

Herrera, Daniel A.

La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte

Freedom of expression in the inter-american system for the protection of human rights and its impact on the domestic law of the states partless

Prudentia Iuris N° 78, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2014). La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte [en línea], *Prudentia Iuris*, 78. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libertad-expresion-sistema-interamericano.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA
EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS PARTE**
*Freedom of Expression in the Inter-american System for the Protection of
Human Rights and its Impact on the Domestic Law of the States Parties*

Daniel A. Herrera¹

Como dice el título de la presente disertación, abordaré la situación de la libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los Estados parte. Voy a dividir esta presentación en tres partes: 1) Una breve descripción del sistema interamericano dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como núcleo del nuevo paradigma del *Estado Constitucional de Derecho*; 2) Una descripción de la situación de la libertad de expresión en el mencionado marco; 3) Por último, terminaré con algunas reflexiones personales. Como se puede apreciar, la primera y segunda parte son más descriptivas del cuadro de situación y la última más reflexiva de la misma desde el punto de vista filosófico.

PRIMERA PARTE

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos humanos nace como respuesta a las atrocidades producidas en la Segunda Guerra Mundial y se forma en el seno de las Naciones Unidas a nivel mundial (sin perjuicio de un intento fallido con la formación de la *Sociedad de las Naciones* después de la primera gran guerra) y de la Organización de Estados Americanos a nivel regional (otro tanto ocurre en Europa y, posteriormente, en África, etc.), organizaciones internacionales nacidas justamente

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. El presente texto es la Ponencia presentada en la X Jornada Internacional de Derecho Natural, “Nuevos escenarios para la garantía de la libertad de expresión”, Santiago de Chile, 19 al 22 de agosto 2014.

en la posguerra (1948). Hasta ese momento, en virtud del dogma de la soberanía nacional, el Estado nacional moderno no reconocía ninguna autoridad o poder por encima suyo y, por lo tanto, tampoco ninguna regulación jurídica que no fuera especialmente aceptada por el propio Estado en el marco de sus relaciones internacionales. Efectivamente el Derecho Internacional no era considerado como un sistema jurídico creado por una autoridad superior, ni como una integración de comunidades políticas, sino más bien se trataba de un sistema construido sobre la base del reconocimiento del Estado nacional soberano por parte de la comunidad internacional de Estados soberanos, y cuya soberanía se basa en la fuerza que permite sostenerla. De esta manera, el sistema internacional así considerado no permite la injerencia de los Estados, ni individualmente, ni asociados, en los asuntos internos de otro Estado soberano.

Es así que a partir de la posguerra y hasta la actualidad parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como *el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* como nuevo *ius cogens* o derecho imperativo, transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho* por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico. De esta manera, este Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye uno de los ejes del nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho que modifica el sistema jurídico en la actualidad.

Así podemos distinguir en este nuevo Derecho Internacional, un nivel o ámbito mundial, de otros niveles o ámbitos regionales, tanto en el plano normativo (declaraciones, tratados) como jurisdiccional (tribunales internacionales). Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional* junto con los Estados nacionales y contra esos mismos Estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Como dice el profesor español Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos “se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su estatus varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce, a su vez, modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional”².

² De Asís, Rafael (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid. Dykinson, 57.

2. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Este sistema nace con la constitución de la OEA y la Declaración Americana de Derechos Humanos en un primer momento y con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en un segundo momento. La diferencia entre uno y otro momento es la distinta naturaleza de los instrumentos normativos. Mientras que el primero es una declaración suscripta por los Estados miembros de la OEA, que tiene por fin explicitar los derechos humanos a los que se refiere el art. 3º de la Carta de la Organización, el segundo (la Convención) es un tratado multilateral firmado y ratificado por los Estados parte de la misma (no todos los Estados que integran la OEA la han ratificado, siendo paradójico y emblemático que justamente USA sea uno de esos países) que induce a los Estados que la han suscripto con obligaciones negativas de respeto y abstención de violar estos derechos, como positivas de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, generando responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

Sin perjuicio de lo dicho y de que originalmente la Declaración era considerada un instrumento normativo programático, constituyendo un criterio guía sin efecto vinculante operativo, con el correr del tiempo se transforma en una verdadera fuente de obligaciones internacionales, como lo señala expresamente la Corte Interamericana, que dice: “Para los Estados miembros de la Organización, la Declaración es el texto que define los derechos humanos a los cuales se refiere la Carta [...] La Declaración es para estos Estados una fuente de obligaciones internacionales concernientes a la Carta de la Organización”³.

