Pétain, en el juicio que se le siguió ante la Alta Corte de Justicia de Francia, y que terminó con la condena a muerte del acusado. Habiendo decidido, con otros argumentos, que esta decisión de los tribunales franceses constituía una violación de la libertad de expresión, la Corte Europea de Derechos Humanos no se pronunció sobre este particular; sin embargo, ella señaló que la publicación que originó este procedimiento correspondía directamente al objeto de las asociaciones que la produjeron, las cuales se habían constituido legalmente, sin que se hubiera iniciado ningún procedimiento en su contra objetando el propósito de las mismas.¹⁸¹³ En este sentido, en su opinión concurrente, el juez De Meier recordó que la libertad de expresión implica tanto el derecho de desaprobación de una decisión judicial como el de aprobarla; de manera que, a quienes desean servir a la memoria de una figura condenada por esa decisión judicial y promover su rehabilitación no se les puede prohibir que se expresen libremente, y en público, con ese propósito.¹⁸¹⁴

B. La imparcialidad del Poder Judicial

Ésta es, sin duda, una de las principales garantías judiciales de las partes. La misma puede verse comprometida como consecuencia de una pu-

¹⁸¹² *Idem*.

¹⁸¹³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Lehideux and Isorni v. France*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, párrafo 56.

¹⁸¹⁴ *Ibidem*, opinión concurrente.

blicidad excesiva, que puede obstaculizar el que se tenga un juicio justo. En el caso *Irvin v. Dowd*, en que el acusado en un juicio por homicidio había sido condenado luego de una intensa y hostil cobertura noticiosa, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó esa sentencia y ordenó un nuevo juicio, señalando que cuando está en juego la vida de una persona no es pedir demasiado el que se le juzgue en un clima inalterado por la pasión de la opinión pública.¹⁸¹⁵ Pero de lo anterior no se puede deducir, como una consecuencia inevitable, la necesidad de restringir la libertad de expresión en lo que concierne al proceso. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó, como innecesaria, una orden judicial que, anticipándose a la selección del jurado en un proceso penal que había atraído la atención de los medios de comunicación, les prohibía difundir la confesión o admisión de culpabilidad hecha por el acusado a los oficiales encargados de hacer cumplir la ley, o divulgar información sobre otros hechos que implicaran seriamente al acusado en los delitos que se le imputaba.¹⁸¹⁶ Según la Corte, la protección en contra de la censura previa adquiere toda su fuerza en relación con procesos criminales, y no es evidente que ella pueda proteger efectivamente los derechos del acusado; en su opinión, es inconcebible que los redactores de la Constitución no hayan estado conscientes de los posibles conflictos entre el derecho a un jurado imparcial y la garantía de la libertad de prensa.¹⁸¹⁷ La Corte recuerda los excesos de la prensa y la atmósfera de carnaval que caracterizó el juicio de Bruno Hauptmann, en una pequeña localidad de Nueva Jersey, acusado del secuestro del hijo de Charles Lindbergh, pero observa que buena parte de esas circunstancias lamentables pudieron haberse evitado con la actividad de un juez vigilante.

Qué es lo que puede, y qué es lo que no puede hacer el tribunal para controlar la difusión de información relacionada con un proceso penal, es algo que la Corte Suprema de los Estados Unidos desarrolló en el caso *Sheppard v. Maxwell*. Según el citado tribunal, el debido proceso requiere que el acusado reciba un juicio por un jurado imparcial, libre de influencias externas; sin embargo, inmediatamente deja constancia de que no hay nada que impida a la prensa informar sobre lo que ocurra en la sala de un tribunal. En segundo lugar, la Corte señala que ni a los fisca-

¹⁸¹⁵ *Cfr.* *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961).

¹⁸¹⁶ *Cfr.* *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

¹⁸¹⁷ *Idem.*

les ni a los abogados defensores, ni al acusado, ni a los testigos, ni al personal del tribunal, ni a los oficiales encargados de hacer cumplir la ley que estén bajo la jurisdicción del tribunal puede permitírseles que puedan frustrar su función; por consiguiente, la colaboración de los abogados con la prensa, en cuanto a facilitarle información que pueda afectar la justicia del proceso, no sólo es un asunto que está sujeto a regulación, sino que es altamente censurable y digno de medidas disciplinarias.¹⁸¹⁸ De manera que la Corte Suprema separó claramente lo que es la responsabilidad de los tribunales y lo que es la responsabilidad de los medios de comunicación; corresponde a los tribunales, y quienes de ellos dependen, garantizar la confidencialidad de la información que pueda afectar la imparcialidad y la rectitud del proceso; pero es responsabilidad de los medios de comunicación buscar la información que sea de interés público y divulgarla.

Sin duda, la necesidad de garantizar la imparcialidad del Poder Judicial requiere de un cierto grado de prudencia en las opiniones que un juez pueda emitir. En el caso *Wille v. Liechtenstein*, el Estado alegó que el peticionario, al ser invitado a dictar una conferencia en su condición de juez, haciendo públicas sus convicciones políticas y jurídicas, había puesto en riesgo la confianza pública en su independencia e imparcialidad.¹⁸¹⁹ Llamando la atención sobre el especial significado que en tales circunstancias adquieren los “deberes y responsabilidades” a que se refiere el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea, la Corte Europea aceptó que las personas que ocupan cargos judiciales deben mostrar ponderación en el ejercicio de su libertad de expresión, en aquellos casos en que pueda verse comprometida su autoridad o imparcialidad, lo cual debe ser objeto de un examen muy estricto;¹⁸²⁰ sin embargo, la Corte observó que el estado no había hecho referencia a ningún incidente que sugiriera que el peticionario se había pronunciado en tal sentido, o que hubiera expresado opiniones que tuvieran alguna relación con su actuación como presidente del tribunal administrativo, o en algún otro procedimiento judicial pendiente o inminente.¹⁸²¹

¹⁸¹⁸ *Cfr. Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

¹⁸¹⁹ *Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 60.

¹⁸²⁰ *Ibidem*, párrafo 64.

¹⁸²¹ *Ibidem*, párrafo 69.

2. La protección de los derechos de las partes

En una primera aproximación, parece no haber duda en cuanto a que los tribunales puedan restringir la libertad de expresión de una persona, con el propósito de proteger los derechos de las partes en un procedimiento judicial pendiente. Según la Corte Europea de Derechos Humanos, los límites del comentario aceptable en un procedimiento criminal pendiente no pueden extenderse a afirmaciones que tengan el efecto probable de perjudicar, ya sea intencionalmente o de otra manera, las posibilidades de que una persona pueda recibir un juicio justo, o que puedan erosionar la confianza del público en el papel que le corresponde a los tribunales en la administración de justicia.¹⁸²² En nuestra opinión, este razonamiento resulta igualmente aplicable respecto de otros procedimientos judiciales.

En el derecho procesal inglés, cuando el demandante solicita que se prohíba permanentemente al demandado difundir determinada información o mensaje, antes de que se dicte sentencia definitiva y bajo ciertas circunstancias, los tribunales ingleses tienen la facultad discrecional de conceder una prohibición temporal. Bajo el derecho inglés, las circunstancias que justifican esa prohibición temporal de difundir cierta información o mensaje fueron señaladas por la Cámara de los Lores en su sentencia dictada en el caso *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, y pueden resumirse en los siguientes puntos: a) en esta etapa, no corresponde al tribunal decidir sobre asuntos de hecho en disputa, o decidir complejas cuestiones de derecho que requieran escuchar los argumentos de las partes y considerarlos debidamente; b) a menos que los antecedentes aportados al tribunal no reflejen que el demandante tiene perspectivas reales de lograr que se le conceda una prohibición permanente de publicar, el tribunal debe considerar, a la luz de las circunstancias del caso, si la balanza se inclina a favor de conceder o de rechazar la prohibición temporal que se busca; c) si una indemnización pecuniaria sería un remedio adecuado para el demandante, en caso de que éste obtuviera finalmente una sentencia favorable, no debería concederse una prohibición temporal; pero si esa indemnización pecuniaria no fuera un remedio suficiente para el demandante, pero sí para el demandado, no habría razón para re-

¹⁸²² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, *Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafo 56.

chazar la prohibición temporal; d) es en los casos en que hay dudas en cuanto a la idoneidad de las indemnizaciones pecuniarias como remedio para cualquiera de las partes cuando se plantea la cuestión del equilibrio de intereses, debiendo ponderarse los derechos en disputa, y e) cuando parezca haber total equilibrio entre los derechos de las partes, la prudencia sugiere tomar las medidas necesarias para preservar el *statu quo*.¹⁸²³

La Corte Suprema de los Estados Unidos admite que puede haber pocas dudas acerca de la gravedad del daño que puede causar la publicidad previa a un proceso penal; pero para que ese daño justifique restringir la libertad de expresión es indispensable que la probabilidad del mismo se demuestre con un cierto grado de certeza, y que sea evidente que no hay otras alternativas que puedan mitigar el efecto adverso de la publicidad previa al juicio, haciendo innecesario recurrir a la censura.¹⁸²⁴ Por consiguiente, antes de dictar una orden que restrinja el derecho a informar o comentar sobre un asunto penal sometido a los tribunales debe demostrarse que efectivamente esa publicidad plantea una amenaza para las garantías del debido proceso, impidiendo, de manera irreparable, que el afectado pueda obtener un veredicto independiente e imparcial.¹⁸²⁵ En todo caso, es importante subrayar que, en opinión del juez Powell, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, habría una fuerte presunción en contra de la validez constitucional de cualquier orden judicial que restrinja la publicidad previa al juicio.¹⁸²⁶ En el mismo sentido, los jueces Brennan, Stewart y Marshall, aunque admiten que el derecho a un juicio justo por el jurado de sus pares es, sin duda, uno de los más preciosos derechos consagrados en la Constitución, es constitucionalmente inadmisible que para garantizar ese derecho que se recurra a la censura de prensa; para asegurar el derecho a un proceso regular, los jueces tienen a su disposición una amplia gama de instrumentos, y no necesitan recurrir a una medida tan drástica, que lesione la garantía igualmente fundamental de la libertad de expresión, porque el derecho a debatir los asuntos públicos no depende de una autorización preliminar de los censores judiciales.¹⁸²⁷

¹⁸²³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times v. The United Kingdom* (núm. 2), sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 10.

¹⁸²⁴ *Cfr.* *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

¹⁸²⁵ *Idem.*

¹⁸²⁶ *Cfr.* *Times-Picayune Pub. Corp. v. Schulingkamp*, 419 U.S. 1301 (1974).

¹⁸²⁷ *Cfr.* su opinión concurrente en *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

En un caso en que, a petición del acusado, un tribunal prohibió a una revista noticiosa publicar la fotografía del sospechoso en el contexto del reportaje del procedimiento penal seguido en su contra, la compañía propietaria de dicha revista alegó que dicha medida restringía indebidamente su libertad de expresión. La Corte Europea consideró que esta restricción tenía el legítimo propósito de proteger, *inter alia*, la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, expresión que debía interpretarse que incluye la protección de los derechos de los litigantes;¹⁸²⁸ no obstante, dadas las circunstancias del caso, estimó que dicha restricción no era necesaria en una sociedad democrática,¹⁸²⁹ teniendo en cuenta que los tribunales nacionales prohibieron a la empresa periodística publicar la fotografía del acusado en el contexto del procedimiento penal seguido en su contra independientemente de cuál fuera el texto que la acompañara, y que los reportajes que dieron origen a dicha prohibición se escribieron como consecuencia de una serie de cartas explosivas que se habían enviado a políticos austriacos y a otras personas de relevancia, que habían lesionado severamente a sus víctimas; estos ataques eran un asunto noticioso del mayor interés público, y los reportajes antes mencionados se referían a las actividades de la extrema derecha austriaca, a la que pertenecía el acusado, que había adquirido notoriedad pública por sus actividades extremistas mucho antes de la serie de cartas explosivas. Según la Corte, esos delitos estaban dirigidos a socavar las bases de la democracia, y las fotografías del acusado —con excepción de una foto de boda— no divulgaban ningún detalle de su vida privada.¹⁸³⁰

Por otra parte, en materia penal, la necesidad de armonizar el derecho del acusado a presentar evidencia en su favor y el derecho de las autoridades del Estado a proteger información clasificada, inevitablemente conducirá a que, a fin de asegurar los derechos de la defensa, se permita la divulgación de esa información, o a que el Estado deba renunciar al ejercicio de la acción penal. Si la naturaleza del delito así lo justifica, el propio Estado puede recurrir a información clasificada para sustentar su acusación, renunciando, de paso, a mantener sus secretos. Pero los conflictos más apremiantes se van a presentar cuando el acusado solicite que se presente información que está en poder del Estado, que es clasificada,

¹⁸²⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Primera Sección, Case of News Verlags GMBH & Cokg v. Austria, sentencia del 11 de enero de 2000, párrafo 45.

¹⁸²⁹ *Ibidem*, párrafos 39, 40 y 60.

¹⁸³⁰ *Ibidem*, párrafos 53 y 54.

y que él considera crucial para su defensa, o cuando el propio acusado esté en posesión de información clasificada, y que se propone utilizar en su defensa. En relación con esta última hipótesis, en Estados Unidos, la Ley sobre Procedimientos que Involucren Información Clasificada requiere que antes de divulgar información clasificada el acusado notifique tanto al tribunal como al gobierno de su intención de utilizar esa información en un procedimiento judicial, no pudiendo hacer uso de la misma mientras el gobierno no haya tenido una oportunidad razonable para invocar alguna de las medidas previstas en la ley para proteger dicha información. Si el Estado insiste en la acusación y sostiene que la información solicitada por el acusado tiene carácter secreto, y que su divulgación puede comprometer la seguridad nacional, el tribunal puede requerir que dicha información le sea sometida a fin de realizar un examen preliminar, a puertas cerradas, sobre la pertinencia de la misma.

La Corte Europea de Derechos Humanos no admite que en un procedimiento penal el abogado defensor disponga de una libertad de expresión ilimitada; sin embargo, considera que en una sociedad democrática, sólo en circunstancias excepcionales puede aceptarse que se restrinja la libertad de expresión del defensor mediante una sanción penal, por pequeña que ella sea.¹⁸³¹ En el caso Nikula, el tribunal europeo consideró que aunque algunos de los términos utilizados por la defensora eran inapropiados, su crítica se limitó estrictamente a la actuación del fiscal en el caso de su cliente; en ese contexto, el fiscal tenía que tolerar una dosis muy considerable de comentarios críticos por parte del abogado defensor.¹⁸³² Además, la Corte observó que, en este caso, los comentarios críticos del abogado defensor estuvieron confinados a la sala de sesiones del tribunal, no se formularon a través de los medios de comunicación, y no podían calificarse de insultos de naturaleza personal.¹⁸³³

VIII. LAS BASES DE OTRAS POSIBLES RESTRICCIONES

Además de las circunstancias ya mencionadas, previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Europea de Derechos Humanos, y en la Convención Americana sobre Derechos

¹⁸³¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Nikula v. Finland*, sentencia del 21 de marzo de 2002, párrafos 49 y 55.

¹⁸³² *Ibidem*, párrafo 51.

¹⁸³³ *Ibidem*, párrafo 52.

Humanos, en el derecho comparado se han sugerido otras consideraciones que eventualmente podrían justificar restringir la libertad de expresión. No obstante tratarse de circunstancias que ya podrían estar implícitas en alguna de las restricciones anteriores, o que, por el contrario, pudieran no tener cabida en la regulación de la libertad de expresión en una sociedad democrática, ya sea por su especificidad o por su relevancia histórica, hemos creído conveniente comentarlas en forma separada.

1. *La blasfemia*

Lo que en boca del capitán no es sino una palabra colérica, en boca del soldado es, decididamente, blasfemia.

William SHAKESPEARE, *Measure for Measure*.

Sin duda, esta materia se sitúa en el corazón de los problemas derivados de la intolerancia religiosa, al igual que de la intolerancia con las convicciones filosóficas o de otro tipo, y nos obliga a examinar este aspecto de la libertad de expresión en conexión con la libertad de conciencia y religión.