En cuanto a los órganos establecidos para la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano podemos distinguir: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a) *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: es creada por el Consejo de la OEA en 1960 por pedido de la quinta reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959. Nace como una entidad autónoma de la Organización que tiene la función de fomento del respeto a los derechos humanos, y se transforma en un órgano formal de la OEA a partir del protocolo de Buenos Aires de 1970. Entre sus funciones, podemos señalar: 1) puede emitir recomendaciones generales a los Estados miembros; 2) a partir de 1965 puede recibir peticiones individuales por violación de los derechos humanos contra Estados miembros de la OEA y establecer un procedimiento de reparación o presentar el caso ante la Corte Interamericana si el Estado involucrado acepta la jurisdicción de la Corte. A partir de la vigencia de la Convención Americana se distinguen dos subsistemas de protección llevados a cabo por la Comisión: 1) en relación con todos los Estados miembros de la OEA; 2) en relación con los Estados parte de la Convención.

b) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*: es creada a partir de la vigencia de la Convención Americana. Se trata de una instancia jurisdiccional inter-

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC, 10/89, I, A. Court H. R., Serie A, Juicios y Opiniones.

nacional a nivel regional. Tiene dos funciones: 1) *contenciosa*: tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (art. 62 de la Convención Americana); 2) *consultiva*: a pedido de los Estados miembros de la OEA podrá emitir opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados de protección de los derechos humanos en el ámbito americano. Asimismo podrá emitir opinión consultiva sobre la compatibilidad de las leyes internas de los Estados y los mencionados instrumentos internacionales (art. 64 de la Convención Americana), lo que configura el eje del control de convencionalidad. Es el intérprete último de la Convención Americana y ejerce en última instancia el control de convencionalidad.

3. La Corte Interamericana y el control de convencionalidad

Sin perjuicio de que el ex Presidente de la CIDH, Sergio Ramírez, introdujera por primera vez el tema del control de convencionalidad en su voto concurrente en el caso “Myra Mc. Chang vs. Guatemala” y reiterado en los casos “Tibi vs Ecuador”, “López Álvarez vs. Honduras” y “Vargas Areco vs. Paraguay”, el mismo ha sido precisado en sus distintas facetas en el famoso fallo “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, donde expresamente se dice: “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”⁴. En el mismo sentido, la CIDH se va a pronunciar dos meses después en el caso de los “Trabajadores casados del Congreso vs. Perú”, donde como dice Víctor Bazán: “En síntesis, ya no se refirió laxamente a una ‘especie de control de convencionalidad’, sino que aludió expresamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, un control de convencionalidad”⁵.

Allí se establece la obligación jurídica de los Poderes Judiciales internos de los Estados parte de la Convención Americana, en todas sus instancias, ya sea a pedido

⁴ CIDH, Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

⁵ Bazán, Víctor (2013). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. *Revista Contextos*. Universidad de León, 16.

de parte o de oficio, a aplicar el control de convencionalidad, y establecer la incompatibilidad de las normas internas de los Estados parte con la Convención, generando la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, que se ve obligado a modificar su ordenamiento a fin de hacerlo compatible con la Convención de acuerdo a lo establecido en el art. 2º: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Sin perjuicio de la instancia interna en todas sus etapas, la Corte Interamericana ha establecido en su jurisprudencia su carácter de último intérprete de la Convención Americana y, por tanto, quien tiene la última palabra respecto al control de convencionalidad, a pesar de no ser un tribunal de alzada de los tribunales internos, con quienes, especialmente con sus tribunales constitucionales o Cortes Supremas, según el caso, establece más que una revisión de los pronunciamientos internos, una especie de diálogo jurisprudencial a fin de compatibilizar las interpretaciones judiciales.