En la antigua Roma, según un principio fundamental de la sociedad romana, sólo a los dioses les correspondía entender de las ofensas inferidas a los dioses (*Deorum offensa diis curae*); sin embargo, ésa no ha sido una práctica inalterable a través de la historia. Toda religión descansa en una forma simplificada y distorsionada de creencias, que sus seguidores tienen que aceptar como una verdad de fe, por lo que el solo hecho de poner en duda esas premisas puede ser visto como una blasfemia. Una vez que los seguidores de un culto se ponen a pensar, comienzan a surgir los absurdos y los mitos en que éste está basado, por lo que el debate y la discusión puede poner en peligro la supervivencia de ese culto o de esa religión. Es por eso que, tradicionalmente, la autoridad eclesiástica ha preferido cultivar el error y la ignorancia, evitando la búsqueda del conocimiento que, precisamente por su erudición, pueda conducir a una desviación de la doctrina ortodoxa.

La blasfemia, entendiendo por tal aquellas expresiones ofensivas para con Dios o las cosas con él relacionadas, ha sido utilizada desde tiempos

muy remotos —tanto por el Estado como por la Iglesia— para censurar expresiones que puedan caer dentro de esta categoría. Irónicamente, incluso en la así llamada Acta de la Tolerancia, de Maryland,¹⁸³⁴ los colonizadores de esa colonia del norte de América concedieron libertad de culto sólo dentro de las fronteras del cristianismo, y estipularon la aplicación de la pena de muerte y la confiscación de las tierras de quienes “blasfemaran contra Dios, o negaran que nuestro salvador Jesucristo es hijo de Dios, o que la Santísima Trinidad está formada por el Padre, Hijo y Espíritu Santo, o la Divinidad de una de las tres personas de la Trinidad, o la unidad de la Trinidad”.¹⁸³⁵ En el mismo sentido, la Declaración de Derechos que se adoptó en Inglaterra como consecuencia de la revolución de 1688 expresa en uno de sus considerandos que el depuesto rey Jacobo II había pretendido “subvertir y extirpar la religión protestante” forzando a desarmarse a varios súbditos leales protestantes, cuando al mismo tiempo los papistas estaban armados y utilizaban sus armas de modo contrario a la ley, y considerando que Jacobo Segundo había “abdicado”, el príncipe de Orange había aceptado servir de instrumento para “liberar al reino del papismo”, y había adoptado medidas para asegurarse de que las personas que representaran al pueblo en el Parlamento que se reuniría en Westminster en enero de ese mismo año establecieran un orden en el que “su religión, leyes y libertades no pudieran otra vez estar en peligro o ser subvertidas”.

La blasfemia está asociada con la profanación y el respeto a ciertos objetos de veneración considerados sagrados, y con expresiones que ofenden los sentimientos religiosos de otros; desde el punto de vista conceptual, debe distinguirse de la herejía, en cuanto negación de lo que en una religión se tiene como verdad de fe. Aunque el objeto es el mismo, la actitud y el propósito del autor del mensaje es diferente. Mientras que quien blasfema ofende, el hereje pone en duda las bases de una religión y, en una actitud reflexiva, discute sobre los postulados de la misma. En tal sentido, según José Zalaquett, la blasfemia se distingue de la herejía, y supone un vejamen o ridiculización de figuras o de creencias religiosas, sin que haya un propósito de reflexión artística, o el deseo de contri-

¹⁸³⁴ Suscrita el 21 de abril de 1649.

¹⁸³⁵ El texto de la misma puede encontrarse en *Birthright of Man*, a selection of texts prepared under the direction of Jeanne Hersch, París, UNESCO, 1969, p. 251.

buir a un debate.¹⁸³⁶ Estos dos aspectos no siempre han sido claramente separados, y, muy por el contrario, a veces se les confunde.

Mientras puede haber razones para evitar la blasfemia, no hay razones jurídicas para combatir la herejía; pero tampoco se puede perseguir y castigar una determinada posición filosófica que en sí misma implique una actitud de desprecio por una religión en particular, o por todas las religiones en general, incluso si ella resulta ofensiva para los creyentes. En una sociedad democrática, aquellos que optan por ejercer su libertad religiosa, ya sea que constituyan un grupo mayoritario o minoritario, no pueden pretender que sus convicciones no puedan ser objeto de discusión; deben aceptar que sus creencias puedan ser negadas por otros, y deben admitir la posibilidad de que otras personas puedan propagar doctrinas hostiles a su fe. Pero, a pesar de la secularización del Estado y de la tolerancia religiosa alcanzada como resultado del desarrollo cultural —y a pesar de las tesis más liberales en materia de libertad de expresión, considerando que cualquier asunto puede ser discutido y que toda idea u opinión puede manifestarse abiertamente—, aún hay numerosos Estados en los cuales se mantienen en vigor leyes que penalizan la blasfemia, entendida en un sentido excesivamente amplio, y últimamente ellas han vuelto a adquirir relevancia, siendo alegadas con relativa frecuencia. Es dudoso que esas leyes puedan regular apropiadamente un asunto de fe. En Pakistán, las leyes de blasfemia actualmente en vigencia permiten sentenciar a una persona a la pena de muerte por ofender el Islam. Pero en el mundo cristiano el recurso a esta figura penal no es menos sorprendente. A fines del siglo XIX, en Alemania se prohibió una obra de teatro satírico, *El Concilio en el Cielo*, de Oskar Panizza, y en 1895 los tribunales de Munich condenaron a prisión al autor de la obra y prohibieron que ésta se difundiera en Alemania. La obra presenta a Dios como un viejo enfermo e impotente; a Jesucristo, como un atrasado mental, muy aferrado a su madre, y a la Virgen María, como una mujer sin principios, que es la que está a cargo de la situación; aunque los tres deciden castigar a la humanidad por su inmoralidad, rechazan la idea de su destrucción pura y simple, y se inclinan a favor de una forma de castigo que la dejara “en necesidad de salvación” y, al mismo tiempo, “capaz de redi-

¹⁸³⁶ Cfr. sus declaraciones como perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 45, letra c).

mirse”; como no podían imaginar un castigo de esa naturaleza, le pidieron ayuda al diablo, el que sugirió la idea de una enfermedad transmitida sexualmente (cuyos síntomas corresponderían a la sífilis), de modo que los hombres y mujeres se infectaran sin darse cuenta. Poniendo en ejecución su plan, con Salomé, el diablo procreó una hija para que se encargara de esparcir la enfermedad. Como recompensa, el diablo pidió libertad de pensamiento; pero la Virgen María dijo que “lo pensaría”. El diablo despachó a su hija a cumplir con su misión primero entre los representantes del poder terrenal, luego en la corte del papa, los obispos, los conventos y monasterios, y finalmente entre los ciudadanos corrientes.¹⁸³⁷ En 1981, casi un siglo después de que se escribiera la obra de teatro, se produjo una película que comienza y termina con lo que se supone que serían escenas del juicio de Panizza; en mayo de 1985, cuando esa película se intentó exhibir en la sala de cine de una institución privada, en Innsbruck, fue prohibida y confiscada, teniendo en cuenta el artículo 188 del Código Penal austriaco, que dispone que será sancionado con prisión cualquiera que trate despectivamente o insulte a otra persona, o a un objeto venerado por la Iglesia o por una comunidad religiosa establecida en el país, o un dogma de esa Iglesia o comunidad religiosa.¹⁸³⁸

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre otro caso reciente de blasfemia, en relación con la negativa de las autoridades inglesas a conceder su licencia para distribuir legalmente un vídeo de dieciocho minutos, titulado *Visiones de Éxtasis* (*Visions of Ecstasy*), en el que, sin ningún diálogo, se pretendía presentar las fantasías eróticas de Santa Teresa de Jesús, involucrando en ellas a la figura de Cristo en la cruz y a una figura surrealista que correspondería a la psiquis de la misma Santa Teresa, tomando parte en una escena de lesbianismo. Para las autoridades inglesas, el mensaje que transmitía ese vídeo, con escenas de sangre, de sadomasoquismo, de lesbianismo y de servidumbre, no era un mensaje de éxtasis religioso, sino de éxtasis sexual, y de una naturaleza pervertida e indecente, que podía calificarse de blasfemo. Según el tribunal europeo, el propósito de esta restricción de la libertad de expresión era proteger a los terceros del tratamiento de un tema religioso en una forma que necesariamente va a ultrajar u ofender a

¹⁸³⁷ Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 21.

¹⁸³⁸ *Ibidem*, párrafos 9-17.

aquejlos que se identifican con el cristianismo; por consiguiente, dicho propósito correspondería a la protección de los derechos de otros, de acuerdo con el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero también estaría en armonía con los propósitos de los medios de protección que rodean a la libertad religiosa, según el artículo 9 de la misma Convención. En opinión del citado tribunal, entre los deberes y responsabilidades que la libertad de expresión lleva consigo, en el contexto de las creencias religiosas, debe incluirse el deber de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que, con relación a objetos de veneración, puedan resultar ofensivas para terceros.¹⁸³⁹ Pero, por lo menos en uno de sus párrafos, la sentencia de la Corte deja en claro que no se trata de conceder un trato privilegiado solamente a las creencias religiosas, sino también a cualquier otra creencia,¹⁸⁴⁰ pudiendo, por lo tanto, hacerse extensiva a la protección de las convicciones filosóficas, ciertamente al margen de la blasfemia.

Conviene recordar que, según los artículos 20 del Pacto y 13, párrafo 5, de la Convención Americana, toda apología del odio religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia no forma parte de las expresiones protegidas, y debe estar prohibida por la ley. Sin embargo, es oportuno recordar que esta limitación de la libertad de expresión no apunta al contenido del discurso como tal, sino a su propósito y a los efectos que éste produzca en términos de discriminación, hostilidad o violencia. Pero tampoco se puede perder de vista que las leyes que sancionan la blasfemia pueden tener el efecto de discriminar entre distintas creencias religiosas, o entre creencias religiosas y filosóficas.

Por otra parte, aunque la blasfemia no ha sido expresamente prevista como una restricción legítima ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en las convenciones Europea o Americana sobre Derechos Humanos, también pudiera asumirse que ella puede servir de fundamento a restricciones basadas en la protección de la moral pública,¹⁸⁴¹ del orden público, o de los derechos de otro. En el caso Otto-Pre-

¹⁸³⁹ Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafos 19, 48, 52 y 57.

¹⁸⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 53.

¹⁸⁴¹ 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 25, letra e).

minger-Institut *v.* Austria, el gobierno de Austria asumió precisamente esta última posición y sostuvo, *inter alia*, que la confiscación de la película *El Concilio en el Cielo* —calificada como blasfema— tenía el propósito de proteger los derechos de otros, particularmente el respeto de los sentimientos religiosos de cada cual;¹⁸⁴² la Corte admitió que, entre los deberes y responsabilidades que asume quien ejerce el derecho a expresarse, como cuestión de principio, puede admitirse que entre ellas está incluida la obligación de evitar expresiones que son ofensivas para las creencias de otros, y que, en ciertas circunstancias, puede ser necesario castigar o impedir ataques a objetos de veneración religiosa.¹⁸⁴³ Pero éste es un punto de vista difícil de sostener, particularmente si se tiene en cuenta que en este caso se trataba de una película que iba a ser exhibida en una sala privada, a los miembros de una institución igualmente privada, los cuales habían recibido un boletín informándoles del contenido de la misma, por lo que es improbable que entre los eventuales espectadores —que además debían pagar por la entrada— hubiera alguno que no estuviera genuinamente interesado en ver dicha película.

Respecto de aquellas expresiones que no puedan calificarse como una “apología del odio religioso” que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, debe tenerse presente que la blasfemia podría, sin embargo, constituir una provocación capaz de alterar el orden público y, como tal, susceptible de ser sometida a restricciones —probablemente de lugar, oportunidad o modo de expresión— diseñadas para preservarlo. De modo semejante, como ya se sugirió en párrafos anteriores, expresiones blasfemas que no califican dentro de las limitaciones a la libertad de expresión (ya sea porque no constituyen una “apología del odio religioso”, o porque no constituyen una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia), también podrían ser consideradas como una afrenta en contra de la moral pública y ser objeto de restricciones por esta vía.

Expresiones blasfemas pronunciadas dentro de un templo, impidiendo a terceros la práctica pacífica de su religión, pueden ser censuradas o restringidas con el propósito de asegurar el respeto a los derechos de los demás; sin embargo, debe observarse que aquí es absolutamente irrelevante el carácter blasfemo o no de las expresiones molestas que puedan interfe-

¹⁸⁴² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Otto-Preminger-Institut *v.* Austria, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 46.

¹⁸⁴³ *Ibidem*, párrafo 49.

rir con el ejercicio de un culto, pues lo que justifica su restricción es el mantenimiento del orden público.

Aun cuando la blasfemia no se encuentre específicamente contemplada entre las circunstancias que pueden afectar el ejercicio de la libertad de expresión, ella puede, según su naturaleza, ubicarse entre: a) las limitaciones absolutas a la libertad de expresión; b) entre las restricciones cuyo objetivo es proteger la moral pública, el orden público o los derechos de otros, o c) puede tratarse de un discurso plenamente amparado por la libertad de expresión, y que —no obstante su mal gusto— no se puede coartar. De manera que, al considerar la blasfemia como un factor que puede interferir con la libertad de expresión, ya sea como una de sus limitaciones o como una circunstancia que permite restringirla, ésta puede apuntar a reducir el ámbito del discurso protegido —excluyendo lo que alguna religión estima sagrado o divino—, o simplemente poner condiciones en el tratamiento de dichos temas, estableciendo barreras en lo que se refiere al lugar, tiempo o modo de expresión del mensaje.

Pero, teniendo en cuenta la variedad y amplitud de los objetivos que permiten restringir la libertad de expresión —incluyendo la protección de los derechos de otros, de la moral pública o del orden público—, es pertinente preguntarse sobre la pertinencia de la blasfemia como un propósito distinto a los anteriores; en realidad, dada su connotación religiosa, esta figura podría ser incompatible con el derecho de los derechos humanos. En este sentido, en *Wingrove v. The United Kingdom*, en que las autoridades inglesas habían negado la licencia para distribuir un vídeo considerado blasfemo, el juez Pettiti observó que el mismo resultado podía haberse logrado aplicando el párrafo 2 del artículo 10 de la Convención Europea, sobre bases distintas de la blasfemia, tales como la profanación de los símbolos (incluyendo símbolos seculares, como la bandera), o de los sentimientos o los ideales de otros, o la alteración del orden público (aunque no con el propósito de proteger a una mayoría religiosa); en su opinión, lo que resultaba particularmente ofensivo en este caso era la combinación de un mensaje ostensiblemente filosófico con imágenes obscenas o pornográficas completamente irrelevantes que, aunque él no lo dice, podrían haberse calificado como contrarias a la moral pública.¹⁸⁴⁴ Según Pettiti, el uso de una figura de valor simbólico como un

¹⁸⁴⁴ *Cfr.* su opinión concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Case of *Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996.

gran pensador en la historia de la humanidad, tal como Moisés, Dante o Tolstoy, presentándolo en una forma que ofende seriamente los profundos sentimientos de aquellos que respetan su obra o su pensamiento, puede, en algunos casos, justificar la supervisión judicial; pero, en su opinión, la Corte debía haberse expresado no sólo en términos de creencias religiosas, sino también de convicciones filosóficas, porque los derechos de otros no se reducen a una simple categoría de creyentes o de filósofos, ni a la mayoría de ellos.¹⁸⁴⁵

Con el pretexto de la blasfemia se ha intentado censurar o prohibir la difusión de numerosas ideas,¹⁸⁴⁶ películas¹⁸⁴⁷ o publicaciones.¹⁸⁴⁸ Si bien dichas manifestaciones del pensamiento pueden resultar ofensivas para ciertas personas, también lo es, para otras, la literatura feminista o la propaganda de determinadas ideas políticas; sin embargo, mal podría ser ése un argumento para censurar o excluir dichas ideas. Aceptar la blasfemia —por sí sola— como una restricción legítima a la libertad de expresión implicaría, llevando el argumento hasta sus últimas consecuencias, proscribir todo tipo de expresión religiosa (pues siempre las expresiones de un grupo religioso constituirían blasfemia para otro, u otros) y toda expresión ateísta, ya sea que niegue la existencia de Dios o que —al margen de cuál pueda ser su intención— ofenda a cualquier grupo religioso. Tal conclusión parece ciertamente absurda e indeseable y, en ese sentido, estimamos que toda restricción de la libertad de expresión basada únicamente en el carácter blasfemo del discurso es inaceptable y contraria al derecho de los derechos humanos.¹⁸⁴⁹ En este sentido, es importante tener presente que, como ha observado la Corte Europea de Derechos Humanos, no es posible discernir una concepción uniforme del significado

¹⁸⁴⁵ *Idem.*

¹⁸⁴⁶ Incluidas las expuestas por Jesucristo, Galileo, Giordano Bruno y Miguel Servet.

¹⁸⁴⁷ Pudiendo citar, entre las más recientes, *Yo te saludo, María*, de Jean-Luc Godard, y *La última tentación de Cristo*, de Martin Scorsese, que habrían ofendido a numerosos cristianos.

¹⁸⁴⁸ Entre las más recientes hay que mencionar el caso del libro *Los versos satánicos*, de Salman Rushdie, que habría ofendido al mundo islámico.

¹⁸⁴⁹ Cf. la opinión en contrario de Richard Webster, quien considera que el no sancionar la blasfemia —en contra de toda religión— conduce a la discriminación en contra de los grupos religiosos minoritarios por parte del grupo social dominante. *A Brief History of Blasphemy: Liberalism, Censorship and “The Satanic Verses”*, Suffolk, The Orwell Press, 1990.

de la religión en una sociedad, pues incluso en un mismo país esas concepciones pueden variar.¹⁸⁵⁰

Por otra parte, en algunos países que aún sancionan la blasfemia se pueden plantear problemas adicionales en lo que concierne al carácter discriminatorio de la aplicación de la ley. En Inglaterra, el derecho en vigor en materia de blasfemia se desarrolló en el siglo XVII, con el propósito de defender a la religión cristiana de cualquier forma de disidencia; de acuerdo con el derecho común inglés, en 1676, el presidente del Tribunal Supremo, sir Matthew Hale, consideró que la blasfemia “en contra de la religión cristiana” tendía a disolver todas aquellas obligaciones que preservaban a la sociedad civil, y que, siendo el cristianismo parte de las leyes de Inglaterra, todo reproche a la religión cristiana equivalía a hablar en subversión de la ley,¹⁸⁵¹ identificando, de esta forma, lo que podía ser una amenaza a la Iglesia con una amenaza al Estado mismo. El efecto más importante de esta sentencia es que redujo la aplicación del delito de blasfemia a las expresiones contrarias a la religión cristiana —y probablemente sólo en la versión de la Iglesia anglicana—, excluyendo a todas las demás. Si bien la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto, tomando nota que en el derecho inglés con el delito de blasfemia se protege sólo la fe cristiana, el citado tribunal señaló que en la medida en que el derecho inglés protegía a otras creencias no era un asunto que hubiera sido sometido a la decisión de la Corte, y que ella debía limitar su atención al caso planteado ante ella; según la Corte, el hecho indiscutido de que la legislación sobre blasfemia no se aplicara en igualdad de condiciones a las diferentes religiones que se practican en el Reino Unido no alteraba la legitimidad del objetivo perseguido por el Estado en el caso sometido ante ella.¹⁸⁵² Sin embargo, el juez Lohmus consideró que esta sola circunstancia ponía en duda si una interferencia con la libertad de expresión basada en leyes de esta naturaleza era necesaria en una sociedad democrática.¹⁸⁵³ Por su par-

¹⁸⁵⁰ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 50.

¹⁸⁵¹ Sentencia dictada en el caso de John Taylor, acusado y condenado por publicar un panfleto en el que se blasfemaba de Jesucristo y de la religión en general, citado por Lee, Simon, *The Cost of Free Speech*, Londres-Boston, Faber and Faber, 1990, p. 77.

¹⁸⁵² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 50.

¹⁸⁵³ *Cfr.* su opinión disidente en *ibidem*, párrafo 4 de la opinión disidente.

te, admitiendo que era lamentable que la protección prevista en esta legislación no se aplicara a otras religiones, el juez Pettiti observó que aunque la Convención Europea de Derechos Humanos no prohíbe leyes de este tipo, deja abierta la posibilidad de revisar su compatibilidad con la Convención teniendo en cuenta la prohibición de la discriminación, prevista en el artículo 14, de la Convención, el cual, en el caso en cuestión, no había sido objeto de la demanda introducida ante la Corte.¹⁸⁵⁴

Sin duda, en casos extremos, el efecto de una forma particular de oponerse a determinadas creencias religiosas puede ser de tal envergadura que inhibía a quienes profesan esas creencias de ejercer su libertad de manifestarlas; en estas circunstancias, la Corte Europea de Derechos Humanos estima que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar el disfrute pacífico de la libertad de conciencia y religión, pues la Convención Europea de Derechos Humanos debe ser leída como un todo, de manera que la libertad de expresión sea interpretada y aplicada en armonía con la lógica de la Convención.¹⁸⁵⁵ Según el citado tribunal, el despliegue provocativo de objetos de veneración religiosa puede considerarse una violación maliciosa del espíritu de tolerancia que debe caracterizar a una sociedad democrática.¹⁸⁵⁶ En todo caso, en una carta a algunos musulmanes británicos, el ministro de Asuntos Interiores de Inglaterra, señor John Patten, se refería a lo inapropiado de los mecanismos legales para tratar cuestiones de fe o de creencias individuales, y señalaba que la fe cristiana (como probablemente cualquier otra) no podía sustentarse en la protección de leyes que sancionen la blasfemia porque, para los creyentes, la fortaleza de sus propias creencias es el mejor escudo en contra de los blasfemos que se mofan de ellas.¹⁸⁵⁷

2. *Las restricciones derivadas de la privación de libertad*

Sin duda, la privación de libertad de una persona tiene el efecto de restringir sustancialmente su posibilidad de comunicarse y de recibir in-

¹⁸⁵⁴ *Cfr.* su opinión concurrente en *idem*.

¹⁸⁵⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 47.

¹⁸⁵⁶ *Idem*.

¹⁸⁵⁷ *Cfr.* su carta del 4 de julio de 1989, reproducida parcialmente en Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wingrove v. The United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1996, párrafo 29.

formación; los muros de la prisión no solamente impiden que los reclusos puedan desplazarse al exterior, sino que, también, los aíslan del mundo exterior y les hacen perder contacto con éste en una medida sustancial. Las condiciones de la privación de la libertad personal necesariamente afectan el ejercicio de la libertad de expresión. En este sentido, en su sentencia en el caso *Pell v. Procunier*, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la demanda de un recluso alegando el supuesto derecho a que las condiciones de la prisión le proporcionaran un ambiente menos restrictivo de su deseo de comunicarse con quienes estuvieran fuera de la prisión.¹⁸⁵⁸ Independientemente de la legitimidad del confinamiento solitario,¹⁸⁵⁹ esta medida, impuesta ya sea como una pena o como una medida disciplinaria, sin duda, lleva implícita una suspensión del derecho a comunicarse con el mundo exterior, para proporcionar información a terceros, o buscar o recibir información procedente de su familia, de sus amigos, de sus abogados o de otras personas; pero lo que no interesa es examinar hasta qué punto la privación de libertad, en su sentido ordinario del término, es compatible con una restricción de la libertad de expresión.

Es importante tener presente que la sentencia condenatoria en contra de quien ha cometido un delito suele disponer su privación de la libertad personal por un tiempo determinado, sin despojarlo de sus otros derechos civiles o políticos; así lo ha reconocido la Cámara de los Lores, en el caso *Raymond v. Honey*, indicando que un condenado, a pesar de estar recluido, retiene todos los derechos civiles que no le han sido retirados en forma expresa o implícita.¹⁸⁶⁰ Asimismo, según los jueces Marshall, Brennan y Douglas, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, un recluso no pierde su derecho a expresarse al momento de cruzar la puerta de la prisión; por el contrario, él retiene todos los derechos de que disfruta cualquier ciudadano ordinario, excepto aquellos de los cuales ha sido expresamente privado por la ley, o que necesariamente están implícitos en la sanción que le ha sido impuesta por la ley. Por lo tanto, en opinión de los jueces antes citados, un recluso tiene todo el derecho a utilizar el

¹⁸⁵⁸ *Cfr.* *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974). *Cfr.*, también, *Jones v. North Carolina Prisoners Union*, 433 U.S. 119 (1977).

¹⁸⁵⁹ Debe tenerse presente que esta medida podría considerarse como una pena o un trato cruel, inhumano o degradante, incompatible con las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de numerosos tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁸⁶⁰ *Cfr.* *Raymond v. Honey* [1983] 1 AC 1, HL, All England Law Reports, p. 759.

correo como medio de expresión, no como un privilegio, sino como un derecho constitucionalmente garantizado.¹⁸⁶¹ Para los jueces antes citados,

Cuando las rejas de la prisión se cierran detrás de un recluso, éste no pierde su condición humana; su mente no se cierra a las ideas; su intelecto no cesa de alimentarse en un intercambio libre y abierto de opiniones; sus anhelos por autorrespeto no terminan; ni tampoco concluye su afán por lograr su realización personal. Si algo sucede, es que la necesidad por reafirmar la identidad y el autorrespeto son más apremiantes en el ambiente inhumano de una prisión.¹⁸⁶²

Desde luego, por el simple hecho de estar privado de su libertad personal, un recluso no podrá asistir a reuniones sociales fuera de la prisión, no podrá participar en un desfile de protesta en contra del gobierno, ni podrá visitar la biblioteca municipal; pero nada parece sugerir que a estas circunstancias —inherentes a la privación de libertad— puedan agregarse restricciones adicionales que disminuyan su derecho a busca, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de un reglamento emitido por el director del Departamento de Prisiones de California, que sostenía que la correspondencia de los reclusos era un privilegio, y no un derecho, y que prohibía —*inter alia*— toda correspondencia que contuviera “quejas indebidas”, “agravios exagerados”, la expresión de ideas o creencias políticas, raciales o religiosas, que tuvieran la tendencia de exacerbar los ánimos, o que contuvieran acusaciones difamatorias o que, en todo caso, pudieran considerarse “inapropiadas”, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que cualquier regulación o práctica que restrinja la libertad de expresión de un recluso más allá de aquellas que afecten a quienes no están privados de su libertad debe estar relacionada, de manera razonable y necesaria, con la promoción de un propósito legítimo; según el citado tribunal, la censura de la correspondencia personal de los reclusos sólo estaría justificada si satisface los siguientes criterios: 1) debe promover el interés del Estado en la seguridad, el orden o la rehabilitación de los reclusos, y 2) no debe ser mayor que lo necesario para promover ese legítimo interés del Estado.¹⁸⁶³ La negativa a entregar

¹⁸⁶¹ *Cfr.* su opinión concurrente en *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

¹⁸⁶² *Idem.*

¹⁸⁶³ *Cfr.* *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974).

una correspondencia que contiene los planes de escape de un recluso, o que contiene información sobre planes criminales futuros, o mensajes en clave, son los ejemplos más obvios de situaciones en que la censura del correo de un recluso se encuentra justificada; pero los oficiales de la prisión no pueden censurar la correspondencia que contenga expresiones poco halagadoras de un recluso, opiniones desagradables, o incluso afirmaciones inexactas. En todo caso, al anticipar las probables consecuencias de esa correspondencia, la Corte confiere un cierto margen de apreciación a las autoridades de la prisión, las cuales no tienen que demostrar con absoluta certeza la inminencia del daño que se proponen evitar. Por otra parte, el citado tribunal recuerda que la censura de la correspondencia afecta no solamente los derechos del autor de ella, sino también los derechos de aquel a quien está dirigida, y que ambas partes tienen interés en asegurar el resultado de esa comunicación, por lo que la censura no se puede justificar simplemente sobre la base de que una de las partes es un recluso; sin embargo, el tribunal admite que la garantía constitucional de la libertad de expresión debe aplicarse teniendo en cuenta las características del medio en que ella se va a ejercer.¹⁸⁶⁴

No obstante, la Comisión Europea de Derechos Humanos sugirió, inicialmente, que en el caso de las personas sometidas a detención o prisión, ciertas restricciones a la libertad de expresión constituyan una “característica inherente” de la detención o prisión legal. Estas restricciones comprenderían, por ejemplo, restricciones en materia de correspondencia,¹⁸⁶⁵ adquisición de libros y otros materiales de lectura,¹⁸⁶⁶ visitas de periodistas o reporteros,¹⁸⁶⁷ o recepción de publicaciones;¹⁸⁶⁸ sin embargo, las decisiones más recientes de la Comisión Europea indican que cualquiera de estas restricciones tendrá que encontrarse justificada de acuerdo con alguno de los fundamentos expresamente indicados por el artículo 10 de la Convención Europea, abandonando, así, la doctrina de la restricción en cuanto característica inherente de la privación lícita de la libertad.¹⁸⁶⁹

¹⁸⁶⁴ *Idem*.

¹⁸⁶⁵ *X v. Austria*, 4517/70, *Yearbook* 14, p. 548.

¹⁸⁶⁶ *X v. Federal Republic of Germany*, 1860/63, *Collected Decisions* 18, p. 47.

¹⁸⁶⁷ *X v. Belgium*, 3914/69, *Collected Decisions* 34, p. 20.

¹⁸⁶⁸ *X v. United Kingdom*, 5442/72, *Decisions and Reports of the Commission* 1, p. 41.

¹⁸⁶⁹ *Cfr.*, en este sentido, Sieghart, Paul, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 332.

Salvo esas limitaciones inherentes a que ya se ha hecho referencia, quien ingresa a prisión no pierde su derecho a expresarse ni renunciar al mismo. Curiosamente, los tribunales federales de los Estados Unidos acogieron favorablemente una solicitud del Departamento de Justicia para que se dictara una prohibición temporal de publicar el manuscrito de un prisionero —Joe Valachi, miembro de la mafia—, a quien, según un reglamento promulgado por el Fiscal General, que disponía que ningún manuscrito preparado por un prisionero federal podía ser “aprobado para publicación” si se refería a la biografía o a la carrera criminal del escritor, se le había requerido suscribir un memorándum de entendimiento aceptando esas condiciones, las que sin embargo no habían sido aceptadas por el editor, el cual no era parte en ese acuerdo.¹⁸⁷⁰

Por otra parte, ni la ya extinta Comisión ni la Corte Europea de Derechos Humanos han abordado las restricciones que se puede imponer a los reclusos, particularmente en materia de correspondencia que éstos puedan enviar o recibir, como restricciones a la libertad de expresión, sino como interferencias con el derecho a la privacidad. En efecto, en el caso McCallum, un ciudadano británico que se encontraba cumpliendo una sentencia por asalto y robo en una prisión en Escocia, y que como medida disciplinaria fue objeto de restricciones previstas en el Reglamento de Prisiones en cuanto a su derecho a mantener correspondencia con terceros, la Comisión Europea de Derechos Humanos demandó ante la Corte la violación del derecho a la vida privada, pero consideró innecesario examinar este asunto a la luz del artículo 10 de la Convención Europea, relativo a la libertad de expresión, y desafortunadamente la Corte tampoco vio necesidad de examinarlo de oficio.¹⁸⁷¹ La Corte tuvo una oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en el caso *Slavgorodski v. Estonia*, en que un recluso denunció que su correspondencia, incluida la que recibía del Ministerio del Interior, de la oficina del Fiscal General, y de la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, era abierta por las autoridades de la prisión y despachada con demora; lamentablemente, las partes llegaron a un arreglo amigable, que evitó que la Corte Europea se pronunciara sobre la compatibilidad de esta medida con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Dicho acuerdo, debida-

¹⁸⁷⁰ *Cfr.* *Maas v. United States*, 125 U.S. App. D.C. 251, 371 F.2d 348.

¹⁸⁷¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso McCallum, sentencia del 30 de agosto de 1990, párrafos 10, 11, 21, 28, 30 y 32.

mente refrendado por la Corte, señala que el gobierno de Estonia lamenta que se haya abierto la correspondencia de la Comisión Europea dirigida al señor Slavgorodski, así como la que éste le dirigía a la misma Comisión; pero no se expresa absolutamente nada sobre la otra correspondencia recibida o remitida por el recluso.¹⁸⁷²

En alguna medida, la publicidad en cuanto a la ejecución de las penas también está vinculada con la privación de libertad. Sin embargo, no debe perderse de vista que las condiciones de la prisión o de los centros de detención, o la forma como se ejecutan otras penas tales como la de trabajos forzados (incluyendo el trabajo comunitario) o la pena de muerte, son asuntos del mayor interés público. En este sentido, la Asociación Estadounidense por las Libertades Civiles (American Civil Liberties Union) se ha opuesto a la práctica del Estado de California, que oculta de los periodistas y de otros testigos la ejecución por medio de una inyección letal o mediante la cámara de gas. En opinión de la ACLU, este procedimiento impide observar aspectos críticos de la ejecución, ocultando de la vista del público problemas actuales o potenciales que derivan de la ejecución de la pena de muerte, sin que haya razones de seguridad de la prisión que lo justifiquen; en consecuencia, la única información disponible para el público sobre el proceso de ejecución es aquella proporcionada por las autoridades de la prisión.¹⁸⁷³

3. Las restricciones derivadas del ejercicio de la función pública

Quien ingresa a la administración pública no renuncia a su derecho a expresarse libremente, ni pierde ese derecho por su condición de funcionario. La Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que un funcionario no se encuentra fuera del ámbito de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual se vería confirmado por el artículo 11, núm. 2, de la citada Convención, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración pública;¹⁸⁷⁴ pero, en cuanto se

¹⁸⁷² *fr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso of Slavgorodski v. Estonia, sentencia del 12 de septiembre de 2000, párrafos 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

¹⁸⁷³ *Cfr.* American Civil Liberties Union of Northern California, *1999 Annual Report*.

¹⁸⁷⁴ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso of Wille v. Liechtenstein, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 41.

refiere a la libertad de expresión, ésta se encuentra garantizada a toda persona, independientemente de que ésta tenga o no la condición de funcionario.¹⁸⁷⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos ha aceptado que, con el propósito de garantizar la imparcialidad de los funcionarios y de proteger los derechos de otros a una democracia efectiva, pueda restringirse la libertad de expresión de los funcionarios. El tribunal observa que tradicionalmente los miembros electos de los gobiernos locales han depositado su confianza en un cuerpo de funcionarios que los asesora, y que asume la responsabilidad por la ejecución de sus políticas; pero, según la Corte Europea, esa relación de confianza deriva del derecho que tendrían los ediles a ser asistidos por funcionarios políticamente neutrales, cuya lealtad es con el ayuntamiento en su conjunto. Ese mismo derecho a esperar ser atendidos por funcionarios neutrales, apartados de la controversia política, lo tendrían los miembros del público.¹⁸⁷⁶ Según la Corte, el gobierno había identificado una necesidad social imperiosa en esta área; de modo que, al restringir la participación en actividades políticas de ciertas categorías de funcionarios locales, caracterizados por la importancia de sus deberes, dentro de su margen de apreciación, el Estado estaba dando una respuesta válida a esa necesidad.¹⁸⁷⁷ Sin embargo, la Corte señaló que, puesto que lo que se trataba de evitar eran los comentarios de naturaleza partidista, que razonablemente pudiera considerarse que exponían el punto de vista de un partido político, estas disposiciones no podían estar diseñadas para silenciar todo comentario político, de carácter controversial o no; incluso, tampoco habría restricciones para unirse a un partido político, o para desarrollar actividades políticas dentro del partido. Siempre que no sean aquellas expresamente prohibidas.¹⁸⁷⁸

Por otra parte, en opinión del tribunal europeo, aunque un Estado puede legítimamente imponer a los funcionarios un deber de discreción, los funcionarios son individuos, y, como tales, califican como titulares del derecho consagrado en el artículo 10 de la Convención Europea; por consiguiente, en cada caso habrá que establecer un adecuado equilibrio

¹⁸⁷⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafo 41.

¹⁸⁷⁶ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Ahmed and others v. The United Kingdom*, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párrafos 52 y 53.

¹⁸⁷⁷ *Ibidem*, párrafo 62.

¹⁸⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 63.

entre el derecho del individuo a expresarse y el legítimo interés del Estado en asegurarse de que el comportamiento de los funcionarios es compatible con los propósitos que permiten restringir la libertad de expresión.¹⁸⁷⁹ Sin embargo, la Corte Europea ha sido cuidadosa en señalar que, tratándose de la libertad de expresión de los funcionarios, los “deberes y responsabilidades” a que se hace referencia en el artículo 10, núm. 2, de la Convención Europea adquieren una especial significación, que justifica dejar a las autoridades nacionales un cierto margen de apreciación al determinar si la interferencia con la libertad de expresión es proporcionada con los objetivos legítimos que se persiguen.¹⁸⁸⁰

4. Las restricciones inherentes a la vida militar

Quien ingresa a la carrera militar, por ese solo hecho no renuncia ni pierde su derecho a expresarse; sobre este particular, aunque refiriéndose a los funcionarios, la Corte Europea de Derechos Humanos ha observado que éstos no se encuentran fuera del ámbito de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual se vería confirmado por el artículo 11, núm. 2, de la citada Convención, que permite a los Estados imponer restricciones especiales al ejercicio de las libertades de reunión y de asociación por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración pública.¹⁸⁸¹ Sin embargo, diferentes circunstancias pueden llevar a preguntarnos hasta qué punto los militares disfrutan plenamente de la libertad de expresión. Desde luego, ninguna de las disposiciones que en el derecho internacional consagra la libertad de expresión excluye del ejercicio de esta libertad, o de parte de ella, a alguna categoría de personas; en el derecho constitucional tampoco hemos encontrado algún texto en el que se excluya a esta categoría de personas de la garantía de la libertad de expresión. No obstante, las exigencias de la vida militar, particularmente la disciplina y el secreto o la confidencialidad de sus operaciones, parecen sugerir que el personal militar no puede ejercer el derecho a expresarse libremente en toda su ex-

¹⁸⁷⁹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Vogt v. Germany*, sentencia del 26 de septiembre de 1995, párrafo 53.

¹⁸⁸⁰ *Idem.*

¹⁸⁸¹ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 41.

tensión; según la Corte Europea de Derechos Humanos, difícilmente puede imaginarse el apropiado funcionamiento de un ejército sin la existencia de reglas jurídicas diseñadas para evitar que los militares puedan socavar la disciplina militar.¹⁸⁸² Sin duda, el poder de reclutar un ejército lleva implícito el poder de restringir la libertad individual, y con toda seguridad el ejercicio de ese poder tiene un efecto en el ejercicio de la libertad de expresión.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha aceptado que una defensa militar efectiva requiere el mantenimiento de una disciplina apropiada en las fuerzas armadas, y, por lo tanto, consideró que la sanción de un conscripto por insultar al ejército era una interferencia con la libertad de expresión que perseguía un fin legítimo, como era proteger la seguridad nacional y la seguridad pública.¹⁸⁸³ Según la Corte, la garantía de la libertad de expresión no termina en la puerta de los cuarteles, y se aplica tanto al personal militar como a cualquier otra persona bajo la jurisdicción del Estado parte en la Convención Europea; no obstante, el Estado debe tener la oportunidad de imponer restricciones a la libertad de expresión cuando haya una amenaza real para la disciplina militar, pues el apropiado funcionamiento de un ejército difícilmente se puede imaginar sin normas jurídicas diseñadas para evitar que los soldados puedan socavarla; pero eso no significa que, sobre la base de esas disposiciones, las autoridades nacionales puedan frustrar la expresión de opiniones, y particularmente la de aquellas referidas al ejército como institución.¹⁸⁸⁴ En el caso *Grigoriades v. Greece*, en que un conscripto fue condenado por haber enviado a su comandante una carta considerada insultante para el ejército, la Corte observó que si bien el contenido de la carta incluía expresiones fuertes y desmedidas para referirse a las fuerzas armadas de Grecia, esas expresiones se habían formulado en el contexto de un largo discurso crítico de la vida militar y del ejército como institución; además, dicha carta no fue publicada ni diseminada a una audiencia que la conformada por su destinatario, y aparentemente otro oficial que habría recibido una copia de la misma; ella tampoco contenía insultos dirigidos en contra del destinatario o de cualquier otra persona; de manera que su

¹⁸⁸² *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 23 de noviembre de 1994, párrafo 36.

¹⁸⁸³ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Grigoriades v. Greece, sentencia del 25 de noviembre de 1997, párrafo 41.

¹⁸⁸⁴ *Ibidem*, párrafo 45.

impacto objetivo en la disciplina militar había sido insignificante. Por consiguiente, la Corte consideró que esa condena no podía justificarse como necesaria en una sociedad democrática.¹⁸⁸⁵ Aunque el tribunal europeo ha convenido en que la distribución en los cuarteles de una publicación periódica, esencialmente dedicada a comentar críticamente, y en forma satírica, las condiciones del servicio militar, pueda representar una amenaza para la disciplina y para la eficacia de la institución militar, ha señalado que, sin embargo, esa circunstancia debe ser debidamente acreditada; en ese sentido, en el caso de la revista *Der Igel*, la Corte observó que la mayor parte de los ejemplares que se habían presentado como prueba contenían quejas sobre la vida militar, incluían propuestas de reforma, o estimulaban a sus lectores a iniciar procedimientos legales respecto de las medidas adoptadas por las autoridades militares, pero en ninguna de ellas se recomendaba la indisciplina o la violencia, ni tampoco se cuestionaba la utilidad del ejército, por lo que no podía versele como una seria amenaza a la disciplina militar; por consiguiente, de acuerdo con el legítimo propósito de mantener la disciplina en el interior de la institución armada, la Corte consideró que la negativa a incluir la revista antes citada entre las publicaciones distribuidas por el ejército constituía una interferencia desproporcionada con la libertad de expresión de los militares.¹⁸⁸⁶ Si bien la situación antes comentada se refiere a los derechos de los editores de una revista, y no exactamente de los militares, no debe perderse de vista que ellos también veían reducidas sus posibilidades de acceso a la información; además, en el caso de Berthold Gubi, uno de los peticionarios en el mismo caso, debe observarse que éste sí era un soldado, a quien se le había ordenado cesar de distribuir en el cuartel un número de la revista *Der Igel* que, entre otras cosas, incluía un artículo referido a una queja introducida por el mismo señor Gubi; respecto de éste, la Corte tampoco aceptó que su conducta constituía una seria amenaza para la disciplina militar, y, por lo tanto, concluyó que el haberle prohibido distribuir esa revista era una medida desproporcionada para el fin legítimo que se perseguía.¹⁸⁸⁷

Como se recordará, en el caso *Greer v. Spock*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, aunque ciertos sitios de una base militar

¹⁸⁸⁵ *Ibidem*, párrafos 47 y 48.

¹⁸⁸⁶ Cf. Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 23 de noviembre de 1994, párrafos 38 y 40.

¹⁸⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 49.

estén abiertos al público, a la luz de la incuestionable autoridad del comandante de la base para excluir de la misma a los civiles, ésta no constituye un foro público, y que una regulación que somete a aprobación previa del comandante de la base la distribución de literatura es razonable, si con ella se pretende evitar lo que se perciba como un peligro para la disciplina o la moral militar de las tropas bajo su comando.¹⁸⁸⁸ Sin embargo, la vida militar puede imponer restricciones más severas que la mera circunstancia de excluir una base militar como foro abierto al público. En este sentido, una corte marcial de los Estados Unidos condenó a un médico del ejército por proferir públicamente expresiones señalando que Estados Unidos actuaba incorrectamente al involucrarse en la guerra de Vietnam, e instando a los soldados negros a que se negaran a obedecer la orden de ir a luchar a Vietnam, debido a que eran discriminados en su propio país y que se les enviaba a las misiones más peligrosas, siendo ellos quienes aportaban el mayor número de víctimas; además, en ese mismo mensaje el afectado se refirió al personal de las fuerzas especiales del ejército como “mentirosos y ladrones”, “asesinos de campesinos, de mujeres y de niños”. Obviamente, en dicho mensaje había elementos dignos de un debate público, y la naturaleza política de tales expresiones parecería sugerir que ellas estaban amparadas por la garantía constitucional de la libertad de expresión; no obstante, aplicando los artículos 133 y 134 del Código de Justicia Militar, la corte marcial consideró que las expresiones del señor Howard Levy estaban dirigidas a promover la deslealtad y la inconformidad entre las tropas, y que las mismas podían calificarse como intemperantes, difamatorias, provocativas, desleales, despectivas e irrespetuosas para con el personal de las fuerzas especiales del ejército. Aunque esa condena podía haberse sostenido sobre bases menos controversiales, que permitieran concluir que tales expresiones no estaban constitucionalmente protegidas, la Corte Suprema de los Estados Unidos llegó al extremo de reiterar su reconocimiento de que el estamento militar constituye una sociedad separada de la sociedad civil.¹⁸⁸⁹ Según el citado tribunal, estas diferencias resultan del hecho de que la misión de las fuerzas armadas es luchar, y estar listas para luchar, las guerras que puedan surgir; un ejército es el brazo ejecutivo del Estado; no es un órgano deliberante, y se rige por el deber de la

¹⁸⁸⁸ *Cfr. Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).

¹⁸⁸⁹ *Cfr. Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974).

obediencia. De manera que, a juicio de la Corte, el estamento militar constituye una comunidad especializada, gobernada por una disciplina distinta a la de los civiles; por consiguiente, los derechos de los militares deben, forzosamente, estar condicionados para satisfacer las exigencias de la disciplina y del deber militar, y el Congreso está facultado para legislar con mayor amplitud y flexibilidad al prescribir las reglas que deben regir la conducta de los militares. De manera que si bien la Corte admite que los militares no están excluidos de la protección ofrecida por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, el carácter diferente de la comunidad y de la misión de los militares requeriría una aplicación diferente de esta garantía, y la necesidad de la obediencia, junto con la necesidad de mantener la disciplina, pueden justificar lo que fuera del estamento militar es constitucionalmente inadmisible.¹⁸⁹⁰ Este alto tribunal hizo suyo lo sostenido previamente por la Corte de Apelaciones Militares de los Estados Unidos, en el sentido de que expresiones irrespetuosas o despectivas, e incluso la apología del cambio violento, son tolerables en la comunidad civil porque no afectan directamente la capacidad del gobierno de cumplir con sus responsabilidades, a menos que estén dirigidas a incitar a una acción ilegal inminente y que sea probable que se produzca tal acción; en la vida militar, por el contrario, las fuerzas armadas dependen de una estructura de comando que puede obligarlas a combatir cuando está en juego la seguridad nacional, por lo que expresiones que están protegidas en la vida civil pueden socavar la efectividad de la respuesta a esas órdenes, perdiendo su protección constitucional en el ámbito militar. En consecuencia, la conducta de un oficial instando al personal militar a negarse a obedecer órdenes que los enviaran a combatir no estaría protegida por la garantía constitucional de la libertad de expresión.¹⁸⁹¹ En términos generales, puede decirse que las restricciones de la libertad de expresión dentro de una base militar, o fuera de ella respecto de quienes portan el uniforme militar, aun cuando no estén en servicio, no son necesariamente incompatibles con la libertad de expresión.

Cuesta aceptar que, incluso en ausencia de una cláusula expresa que así lo disponga, los derechos fundamentales en general, o la libertad de expresión en particular, esté concebida únicamente para los civiles, con exclusión de los militares. Sin embargo, es plausible afirmar que los de-

¹⁸⁹⁰ *Idem.*

¹⁸⁹¹ *Idem.*

rechos de los militares deben ser interpretados teniendo en cuenta su función en la sociedad, y la importancia de la misma para la preservación de la seguridad nacional y de nuestras libertades; en este sentido, parece razonable sostener que la disciplina militar y el carácter no deliberante de las fuerzas armadas imponen restricciones inherentes al ejercicio de la libertad de expresión por parte de los militares. La intervención en el debate político de quienes están armados, y que se espera que sean neutrales, no puede contribuir a un debate libre y espontáneo.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que cualquier restricción en cuanto al alcance de los derechos de los militares debe interpretarse teniendo en cuenta las necesidades de una sociedad democrática. La circunstancia de que los militares no dispongan de la libertad de expresión en el mismo grado que los civiles no significa que ellos queden enteramente al margen de este derecho. Según el juez Douglas, el estamento militar tiende a producir individuos homogéneos, que piensan como marchan: al unísono; pero, en su opinión, difícilmente se puede imaginar que, como parte de esas restricciones derivadas de la disciplina militar, se pretenda restringir el tipo de libros, de poemas, de periódicos o de documentos que un militar pueda leer, impedirle las conversaciones en un bar, o prohibirle absolutamente la discusión de asuntos públicos en un lugar y en un momento que no interfiera con el cumplimiento de sus deberes militares.¹⁸⁹² A juicio de Douglas, hacer un comentario sobre uno de los asuntos públicos más importantes y controvertidos de las últimas décadas no puede considerarse que sea de aquellas expresiones que perjudican el buen orden y la disciplina de las fuerzas armadas, o que desacredita a las fuerzas armadas; se trata de una convicción personal, y manifestar las propias creencias tiene un carácter sagrado en el marco de la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.¹⁸⁹³

5. Las restricciones derivadas de la actividad escolar o académica

Las escuelas, las universidades y las instituciones académicas en general desempeñan un papel fundamental en el proceso de aprendizaje e innovación en toda sociedad; por consiguiente, la libertad de expresión es esencial para su apropiado funcionamiento.

¹⁸⁹² *Cfr.* la opinión disidente del juez Douglas en *Parker v. Levy*, 417 U.S. 733 (1974).

¹⁸⁹³ *Idem.*

El desarrollo apropiado de la actividad escolar o académica impone ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión; el proceso de selección de profesores y estudiantes, la determinación del *pensum* de estudio de un colegio o una universidad, el mantenimiento de la disciplina dentro del salón de clases, el financiamiento de unos proyectos de investigación y no de otros, la publicación en revistas académicas de unos trabajos de investigación y no de otros, etcétera, son sólo algunos aspectos que interfieren con el ejercicio de la libertad de expresión, los cuales responden al propósito esencial de la actividad académica. Pero, al igual que en el caso de los funcionarios o de los militares, quien opta por una actividad académica no pierde, por ese solo hecho, su derecho a expresarse. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, difícilmente puede argumentarse que los estudiantes o los profesores pierden su derecho constitucional a expresarse libremente al momento de cruzar la puerta del colegio.¹⁸⁹⁴ Los profesores no pueden ser obligados a renunciar al derecho a expresarse libremente para comentar sobre asuntos de interés público relacionados con la operación de las escuelas públicas en las que trabajan y que, de otra forma, disfrutarían como ciudadanos.¹⁸⁹⁵ En opinión del citado tribunal, una universidad estatal no puede decidir si permite o no la difusión de un mensaje determinado en función de su acuerdo o desacuerdo con el punto de vista del orador; de manera que si una universidad estatal va a negar su reconocimiento a una organización estudiantil, o le va a conceder menos derechos a utilizar las facilidades de la universidad que el que le confiere a otros grupos estudiantiles, debe probar que tiene una razón legítima para hacerlo.¹⁸⁹⁶

Consecuente con lo anterior, en su sentencia en el caso *Tinker v. Des Moines School District*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la decisión de los directivos de un colegio que suspendió a un grupo de estudiantes por utilizar brazaletes negros en protesta por la guerra de Vietnam era inconstitucional.¹⁸⁹⁷ Atendiendo al carácter discriminatorio de esta medida, la Corte observó que, no obstante que se había permitido el uso por los estudiantes de otros símbolos relacionados con asuntos políticos de especial significación, fue solamente el uso de los brazaletes

¹⁸⁹⁴ *Cfr. Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

¹⁸⁹⁵ *Cfr. Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968).

¹⁸⁹⁶ *Cfr. Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

¹⁸⁹⁷ *Cfr. Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

negros, como símbolo de oposición a la guerra de Vietnam, el que resultó prohibido.¹⁸⁹⁸

Sin embargo, según la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, aunque la garantía constitucional de la libertad de expresión se extiende tanto al buzón de correo de los profesores como a otros sitios dentro del colegio, esto no significa que la libertad de expresión requiere un acceso equivalente a todos los espacios del colegio en que tiene lugar alguna actividad comunicativa; por consiguiente, la dirección de un colegio tendría derecho a regular tanto la naturaleza de los temas que serán objeto de discusión dentro del colegio como la identidad de las personas que podrán participar en ese debate.¹⁸⁹⁹ En tal sentido, el juez Brennan ha señalado que el Estado tiene un legítimo interés en negar el acceso al salón de clases a quien no es el profesor de ese salón y que, sin embargo, desea transmitir un mensaje;¹⁹⁰⁰ en realidad, el juez Felix Frankfurter ya había observado que una de las libertades esenciales de una universidad, en el marco de la garantía constitucional de la libertad de expresión, era el derecho a determinar por sí misma, sobre bases académicas, quién estaba en capacidad de enseñar.¹⁹⁰¹ Pero la Corte ha subrayado que la prohibición de la expresión de una determinada opinión, sin evidencia de que dicha medida es indispensable para evitar que se interfiera con el trabajo escolar o con la disciplina de los estudiantes, no está permitida por la Constitución de los Estados Unidos.¹⁹⁰²

La Corte Europea de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la libertad de expresión en el ámbito académico tanto en el caso Handyside, relacionado con la publicación de un pequeño librito dirigido a los estudiantes de colegio, como en el caso Hertel v. Switzerland, en que un investigador había publicado en el *Journal Franz Weber* un artículo sobre los efectos para la salud de los alimentos cocinados en hornos de microondas. Sin embargo, en ninguno de esos casos la Corte hizo el más mínimo comentario, siquiera al pasar, sobre este particular, y fundó su sentencia en otras consideraciones.¹⁹⁰³

1898 *Idem*.

1899 *Cfr.* Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn., 460 U.S. 37 (1983).

1900 *Cfr.* su opinión disidente en Perry Ed. Assn. v. Perry Local Educators' Assn., 460 U.S. 37 (1983).

1901 *Cfr.* su opinión concurrente en *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957).

1902 *Cfr.* *Tinker v. Des Moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

1903 *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Case Handyside, sentencia del 7 de diciembre de 1976, y Case of Hertel v. Switzerland, sentencia del 25 de agosto de 1998.

6. La regulación de la actividad política de los extranjeros

En el derecho comparado no es extraño encontrar leyes que estimulan un clima de hostilidad y desconfianza hacia los extranjeros, o que asumen que sus ideas son particularmente peligrosas, por lo que con frecuencia a esas ideas se les atribuye un carácter subversivo, o se les considera inaceptables no por su contenido, sino por la persona que las expresa.

Sin que esta medida esté necesariamente relacionada con la protección de la seguridad nacional, en algunos países existe la tendencia a restringir los derechos políticos de los extranjeros, y muy particularmente su derecho a expresarse. En tal sentido, el artículo 28 de la Ley de Extranjeros de Venezuela dispone que los extranjeros deben observar estricta neutralidad en los asuntos públicos de Venezuela, y, en consecuencia, se abstendrán de: a) formar parte de asociaciones políticas, b) dirigir, redactar o administrar periódicos políticos, o escribir sobre política del país, c) inmiscuirse directa o indirectamente en las contiendas domésticas de la República, y d) pronunciar discursos que se relacionen con la política del país.¹⁹⁰⁴ Asimismo, según el artículo 29 de la ley que comentamos, cuando se editen en la República periódicos por extranjeros, sus propietarios, editores, directores o redactores deben dar caución de que no se violará la neutralidad que están obligados a observar de acuerdo con el artículo antes citado. Según el artículo 37 de la misma ley, el extranjero que infrinja tales disposiciones es considerado pernicioso, y puede ser expulsado de Venezuela. En el mismo sentido, hasta hace poco, el artículo 14 de una ley adoptada en Francia el 29 de julio de 1881 y modificada por un decreto del 6 de mayo de 1939, permitía prohibir la circulación, distribución o venta en Francia de periódicos u otros escritos, de publicación periódica o no, redactados en idioma extranjero, así como los periódicos y

¹⁹⁰⁴ Esta disposición de la Ley de Extranjeros, promulgada el 31 de julio de 1937 y publicada en la *Gaceta Oficial* núm. 19.329, del 3 de agosto de 1937, parecía haber sido derogada por la nueva Constitución de Venezuela, aprobada mediante referéndum el 15 de diciembre de 1999, y publicada en la *Gaceta Oficial* del 30 de diciembre del mismo año. Sin embargo, en junio de 2001, ella fue expresamente invocada por el presidente de la República de Venezuela, con motivo de una ponencia titulada “Modernidad autoritaria”, presentada en un seminario internacional por una dirigente política peruana, Lourdes Flores, quien generó la ira del presidente Chávez al compararlo con el ex presidente del Perú, Alberto Fujimori. Invocando la ley antes citada, el presidente Chávez amenazó a la señora Flores con la expulsión del país.

escritos provenientes del extranjero redactados en francés, ya sea que hubieran sido impresos en Francia o en el extranjero. Aplicando esta legislación, en abril de 1988, mediante una resolución del ministro del Interior francés, se prohibió la circulación, distribución y venta en todo el territorio francés de un libro titulado *Euskadi en guerra*, que recogía artículos de profesores universitarios del País Vasco, en los cuales se hacía un análisis de los aspectos históricos, culturales, lingüísticos y sociopolíticos del conflicto en esa región, y concluía con un artículo de carácter político, redactado por dirigentes del Movimiento Vasco de Liberación Nacional, titulado “Euskadi en guerra, un horizonte para la paz”.¹⁹⁰⁵ Al examinar este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos recordó que los derechos y libertades reconocidos por el artículo 10 de la Convención Europea tenían vigencia “sin consideración de fronteras”.¹⁹⁰⁶

Por el contrario, la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social¹⁹⁰⁷ dispone que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones con los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución, entre los cuales figura la libertad de expresión. En particular, los artículos 7 y 8 de la mencionada ley reconocen el derecho de los extranjeros a ejercer el derecho de reunión, sin necesidad de autorización administrativa previa, a manifestar en sitios públicos dando notificación previa a la autoridad competente, y a asociarse, conforme a las mismas leyes que regulan este derecho para los españoles.

Según el artículo 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos, nada de lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 14 de la Convención, relativos a la libertad de expresión, la libertad de asociación y la prohibición de la discriminación, constituirá un impedimento para que los Estados partes en la Convención puedan imponer restricciones en la actividad política de los extranjeros. Ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hay una disposición semejante.

¹⁹⁰⁵ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, Tercera Sección, *Affaire Association Ekin c. France*, sentencia del 17 de julio de 2001, párrafos 12 y 13.

¹⁹⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 62.

¹⁹⁰⁷ Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero de 2000, publicada en el *BOE* núm. 10, del 12 de enero de 2000, y corrección de errores, publicada en el *BOE* núm. 20, de 24 de enero de 2000.

Francia invocó esta restricción en el caso *Piermont v. France*, que involucraba a una extranjera —por añadidura miembro del Parlamento Europeo— a quien, a su llegada a la Polinesia francesa, tan pronto descendió del avión se le requirió por la policía que mostrara alguna discreción en sus comentarios sobre los asuntos internos de Francia o que, en caso contrario, se exponía a ser expulsada, como en efecto lo fue, aunque en el momento preciso en que ella ya se encontraba sentada en el avión dispuesta para abandonar la isla. Entre las razones esgrimidas para expulsarla se señaló que los extranjeros tenían el deber de mantener un cierto grado de neutralidad en cualquier parte del territorio francés en el que se pudieran encontrar. La Corte Europea consideró que esta medida constituyía una interferencia con su libertad de expresión, y señaló que, en este caso, por tratarse de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, que además tenía la condición de miembro del Parlamento Europeo, el Estado no podía invocar el artículo 16 de la Convención para restringir el ejercicio de la libertad de expresión, especialmente porque los ciudadanos de los territorios de ultramar también tomaban parte en las elecciones del Parlamento Europeo.¹⁹⁰⁸ Sin embargo, también es importante subrayar que —según el tribunal europeo—, esta medida no era necesaria en una sociedad democrática, aunque no es evidente si ello es así porque, no obstante que el Estado puede someter el debate político a ciertas restricciones, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la compatibilidad de esa medida con la libertad de expresión, o por la circunstancia de que la persona afectada era un miembro del Parlamento Europeo, o porque en su intervención en una manifestación pública no hizo un llamado a la violencia y su discurso fue, más bien, una contribución al debate democrático en Polinesia, o porque ese discurso no causó disturbios, o porque, según el Tribunal Administrativo de Papeete, sus expresiones no eran sediciosas, y no podían considerarse una amenaza al orden público.¹⁹⁰⁹ En la ya mencionada manifestación pública, la señora Piermont había manifestado que si de intervención se trataba, la presencia francesa en Polinesia era una interferencia en los asuntos de los polinesios, y que esta interferencia se manifestaba, entre otras cosas, en las pruebas nucleares en Mururoa; además, como la prensa en la Polinesia

¹⁹⁰⁸ *Cfr.* Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafos 10, 11, 12, 53 y 64.

¹⁹⁰⁹ *Ibidem*, párrafos 76, 77 y 78.

Francesa se oponía a la independencia y apoyaba la continuación de las pruebas nucleares, el Partido Ecologista alemán había decidido donar un millón de francos al Frente de Liberación Polinesio para crear un periódico que dijera la verdad.¹⁹¹⁰ En este mismo caso, en el que la señora Dorothée Piermont, luego de dejar Polinesia, se dirigió a Nueva Caledonia, atendiendo una invitación de dirigentes políticos locales, y que fue retenida por la policía en el aeropuerto hasta su partida, después de que el Alto Comisionado de la República Francesa para los Territorios de Ultramar dictó una orden prohibiéndole el ingreso al territorio de Nueva Caledonia, particularmente durante la campaña electoral en marcha en esa dependencia, la Corte Europea consideró que esta orden de exclusión constituía una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión, puesto que el afectado no había podido tomar contacto con los dirigentes políticos que le habían invitado a exponer sus ideas; asimismo, la Corte Europea determinó que esa medida no guardaba proporción con la importancia de la libertad de expresión, y que ella tampoco estaba justificada.¹⁹¹¹ En todo caso, es importante observar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés invocada en este caso, la actividad política de un extranjero no justifica en sí misma su expulsión del territorio francés, a menos que esa presencia constituya una amenaza para el orden público.¹⁹¹²

Por otra parte, en el mismo caso *Piermont v. France* se planteó si el ejercicio de la libertad de expresión supone para los extranjeros un ingreso legal, o una residencia legal, en el territorio del Estado. De hecho, los términos en que se encuentra previsto el derecho que comentamos, ya sea en la Convención Europea, en la Convención Americana, o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reflejan que el ejercicio del mismo no está sujeto a ninguna condición. En el presente caso, en que la señora Dorothée Piermont había sido retenida en el aeropuerto de Nueva Caledonia, sin tener posibilidad de encontrarse con quienes la habían invitado para discutir con ella asuntos de interés público, y sin tener la posibilidad de dirigirse a los ciudadanos de Nueva Caledonia —particularmente en su condición de miembro del Parlamento Euro-

¹⁹¹⁰ *Ibidem*, párrafo 11.

¹⁹¹¹ *Ibidem*, párrafos 79, 80, 81 y 85.

¹⁹¹² Cfr. la sentencia en el caso Perregaux, del 13 de mayo de 1977, en *Recueil Lebon*, 1977, p. 216, citado por la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Piermont v. France*, sentencia del 20 de marzo de 1995, párrafo 30.

peo— Francia alegó que el hecho de que la afectada no pudiera ejercer su derecho a expresarse era una consecuencia necesaria de la negativa a permitirle entrar a esa dependencia, medida que —según el gobierno francés— era compatible con la Convención Europea; sin embargo, la Corte Europea consideró que, al no poder comunicarse con los dirigentes políticos que la habían invitado, la exclusión de la señora Piermont del territorio de Nueva Caledonia constituía una interferencia con su libertad de expresión, en violación de la Convención.¹⁹¹³

En lo que concierne al acceso a la información por parte de los extranjeros, es interesante observar que hace 2,500 años Pericles sostenía que los atenienses permitían que su ciudad fuera común a todas las gentes y naciones, “sin vedar ni prohibir a persona natural o extranjera, ver ni aprender lo que bien les pareciere, no escondiendo nuestras cosas aunque pueda aprovechar a los enemigos verlas y aprenderlas”.¹⁹¹⁴ Por el contrario, en la actualidad, sería legítimo restringir el acceso de los extranjeros a material políticamente sensible para la seguridad nacional; son consideraciones prácticas las que hacen inútil una restricción de esa naturaleza. A menos que esa información se clasifique como confidencial o secreta, restringiendo el acceso a la misma a toda la población, es muy difícil evitar que dicha información llegue a conocimiento de los extranjeros.

7. La regulación de las campañas electorales

La primera enmienda (a la Constitución de los Estados Unidos) protege el derecho a expresarse. No el derecho a gastar dinero.

Byron R. WHITE, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el marco de los procesos electorales, la libertad de expresión se ha visto restringida por lo menos en tres aspectos fundamentales: 1) el financiamiento de las campañas electorales, 2) el acceso de los candidatos a los medios de comunicación, y 3) la duración de las campañas.

¹⁹¹³ *Ibidem*, párrafos 79, 80, 81, 85 y 86.

¹⁹¹⁴ Cfr. Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, traducción del griego por Diego Gracián, México, Porrúa, 1980, libro II, cap. VII, p. 84.

A. El financiamiento de las campañas electorales

La regulación del financiamiento de las campañas electorales y de los partidos políticos, que sin duda incide en la libertad de expresión, puede tener por lo menos dos propósitos diferentes. Por una parte, ella puede estar dirigida a evitar la corrupción, permitiendo que el proceso político se desarrolle de manera transparente; por la otra, ella puede estar dirigida a incrementar el poder de los sectores con menos recursos, a fin de que éstos puedan competir en condiciones de igualdad con quienes provienen de las clases más adineradas.

En una democracia representativa, es inevitable que quienes financian las campañas electorales —normalmente grandes consorcios empresariales— tengan una considerable influencia sobre los elegidos, pudiendo llegar a dictar el contenido de las políticas públicas y de las decisiones más trascendentales. El generoso aporte de algunas empresas a las campañas electorales, no necesariamente limitado a los candidatos con los que más simpatizan, tiene un efecto directo en el grado de control que las instituciones públicas están dispuestas a ejercer sobre esas empresas en materia contable, fiscal, ambiental, laboral, o en la transparencia de sus intervenciones en el mercado de capitales. Las posibilidades de hacer negocios con el Estado se incrementan, y disminuyen los obstáculos para obtener licencias o permisos que le permitan operar en el mercado. Por consiguiente, cualquier medida dirigida a impedir que en el proceso de toma de decisiones la voluntad de la mayoría sea sustituida por el dinero de unos pocos, parece estar justificada. Para citar la frase de un senador de los Estados Unidos, puede decirse que de lo que se trata es de evitar que los que firman los cheques sean los mismos que hacen las leyes.

En mayor o menor grado, las legislaciones nacionales regulan el financiamiento de las campañas electorales o de los partidos políticos. A título ilustrativo, el artículo 67 de la Constitución venezolana de 1999 dispone que no se permitirá el financiamiento de las asociaciones con fines políticos con fondos provenientes del Estado, y se señala que la ley regulará lo concerniente al financiamiento y las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, así como los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas, el financiamiento de la propaganda política, y el límite de gastos en las campañas electorales. Por su parte, desde mucho antes de la aprobación de ese texto constitucional, el artículo 25, núm. 4, de la Ley de Partidos

Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones de Venezuela señala como una obligación de los partidos políticos no aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas del Estado venezolano, de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero, de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio de propiedad del Estado, de Estados extranjeros, y de organizaciones políticas extranjeras. La legislación española regula, igualmente, las fuentes de financiamiento de los partidos políticos, tanto públicas como privadas, y establece una subvención estatal anual, no condicionada, para atender los gastos de funcionamiento ordinario y servir de apoyo a la independencia de los partidos políticos.¹⁹¹⁵ Según la ley que comentamos, los partidos políticos podrán recibir aportaciones no finalistas, procedentes de personas jurídicas, previo acuerdo adoptado en debida forma por el órgano social competente de esa persona jurídica; asimismo, podrán recibir aportaciones no finalistas procedentes de personas extranjeras, con los límites, requisitos y condiciones establecidos en la misma ley; pero no podrán aceptar cualquier forma de financiación por parte de gobiernos u organismos públicos extranjeros, con excepción de las subvenciones de funcionamiento establecidas por el Parlamento Europeo. En todo caso, la legislación española señala que los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente: a) aportaciones anónimas, cuando la cuantía total de las recibidas en un ejercicio económico anual sobrepase el 5% de la cantidad asignada en los presupuestos generales del Estado en ese ejercicio para atender la subvención pública a los partidos políticos, b) aportaciones procedentes de una misma persona física o jurídica superiores a la cantidad de 10 millones de pesetas al año, y c) aportaciones procedentes de empresas públicas ni de empresas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras o suministros para algún ente de la administración pública. Por su parte, el artículo 19, núm. 15, de la Constitución de Chile, dispone que la contabilidad de los partidos políticos debe ser pública, y que las fuentes de su financiamiento no pueden provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero.

Con frecuencia se ha sostenido que la regulación de los gastos electorales infringe la libertad de expresión de la persona que realiza esos gastos; a dicho argumento Skelly Wright ha respondido justificando esas re-

¹⁹¹⁵ *Cfr.* la Ley Orgánica 3/1987, de Financiación de los Partidos Políticos, del 2 de julio de 1987, publicada en el *BOE* núm. 158, del 3 de julio de 1987.

gulaciones, y señalando que “el dinero no es expresión”.¹⁹¹⁶ Sin embargo, para Fiss el acto de gastar dinero es una actividad tan expresiva como una manifestación política, y es tan útil para promover las ideas políticas como el acto de vender un libro; a veces las personas dan dinero a los candidatos, o gastan dinero a favor de una causa, como una manera de comunicar algo acerca de sí mismas o de sus creencias.¹⁹¹⁷ En opinión de Fiss, los instrumentos necesarios para hacer efectivo el mensaje de quien se expresa y de llevar determinadas ideas al público están protegidos por la garantía de la libertad de expresión, aunque quizás no lo están tan intensamente como la propia expresión de opiniones; pero la garantía de la libertad de expresión protege no sólo el acto de escribir libros, sino también las instalaciones y las instituciones necesarias para distribuirlos al público.¹⁹¹⁸

No obstante, como toda moneda tiene dos caras, hay otro elemento que no se puede eludir. Los gastos electorales ilimitados no sólo perpetúan la distribución desigual de la riqueza, colocando al pobre en una posición de desventaja en la arena política, sino que también pueden tener el efecto de silenciar al pobre; mientras el rico puede, por ejemplo, dominar el espacio publicitario en los medios de comunicación hasta el extremo de que sólo se oiga su mensaje, la voz de los menos ricos puede quedar ahogada.¹⁹¹⁹ Por consiguiente, la regulación de los gastos electorales es el reflejo de una concepción de la democracia que busca crear un ambiente en el que tanto los ricos como los menos favorecidos por la fortuna tengan las mismas oportunidades para expresarse; no se trata de favorecer a un grupo sobre otro, sino de promover un debate suficientemente amplio y abierto, que facilite el proceso democrático.¹⁹²⁰

Obviamente, esto supone adaptar cualquier regulación del financiamiento de las campañas electorales, o de los partidos políticos, a fin de que ésta contribuya a fortalecer la libertad de expresión y no a impedirla. En este sentido, en el caso *Buckley v. Valeo*, la Corte Suprema de los

¹⁹¹⁶ *Cfr.* Wright, J. Skelly, “Politics and the Constitution: Is Money Speech?”, *Yale Law Journal*, vol. 85, 1976, pp. 1001-1021, citado por Fiss, Owen M., *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 14.

¹⁹¹⁷ *Cfr.* Fiss, Owen M., en *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996, p. 14.

¹⁹¹⁸ *Ibidem*, pp. 14 y ss.

¹⁹¹⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹²⁰ *Ibidem*, p. 18.

Estados Unidos sostuvo que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos prohíbe al gobierno obligar a un pequeño partido político a revelar sus fuentes de financiamiento si ese partido político puede probar una razonable probabilidad de que la revelación de esa información someterá a los contribuyentes así identificados a amenazas, acosos o represalias.¹⁹²¹ La Corte encontró tres razones para requerir revelar información concerniente a las contribuciones y gastos de campañas electorales: 1) facilitar el conocimiento de los votantes acerca de las posibles alianzas e intereses de un candidato; 2) disuadir la corrupción, o evitar la apariencia de la misma, y 3) permitir la aplicación de las normas sobre límites de las contribuciones. En opinión de la Corte, aunque el dinero puede “hablar”, su mensaje es menos específico, menos personal y menos provocativo que un panfleto, por lo que cuando el dinero apoya una opinión impopular es menos probable que genere una retaliación;¹⁹²² además, la divulgación de los ingresos y gastos de una campaña electoral disminuye de que una persona pueda gastar dinero para apoyar un candidato como parte de un *quid pro quo* para obtener un tratamiento especial una vez que el candidato haya sido elegido para el cargo y esté en posesión del mismo.¹⁹²³ Pero el tribunal reconoció que, en ciertas circunstancias, el equilibrio de la balanza se inclinaría a favor de exonerar a los pequeños partidos de revelar esta información, entre otras razones porque la necesidad de evitar el riesgo de comprometer los intereses protegidos por la primera enmienda sería sustancialmente más importante; además, es menos probable que estos pequeños movimientos políticos tengan una base financiera sólida, y, por lo mismo, ellos son más vulnerables a cualquier caída de sus contribuciones. Según el tribunal, el temor a las represalias puede inhibir el aporte de los simpatizantes, al extremo de que el movimiento ya no pueda sobrevivir; pero el interés público también sufre si se produce este resultado, porque se produce una disminución equivalente de la libre circulación de ideas, tanto dentro como fuera de la arena política.¹⁹²⁴ Asimismo, en el caso del Partido Socialista de los Trabajadores, que apenas contaba con alrededor de 60 miembros en el estado de Ohio, y cuyos miembros y simpatizantes habían sido objeto de hostilidad y acoso tanto del gobierno como de los particulares, existien-

1921 *Cfr. Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

1922 *Cfr. McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

1923 *Idem*.

1924 *Cfr. Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

do evidencia de que sugería que esa hostilidad continuaría, la Corte Suprema reiteró este criterio, y expresó que la legislación del estado de Ohio que requería información sobre los gastos de campaña para cargos públicos, indicando el nombre y dirección de los contribuyentes y de los beneficiarios de esos fondos, no podía constitucionalmente aplicarse a este pequeño partido político.¹⁹²⁵

A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al exponer a la luz pública las grandes contribuciones y gastos electorales, mediante la obligación de revelar el origen de esos fondos, se tiende a evitar que el uso del dinero proveniente de la corrupción pueda afectar los resultados electorales.¹⁹²⁶ Pero ese peligro parece no existir con los pequeños partidos políticos, que muy improbablemente van a ganar o a comprar una elección.¹⁹²⁷ La Corte ha subrayado que no se puede subestimar la amenaza que deriva de revelar los gastos de campaña para los derechos protegidos por la primera enmienda a la Constitución; ese alto tribunal observa que los gastos de un partido político pueden consistir, *inter alia*, en el pago que se hace a personas que eligen expresar su apoyo a una causa impopular proporcionando servicios difíciles de conseguir debido a la hostilidad y a la sospecha; si esa actividad se hiciera pública, estas personas serían vulnerables a las amenazas, al acoso y a las represalias. En opinión de este alto tribunal, incluso individuos que reciben dinero en pago por simples transacciones comerciales, debido a la hostilidad pública, pueden verse inhibidos de realizar una transacción o de proporcionar un servicio, impidiendo que ese pequeño partido pueda operar eficazmente y reduciendo la libre circulación de las ideas.¹⁹²⁸

Pero no puede perderse de vista que una regulación del límite de los aportes financieros es tan o más importante que saber el origen de los fondos de una campaña electoral; según Serge Halimi, en Estados Unidos la política amenaza con resucitar el sufragio censitario, pues “los que entregan más de 200 dólares a un candidato o a un partido no representan más que el 0,3% de la población, pero su dominio de la financiación de la vida política estadounidense contribuye a la mercantilización de las decisiones públicas”.¹⁹²⁹ Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Uni-

1925 *Cfr. Brown v. Socialist Workers’74 Campaign Comm.*, 459 U.S. 87 (1982).

1926 *Cfr. Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

1927 *Idem*.

1928 *Cfr. Brown v. Socialist Workers’74 Campaign Comm.*, 459 U.S. 87 (1982).

1929 *Le Monde Diplomatique*, mayo de 1997.

dos ha rechazado como incompatibles con la garantía constitucional de la libertad de expresión el que se pretenda controlar el monto de las contribuciones que las grandes corporaciones puedan hacer a las campañas electorales.¹⁹³⁰

B. El acceso a los medios de comunicación por parte de los candidatos.

Ésta es una materia que está estrechamente relacionada con el financiamiento de las campañas electorales.

Para quienes postulan a un cargo público, así como para el resto de los ciudadanos, que tienen derecho a recibir información que les permita elegir entre distintas opciones, el elemento central es el acceso a los medios de comunicación en condiciones de igualdad. En este sentido, el artículo 26 del texto único ordenado de la Ley de Telecomunicaciones del Perú dispone que el Jurado Nacional de Elecciones velará por que, durante los procesos electorales, las empresas que prestan servicios de radiodifusión (incluyendo no sólo la radio, sino también la televisión) otorguen, en igualdad de condiciones comerciales y sin discriminación de ninguna clase, espacios a los partidos políticos, agrupaciones políticas o candidatos debidamente inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones, que participen en la contienda electoral.

Por otra parte, la adjudicación de un cierto tiempo libre en radio y televisión, para los candidatos a un cargo público, junto con aliviar la presión financiera que implica el costo de una campaña, puede contribuir a esa diversidad de ideas y puntos de vista que deberían reflejarse en las programaciones, y permite brindar atención a los asuntos públicos que precisamente deberían ser abordados por los medios de comunicación.¹⁹³¹ En tal sentido, el artículo 175 de la Ley Orgánica del Sufragio de Venezuela¹⁹³² dispone que los medios oficiales de comunicación social otorgarán, gratuitamente, tiempo igual y en las mismas horas a los candidatos presidenciales postulados con representación en el Consejo

¹⁹³⁰ *Cfr.* First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁹³¹ *Cfr.* Sunstein, Cass R., “A New Deal for Speech”, en Allen, David S., and Jensen, Robert (comps.), *Freeing the First Amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*, Nueva York y Londres, New York University Press, 1995, p. 72.

¹⁹³² Promulgada el 7 de mayo de 1992, y publicada en la *Gaceta Oficial* núm. 4.422 extraordinario, del 7 de mayo de 1992.

Supremo Electoral (ahora Consejo Nacional Electoral), a cuyo efecto los espacios se sortearán mensualmente entre éstos. Asimismo, el artículo 183 de la ley que comentamos dispone que las juntas electorales procurarán la determinación de sitios y la fijación de carteles en los cuales puedan colocar su propaganda los diversos participantes en el proceso electoral, en forma tal que ninguno de ellos obtenga un trato preferente.

C. Los límites temporales de la propaganda

En muchos países, en los últimos días, o en las últimas horas antes de una elección, se impone el silencio electoral. Esta restricción también puede extenderse a la publicación de los resultados de encuestas electorales, e incluso, en el día de la elección, a la difusión de proyecciones de resultados basadas en un muestreo de la tendencia que indique el cómputo de las primeras actas electorales, o simplemente las encuestas realizadas a boca de urna.

A título ilustrativo, el artículo 175 de la Ley Orgánica del Sufragio de Venezuela fija la duración máxima de las campañas electorales, teniendo en cuenta la naturaleza de los cargos que se trata de llenar, y el artículo 186 estipula que, cuarenta y ocho horas antes de aquella en que deban comenzar las votaciones, cesará y no podrá hacerse nueva propaganda electoral; los periódicos, revistas y otras publicaciones no deberán contener ninguna especie de propaganda electoral el día de las elecciones ni el día anterior a las mismas; además, según el artículo 187 de la misma ley, las publicaciones, radioemisoras, televisoras y demás medios oficiales de cultura y propaganda no podrán ser usados para propaganda electoral, salvo aquella que realicen los organismos electorales, y los espacios gratuitos que, de acuerdo con esta misma ley, se concedan a todos los candidatos presidenciales.

En el mismo sentido, el artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones del Perú dispone que la publicación o difusión de encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación sólo puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones, y que en el día de las elecciones sólo pueden difundirse proyecciones del resultado de la elección luego de la difusión del primer boletín oficial, o después de las 10:00 de la noche del mismo día. Resulta difícil imaginar qué consideraciones hacen necesaria una restricción de la libertad de expresión de esta naturaleza, que impide

que la ciudadanía pueda obtener información oportuna; pero, sobre todo, resulta difícil establecer una conexión entre esta restricción y alguno de los objetivos legítimos que, según los instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión, permiten restringirla. En una sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la constitucionalidad de esta disposición se señala que el argumento del Congreso al adoptar esta norma habría sido la necesidad de preservar el orden interno;¹⁹³³ en tal sentido, la sentencia recuerda que en un proceso electoral anterior la difusión de proyecciones que no concordaban con los resultados parciales oficiales suministrados por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), dando como ganador a un candidato distinto en ambos casos, había generado desórdenes y desmanes.¹⁹³⁴ Sin embargo, debe observarse que probablemente esos desórdenes y desmanes no fueron el resultado de que los medios de comunicación difundieran proyecciones que daban como ganador a un candidato distinto del que indicaban los organismos del Estado, sino que se debieron a la falta de confianza en el proceso electoral y a la falta credibilidad que la información oficial, proporcionada con bastante retraso, le merecía a la población. De manera que, al evaluar la constitucionalidad de la disposición que comentamos, el Tribunal Constitucional dictaminó que la divulgación de proyecciones electorales no entrañaba un peligro grave, claro e inminente, para el orden público; en opinión del citado tribunal, los desmanes que se produjeron en el día de las elecciones generales del año 2000 se debieron, más que a resultados inexactos divulgados por las encuestadoras, a la situación política que vivía el Perú en esos momentos, y a la predisposición de la ciudadanía —respaldada por organismos internacionales que observaban dicho proceso— y que sospechaban que se estaba cometiendo un fraude electoral.¹⁹³⁵ Al sopesar el peligro de desórdenes públicos con la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, el Tribunal Constitucional se inclina a favor de esta última, y considera que, en esas circunstancias, no habría proporción entre el grado de peligro que remotamente amenaza al orden público y la restricción del derecho a la información que, según el tribunal, tampoco se justifica.¹⁹³⁶ Al adoptar la disposición legal que co-

¹⁹³³ *Cfr.* Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de abril de 2001.

¹⁹³⁴ *Idem.*

¹⁹³⁵ *Idem.*

¹⁹³⁶ *Idem.*

mentamos, el Congreso peruano también había sugerido que con ella se pretendía reducir la influencia que la difusión de las proyecciones antes señaladas puede ejercer en el ánimo y en el comportamiento de los ciudadanos y, al mismo tiempo, evitar que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) fuera objeto de presiones por parte de las agrupaciones políticas y los medios de comunicación;¹⁹³⁷ pero esta preocupación, por muy legítima que pueda ser, no está prevista en ninguna de las circunstancias que, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, autorizan restringir la libertad de expresión; en realidad, el propio Tribunal Constitucional afirma que el impacto comunicativo del muestreo de las actas electorales, o de sus proyecciones, no constituye un objetivo legítimo ni suficiente para prohibir (o retrasar) su difusión, a menos que se demuestre la existencia de un peligro grave e inminente que amenace al orden público.

Por otra parte, si al impedir que se divulguen encuestas, proyecciones electorales, o incluso el resultado de las elecciones, se pretende preservar la confianza y credibilidad en los resultados que posteriormente pueda anunciar un organismo oficial, no debe perderse de vista que en una sociedad democrática la realización de procesos electorales limpios y transparentes es de la mayor importancia; en tal sentido, la información que sobre esta materia puedan proporcionar los medios de comunicación es vital para que se pueda confiar en la pulcritud del proceso electoral, y constituye una forma de controlar la actividad desarrollada por los organismos oficiales que tienen la tarea de hacerlo posible y de informar sobre sus resultados.

D. Otras limitaciones posibles

Si bien la propaganda política incluye mensajes que informan sobre asuntos del más alto interés público, y que son dignos de todo respeto, no puede perderse de vista que con mucha frecuencia esta expresión se utiliza con un carácter peyorativo, dirigido a descalificar el contenido del mensaje, ya sea porque presenta falsamente los hechos, o porque carece de vocación por la verdad, o simplemente porque promueve ideas impopulares o carentes de seriedad, que no merecen nuestra atención. Por consiguiente, la calificación oficial de un mensaje como “propaganda

¹⁹³⁷ *Idem.*

política” puede tener el efecto de ser percibido como material censurado, conduciendo a que la gente se abstenga de conocerlos, a fin de evitar que se les vea en forma desfavorable, compartiendo las mismas ideas contenidas en ese mensaje. Sin embargo, al considerar la constitucionalidad de la Ley de Registro de los Agentes Extranjeros de 1938, en la forma enmendada en 1942, que utiliza la expresión “propaganda política” para identificar materiales regulados por el estatuto antes citado (tales como libros, revistas, películas, etcétera), y cuya definición incluye “cualquier mensaje que tenga el propósito de influir en la política exterior de los Estados Unidos”, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que, como la ley no prohibía la distribución o el acceso a dichos materiales, la identificación de los mismos como “propaganda política” no constituyía una restricción de la libertad de expresión.¹⁹³⁸ En el presente caso, un senador de la legislatura del estado de California había solicitado que se omitiera la calificación de “propaganda política” que el Departamento de Justicia había atribuido a tres películas canadienses, sobre los efectos para el medio ambiente de una guerra nuclear y de la lluvia ácida formada por el consumo de combustibles fósiles que son descargados en la atmósfera (una de las cuales había ganado un Óscar como el mejor documental extranjero en 1983), que el senador antes citado deseaba exhibir; en su opinión, esa etiqueta les restaba legitimidad a las películas, generando la percepción de que no eran mensajes dignos de confianza, que estigmatiza a quienes los distribuyen, que lo exponía a ser considerado como un diseminador de propaganda política extranjera, dañando su reputación ante la comunidad, y perjudicando sustancialmente sus posibilidades de reelección. Según el juez Blackmun —en una opinión compartida por los jueces Brennan y Marshall—, la Corte atribuyó un carácter neutral a la etiqueta que califica como propaganda política mensajes que, entre otras cosas, según el enunciado de la ley, incluyen la instigación a disturbios civiles o al derrocamiento de un gobierno por cualquier medio que involucre el uso de la fuerza o la violencia, que obviamente no pueden considerarse como actividades neutrales; además, a juicio del juez Blackmun, la Corte ignoró la historia legislativa de la disposición impugnada, que fue adoptada por iniciativa de un comité del Congreso formado en 1934 para investigar las actividades de propaganda nazi en los Estados Unidos y la diseminación de propaganda subversiva controlada

¹⁹³⁸ *Cfr.* Meese v. Keene, 481 U.S. 465 (1987).

por Estados extranjeros que atacaban la forma de gobierno de los Estados Unidos, y que fue enmendada en 1942 para fortalecer los instrumentos de que disponía el gobierno para controlar la actividad de los agentes extranjeros en la esfera de lo que se consideraba propaganda política, por lo que el propósito deliberado de la ley era —sin prohibirlo— disuadir la diseminación de lo que se consideraba propaganda perniciosa.¹⁹³⁹

En 1989, el Código Electoral del estado de California disponía que los órganos directivos de los partidos políticos no podían dar su apoyo oficial a candidatos que participaran en una elección primaria de esos partidos; asimismo, el citado código prohibía a cualquier candidato en una elección primaria, así como a cualquier persona que actúe en su nombre, sostener que es el candidato oficial del partido. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, esta prohibición afecta directamente una forma de expresión que está en el corazón del proceso electoral y de la garantía constitucional de la libertad de expresión, porque esta garantía encuentra su más plena y urgente aplicación en el caso de los mensajes difundidos durante una campaña electoral, y porque dicha campaña es tanto un medio para diseminar ideas como para obtener el acceso a cargos de elección popular.¹⁹⁴⁰ Según la Corte, prohibirle a un partido político apoyar u oponerse a ciertos candidatos no sólo coarta su libertad de expresión, sino que también infringe su libertad de asociación, pues una organización política tiene derecho a identificar a quienes son sus asociados.¹⁹⁴¹ El estado de California no logró demostrar la existencia de un interés público apremiante que justificara esta restricción de la libertad de expresión; aunque se sugirió la necesidad de mantener un sistema político estable, California nunca explicó cómo se promovía ese interés prohibiendo a un partido político el apoyar u oponerse a un determinado candidato, particularmente porque no se demostró que el sistema político de California fuera más estable desde que se adoptó esta prohibición y, en segundo lugar, porque tampoco se demostró qué tenía de peculiar el sistema político de California, que era el único estado de los Estados Unidos que había considerado necesaria esa prohibición. La única explicación sugerida por California fue que el interés público en un gobierno estable incluye un

¹⁹³⁹ *Cfr.* la opinión disidente de los jueces Blackmun, Brennan y Marshall, en *Meese v. Keene*, 481 U.S. 465 (1987).

¹⁹⁴⁰ *Cfr.* *EU v. San Francisco Democratic Comm.*, 489 U.S. 214 (1989).

¹⁹⁴¹ *Idem.*

interés similar en la estabilidad de los partidos políticos. Sin embargo, la Corte admitió que el Estado puede adoptar leyes para evitar que desde afuera se altere el funcionamiento de los partidos políticos; pero rechazó que, como en este caso, se adoptaran leyes para evitar que los partidos políticos tomaran determinadas medidas que afectaran sus propios procesos internos de selección de candidatos. Probablemente, actuando motivado por su propio interés, un partido político no realizará actos ni difundirá mensajes que puedan perjudicar sus posibilidades de éxito político; pero incluso si una prohibición, como la que comentamos, salva al partido político de su propia destrucción, eso no justifica que el Estado sustituya el juicio equivocado del partido político por el suyo propio.¹⁹⁴²

8. El uso de transmisiones oficiales conjuntas

La difusión, por parte del gobierno, de mensajes oficiales a través de transmisiones conjuntas de radio y televisión, obligando a plegarse a dichas transmisiones a la radio y la televisión privada, frecuentemente conocidas como cadenas, constituye una interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión de los propietarios de los medios radioeléctricos, que se ven forzados a interrumpir sus programaciones habituales, y a difundir un mensaje que no comparten, o que les es indiferente, o sobre el que preferirían informar en otro momento y en otra forma. No es lo mismo que el propietario del medio decida voluntariamente plegarse a una transmisión oficial, porque considera que el mensaje que allí se difunde es importante, a que lo haga en forma obligatoria, bajo la amenaza de una sanción. Además, ese tipo de transmisiones en cadena impide a las radiodifusoras y a las televisoras difundir, en ese mismo espacio, otro tipo de mensajes, ya sean de carácter comercial, de tipo informativo, de entretenimiento, o de otra naturaleza. Pero las transmisiones en cadena, que tienen el efecto de imponer una determinada información, interrumpiendo la programación habitual, también interfieren con la libertad de expresión de la audiencia, que —al menos momentáneamente— se ve en la imposibilidad de acceder a una información libre y plural, de acuerdo con el derecho que tiene a buscar informaciones e ideas de toda índole. Se trata de una medida que restringe en forma indebida e ilegítima la libertad de expresión, en su doble dimensión de expresión e información,

¹⁹⁴² *Idem.*

de los comunicadores sociales, de los propietarios de los medios de comunicación radioeléctrica, de los anunciantes, todos los cuales tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, y especialmente de los ciudadanos, que tenemos derecho a buscar y recibir información libre y plural. Por consiguiente, las transmisiones en cadena constituyen una interferencia con la libertad de expresión, que para ser legítimas deberían responder a un propósito igualmente legítimo, y ser proporcionadas al fin que se persigue.

Ésta es una materia que no se encuentra expresamente prevista en los instrumentos internacionales que comentamos; sin embargo, es una posibilidad que está implícita en el enunciado de las condiciones bajo las cuales se puede restringir la libertad de expresión. El artículo 13, núm. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 19, núm. 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, permiten restringir la libertad de expresión, en los casos expresamente señalados por las leyes, y siempre que esa restricción tenga como propósito asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral pública o la salud pública. No hay ninguna otra circunstancia que autorice restringir la libertad de expresión. En consecuencia, para que sea lícito, el uso por parte del Estado de este procedimiento para transmitir información oficial debe obedecer a una necesidad apremiante, que sea indispensable para responder a alguno de aquellos propósitos legítimos que autorizan restringir la libertad de expresión; su propósito debe ser la difusión de información de interés público. Pero tampoco es cualquier interés general, por loable que sea, el que justifica este tipo de interferencia. Específicamente, para que no sean incompatibles con los instrumentos internacionales que regulan la libertad de expresión, las cadenas oficiales deben ser necesarias para garantizar la seguridad nacional, para preservar el orden público, o para proteger la salud pública. Por consiguiente, ellas no pueden ser utilizadas para difundir información intrascendente, carente de relevancia pública, o para comunicar mensajes de carácter puramente político partidista.

Si bien ésta es una medida ampliamente utilizada por los Estados, ella no ha sido objeto de mayor debate, pues, en general, se ha hecho un uso prudente de la misma, de acuerdo con el interés colectivo. Pero es importante subrayar que, además de responder a una necesidad social imperiosa para el Estado, con alguno de los propósitos antes referidos, las cade-

nas oficiales deben ajustarse a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, tanto en lo que se refiere a su duración como a su frecuencia, medida de acuerdo con los objetivos legítimos que se persigue. Esa necesidad y proporcionalidad debe tener en consideración, entre otras cosas, la circunstancia de que el Estado pueda disponer de canales propios de radio y televisión, con cobertura nacional, para informar sobre los asuntos de interés público. Que el Estado sea quien administra el espectro radioeléctrico, con la única finalidad de asignar frecuencias, no lo autoriza a disponer discrecionalmente de las mismas una vez que ellas ya han sido asignadas. En este sentido, el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Venezuela, concebido en términos excesivamente amplios, que dispone que, sin perjuicio de las disposiciones legales en materia de seguridad y defensa, el presidente de la República podrá ordenar a los operadores que presten servicios de televisión por suscripción y a las empresas de radiodifusión sonora y de televisión abierta, la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales, sin indicar las condiciones que las justifican y el propósito de las mismas, va más allá de las restricciones legítimas a la libertad de expresión permitidas por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la legislación colombiana, el artículo 32 de la ley 182 de 1995, por la cual se reglamenta el servicio de televisión, en cuanto al acceso del gobierno a los canales de televisión, disponía, entre otras cosas, que el presidente de la República podría utilizar los servicios de televisión para dirigirse al país “en cualquier momento y sin ninguna limitación”.¹⁹⁴³ Esta disposición fue objetada ante la Corte Constitucional, no en lo relativo a la facultad que tendría el jefe de Estado de dirigirse al país, sino por considerar que la potestad ilimitada de esa facultad, que limita sin ninguna justificación el derecho a informar, sería incompatible con la garantía constitucional de las libertades de opinión, prensa e información. En opinión del demandante, no existiría ninguna proporcionalidad entre

¹⁹⁴³ *Cfr.* Ley 182, publicada en el *Diario Oficial* núm. 41.681, del 20 de enero de 1995, por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para la contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.

la limitación del derecho a informar y la finalidad que pudo llevar al legislador a consagrar esta disposición, por cuanto esa facultad ilimitada del presidente de la República para utilizar los servicios de televisión se convierte en un instrumento de restricción del derecho a informar que le permite hacer uso de los servicios de televisión sin ningún tipo de medida o control. A juicio de la Corte Constitucional colombiana, la intervención del presidente de la República ha de referirse a asuntos de interés público, directamente relacionados con sus funciones como jefe de Estado, jefe del gobierno, y suprema autoridad administrativa, sin que pueda incurrirse en ninguna arbitrariedad que pueda transgredir los derechos y libertades de los gobernados. Si bien el jefe de Estado tiene el deber de informar periódicamente de su gestión, de manera concreta, sin abusos ni extralimitación alguna, esa misma circunstancia impone que la naturaleza de la información y su necesidad marquen los linderos de orden temporal dentro de los que resulta lícita la intervención presidencial “por los canales de televisión del Estado”. Según este tribunal, el presidente de la República no puede monopolizar la información, de manera que se vea disminuida la posibilidad de expresar puntos de vista opuestos a los suyos, lo cual equivaldría a sepultar el pluralismo informativo.¹⁹⁴⁴ La Corte Constitucional recuerda que, alegando precisamente el derecho a informar a sus ciudadanos, regímenes de corte totalitario llegaron a manipular la opinión pública, deformando la realidad, expresándola en forma recortada o sobredimensionándola, con propósitos eminentemente político-partidistas que facilitaran la toma de decisiones contrarias a los derechos humanos, mediante la utilización desmedida de los medios de comunicación a su disposición, para penetrar en cualquier momento, y sin medida, la intimidad de los hogares, con la eliminación consiguiente de la controversia pública y de la difusión de opiniones disidentes.¹⁹⁴⁵

9. *El anonimato*

Si bien Rousseau sostenía que todo hombre honesto debe confesar lo que ha escrito,¹⁹⁴⁶ el forzar al autor de cualquier mensaje a revelar su

¹⁹⁴⁴ *Cfr.* Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia núm. C-1172/2001, del 8 de noviembre de 2001.

¹⁹⁴⁵ *Idem.*

¹⁹⁴⁶ Citado por Gottlieb Fichte, Johann, “Reivindicación de la libertad de pensamiento: a los principios de Europa que hasta ahora la oprimieron”, *Reivindicación de la libertad*

identidad, ya sea por el deseo de proteger su intimidad o para no verse expuesto al ostracismo o a retaliaciones, puede tener un efecto inhibidor en la disposición de un individuo a expresarse libremente, ya sea sobre asuntos políticos o de otra índole.

Ninguno de los instrumentos internacionales que consagran la libertad de expresión impone, como condición para ejercerla, que el autor del mensaje se identifique adecuadamente; por el contrario, en todos ellos se señala que el titular de este derecho es “cualquier persona”, poniendo más énfasis en el contenido del mensaje que en la identidad del mensajero. De manera semejante, la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos tampoco restringe el ejercicio de la libertad de expresión a quienes se hayan identificado debidamente; en realidad, la Corte Suprema de ese país ha señalado que el valor inherente de la expresión no depende de la identidad de su fuente,¹⁹⁴⁷ y que el anonimato no es razón suficiente para privar a los mensajes de una persona de la protección constitucional.¹⁹⁴⁸ En su opinión, no hay que subestimar al hombre común, pues la gente es suficientemente inteligente como para evaluar la fuente de un escrito anónimo; si bien ellos pueden ver que es anónimo, también pueden evaluar el contenido del mensaje, y evaluar qué hay de fiable en él, qué hay de valor, y qué hay de verdad.¹⁹⁴⁹ A juicio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la garantía constitucional de la libertad de expresión se extiende incluso a aquellos que decidan no revelar su identidad, pues los panfletos anónimos no forman parte de una práctica perniciosa y fraudulenta, sino de “una tradición honorable” en la defensa de determinados puntos de vista y en el ejercicio del derecho a disentir, porque el anonimato es un escudo en contra de la tiranía de la mayoría.¹⁹⁵⁰ De acuerdo con la Corte, el anonimato ejemplifica el propósito esencial de la garantía constitucional de la libertad de expresión, en cuanto a proteger individuos impopulares de la retaliación, y sus ideas de

de pensamiento y otros escritos políticos, estudio preliminar y traducción de Faustino Oncina Coves, Madrid, Tecnos, 1986, p. 6.

¹⁹⁴⁷ *Cfr. First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁹⁴⁸ *Cfr. McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995). La recurrente (ya fallecida para ese momento), Margaret McIntyre, en una reunión pública, había distribuido un panfleto oponiéndose al incremento de un impuesto para las escuelas suscrito por “Padres y contribuyentes preocupados”, en violación de una ley estatal que exigía proporcionar el nombre y la dirección de quien propiciaba ese punto de vista.

¹⁹⁴⁹ *Idem.*

¹⁹⁵⁰ *Idem.*

la supresión, en medio de una sociedad intolerante.¹⁹⁵¹ Si bien este derecho puede ser objeto de abusos, al permitir el anonimato se busca proteger al individuo de las represalias en un ambiente político hostil, que incluso pueda conducir a la supresión de sus ideas. Según la Corte Suprema de los Estados Unidos, un panfleto o documento escrito relacionado con una elección es una declaración de un punto de vista político, por lo que la identificación de su autor, en contra de su voluntad, es una intrusión que revela de manera inequívoca el contenido de sus pensamientos sobre un tema controversial.¹⁹⁵² A pesar de la curiosidad del lector y del interés del público en identificar al autor de una obra literaria, generalmente, el autor es libre de revelar o no su identidad; pero cualesquiera que sean las consideraciones que lo lleven a permanecer en el anonimato, por lo menos en el ámbito de la literatura, el interés en que una obra anónima pueda entrar al mercado de las ideas es incuestionablemente mayor que cualquier interés en la identidad del autor como condición para acceder al mercado de las ideas; por consiguiente, la decisión de un autor de permanecer anónimo, al igual que otras decisiones relativas a omisiones o adiciones al contenido de una publicación, es un aspecto de la libertad de expresión protegido por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.¹⁹⁵³ Pero el derecho a publicar en forma anónima se extiende más allá del ámbito de la literatura; en *Talley v. California*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la primera enmienda también protegía la distribución de panfletos que no identificaban a su autor invitando a boicotear a algunos comerciantes de Los Ángeles que recurrían a prácticas discriminatorias en materia de empleo; según el tribunal, a lo largo de la historia, grupos y sectas perseguidas sólo han podido criticar en forma anónima las leyes y prácticas que los oprimían, teniendo como alternativa el no hacerlo en absoluto.¹⁹⁵⁴ Según el mismo tribunal, esta tradición se refleja mejor en el voto secreto, que permite expresar los sentimientos de nuestra conciencia sin el temor a una retaliación.¹⁹⁵⁵

Históricamente, fue en Inglaterra en donde, con el propósito de reducir la literatura crítica de la Corona, se dictaron por primera vez leyes

¹⁹⁵¹ *Idem.*

¹⁹⁵² *Idem.*

¹⁹⁵³ *Idem.*

¹⁹⁵⁴ *Cfr.* *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

¹⁹⁵⁵ *Cfr.* *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

que obligaban a identificarse tanto a los impresores como a los autores del texto y a quienes lo distribuyeran. Lógicamente, estas leyes fueron igualmente aplicadas en las colonias inglesas en el continente americano. El juicio incoado por sedición en contra de Peter Zenger, un impresor que se negó a revelar el nombre de quienes –anónimamente— publicaban en sus páginas comentarios críticos del gobernador de Nueva York, constituye, probablemente, el caso más notable en el que los ingleses intentaron infructuosamente aplicar estas leyes, sin contar con la determinación de un jurado que se negó a condenar al impresor.

A lo largo de la historia, el anonimato ha sido ampliamente utilizado, tanto en la literatura como en el debate político. *El Cantar de Mio Cid*, *El Lazarillo de Tormes*, *Las Mil y Una Noches*, al igual que muchos poemas y otras innumerables obras de la literatura clásica, son obras anónimas, que no por ello tienen menos mérito literario. Inicialmente, *Los versos del capitán*, de Pablo Neruda, también fue publicado en forma anónima, en Nápoles, en 1952. El uso de seudónimos, no necesariamente por razones literarias, es otra forma de ocultar la verdadera identidad que también ofrece numerosos precedentes históricos. Los nombres de Voltaire, o George Sand, no son sino los seudónimos a que recurrieron François Marie Arouet y Amandine Aurore Lucie Dupin. Al dar a la publicidad algunos de sus panfletos sobre la situación en la Irlanda de principios del siglo XVIII, entre los que sobresalen *Drapier's Letters* y *A Modest Proposal*, Jonathan Swift prefirió no revelar su verdadera identidad; asimismo, Alexander Hamilton, al igual que James Madison y John Jay, suscribían sus contribuciones a *The Federalist Papers* con el seudónimo de *Publius*, del mismo modo que los antifederalistas firmaban sus panfletos como *Cato*, o *Centinel*, sin que se sepa a quiénes correspondían tales seudónimos, cuyas verdaderas identidades continúan siendo un misterio. Algunos de los panfletos de Thomas Paine, quien también sintió la necesidad de reservar su identidad, llevaban simplemente la firma de “Un inglés”. En el mismo sentido, cuando George Washington declaró la neutralidad de los Estados Unidos en la guerra entre Francia e Inglaterra, James Madison y Alexander Hamilton recurrieron a la seguridad de un seudónimo para comentar los méritos de esa decisión. En el cine, el actor británico Alec Guinness fue llamado el poeta del anonimato, por haber ocultado su verdadera personalidad tras cientos de rostros impenetrables; centenares de pinturas, que reposan en los museos de arte de distintos países, son de autores anónimos. Haber impedido la divulgación

ción de esas obras, por ser el producto de un autor desconocido o por pertenecer a un autor que oculta su verdadera identidad detrás de un seudónimo, hubiera significado una tremenda pérdida para la humanidad.

En la práctica periodística, es frecuente que los periodistas proporcionen información sobre hechos de corrupción u otra naturaleza, procedente de fuentes que han solicitado que no se divulgue su identidad. Esta práctica, que se encuentra firmemente establecida entre quienes se desenvuelven en los medios de comunicación, no sólo no es objetada, sino que, muy por el contrario, se ha traducido en el reconocimiento del derecho de los periodistas a no verse forzados a revelar sus fuentes, y en la consagración del deber jurídico de no hacerlo.

La circunstancia de que el autor del mensaje, por temor a represalias o por otras razones, prefiera no revelar su identidad, no descalifica el contenido del mensaje. En este sentido, en *Talley v. California* la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que los panfletos y libros anónimos han jugado un importante papel en el progreso de la humanidad, y que muchas veces el anonimato se ha asumido con los propósitos más constructivos.¹⁹⁵⁶ Con anterioridad, en *NAAACP v. Alabama*, el mismo tribunal había señalado que una asociación de gente de color no tenía que entregar la lista de sus miembros a las autoridades del Estado, pues con ello esas personas podrían verse sometidas a amenazas y represalias que restringirían su derecho a asociarse libremente.¹⁹⁵⁷ Esos mismos argumentos son válidos en lo que se refiere al ejercicio de la libertad de expresión, porque, si existe la obligación de identificarse, una persona podría sentirse inhibida de denunciar la corrupción en las esferas de gobierno, publicar un libro que pudiera ser visto como contrario a la moral prevaleciente, o formular ideas críticas de las prácticas propiciadas por la religión dominante en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el aborto o el divorcio; esto explica el que, al publicar su apología del divorcio, *La doctrina y la disciplina del divorcio*, John Milton haya preferido mantener oculta su identidad.

La importancia del anonimato puede ser especialmente relevante para los usuarios de Internet que buscan, o que desean revelar, información sobre asuntos tan delicados y sensibles, que ese intercambio de información sólo se puede producir en un ambiente sosegado y tranquilo, en el

¹⁹⁵⁶ *Cfr. Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

¹⁹⁵⁷ *Cfr. National Ass'n for Advancement of Coloured People v. State of Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

que sientan que su propia seguridad no se verá comprometida como resultado de proporcionar, o recibir, esa información.

Aunque los intereses de la justicia requieren que quien denuncie un delito se identifique plenamente, es interesante observar que a lo largo de la historia, e incluso en nuestros días, no sólo se ha permitido, sino que se ha estimulado la denuncia anónima de quienes puedan estar involucrados en actividades terroristas o en la comisión de algún otro delito. Asimismo, en países que, como Chile, han experimentado la presencia de regímenes dictatoriales, se ha estimulado a que se proporcione información sobre el paradero de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, con la garantía de que quienes así lo hagan no tienen que revelar su identidad.

Sin duda, la protección del anonimato no puede ser absoluta, pues la identidad del autor del mensaje es importante para proteger al consumidor de la propaganda comercial fraudulenta, o para sancionar la injuria o la difamación; en consecuencia, el Estado puede, en ciertas circunstancias y con fines legítimos, exigir que el autor de un mensaje divulgue su identidad. La Corte Suprema de los Estados Unidos se ha pronunciado al pasar sobre el efecto profiláctico de requerir la identidad de la fuente de un anuncio corporativo.¹⁹⁵⁸ Pero, en definitiva, es la protección de los derechos de otros, u otro objetivo legítimo, y no el anonimato *per se*, lo que eventualmente podrá justificar la existencia de normas que, en un determinado contexto, exijan la identificación del autor del mensaje.

Sin embargo, apartándose de las normas antes referidas, entre las restricciones previstas por el artículo 57 de la nueva Constitución de Venezuela —punto en el que coincide con el artículo 66 de la Constitución anterior—, se prohíbe el anonimato; además, una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela reitera la prohibición del anonimato, y afirma que la ley puede ordenar y crear mecanismos tendientes a impedir la publicación o difusión de un mensaje anónimo.¹⁹⁵⁹ Esta circunstancia parece ir más allá de lo que permiten el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en Venezuela tienen rango constitucional.

¹⁹⁵⁸ *Cfr.* First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁹⁵⁹ *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, amparo constitucional de Elías Santana c. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia, sentencia del 12 de junio de 2001.

La única razón que hace necesario conocer la identidad del autor de un mensaje es la posibilidad de que éste haya incurrido en algún hecho ilícito y se requiera establecer responsabilidades ulteriores, en los términos previstos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en las dos convenciones regionales de derechos humanos; pero la identificación de quien tiene algo que comunicar no puede ser una condición previa para poder expresarse, lo cual constituiría una forma de censura. Esa circunstancia puede permitir que, después de transmitido un mensaje que causa daños a terceros o que involucra la comisión de un delito, el Estado adopte todas las medidas indispensables para establecer la identidad de su autor y, posteriormente, para que se le impongan las sanciones correspondientes; pero no autoriza a impedir u obstaculizar, de antemano, la comunicación de ese mensaje.