En suma, según la interpretación de la CIDH, el control de convencionalidad abarca no solo la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno (legislativo, administrativo y jurisdiccional) con la Convención Americana de Protección de los derechos humanos, sino también su compatibilidad con la jurisprudencia de la CIDH en su carácter de intérprete final o último de la Convención. Además, según la misma jurisprudencia de la CIDH, esta compatibilidad abarca no solamente la Convención sino también todos los instrumentos internacionales regionales (Declaración Americana de Derechos Humanos y demás tratados especiales celebrados y ratificados en América), que constituye el *corpus iuris básico* de protección de los Derechos Humanos en la región. Al respecto dice la CIDH en la Opinión consultiva 16/99: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”⁶.

SEGUNDA PARTE

4. La libertad de expresión en el sistema interamericano

4.1. Marco jurídico. La Convención Americana de Derechos Humanos y otras disposiciones

La libertad de pensamiento y de expresión se encuentra regulada en distintas disposiciones jurídicas tanto internacionales como internas de los Estados (constitu-

⁶ CIDH, OC 16/99.

cionales y legales). En cuanto a las segundas no las voy a abordar porque depende de la realidad de cada ordenamiento nacional. En cambio, respecto de las primeras podemos citar, a nivel universal o mundial, el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a nivel regional, el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y especialmente el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Los principales puntos establecidos en el mencionado artículo 13 son los siguientes:

- 1) El contenido de la libertad de expresión tiene dos dimensiones: a) *dimensión individual*, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; b) *colectiva o social*, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada (inc. 1)⁷.
- 2) La prohibición de la censura previa, salvo para la protección moral de la infancia y la adolescencia (incs. 2 y 4).

⁷ Cf. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, N° 13; cf. CIDH, OC 5/85, “La colegiación obligatoria de Periodistas”, párrafos 31 y 32.

- 3) La posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores, fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (inc. 2).
- 4) No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos como ser el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, discriminación en la publicidad oficial, etc. (inc. 3).
- 5) Estarán prohibidos por ley los llamados *discursos del odio*, como ser toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas (inc. 5).

Interpretando este art. 13 de la Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una declaración de principios sobre la libertad de expresión que, en su principio 1, establece: “[...] la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁸. Ahora bien, como sucede con todos los derechos reconocidos en la Convención, no se trata de un derecho absoluto, pues como dice el art. 32.2: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. En concordancia con esto el propio art. 13, inciso 2, si bien prohíbe la censura previa (salvo los casos de protección moral de la infancia y la adolescencia), permite establecer responsabilidades ulteriores fundadas en el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, como también en la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

En cuanto a la relación entre libertad de expresión y democracia, la *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, al referirse al marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, ha señalado que tanto la propia Comisión como la Corte Interamericana, en su primer pronunciamiento sobre el tema en el caso de la opinión consultiva solicitada por Costa Rica sobre la *colegiación obligatoria de periodistas*, ratificado en casos posteriores, han manifestado que *la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática*, al ser indispensable para la formación de la opinión pública⁹. Sin perjuicio de lo dicho, la CIDH en el mencionado fallo ha dicho: “[...] la comparación entre el art. 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestran claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Declaración de principios sobre la libertad de expresión”, 1.

⁹ Cf. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, N° 8 y 13; cf. CIDH, OC 5/85, “La colegiación obligatoria de Periodistas”, párrafos 70, 31 y 32.

diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”¹⁰.

4.2. Marco jurídico. Jurisprudencia de la CIDH

A fin de completar el marco jurídico voy a señalar algunos fallos de la Corte Interamericana en la materia (no puedo abordar todos por falta de tiempo). Este punto es de crucial importancia porque al arrogarse la Corte el carácter de intérprete final de la Convención Americana (como veíamos en el caso “Almonacid Arellano”), la interpretación que hace integra el bloque de convencionalidad (junto con la propia Convención) al que se tienen que adecuar los Estados que la han suscripto conforme lo dispuesto en el art. 2º de la misma. Dicho de otra manera, y para entender la incidencia que el sistema interamericano tiene no solo respecto a la libertad de expresión, sino en cuanto a todos los derechos, es que según la interpretación de la CIDH el control de convencionalidad abarca no solo la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno (legislativo, administrativo y jurisdiccional) con la Convención Americana, sino también su compatibilidad con la jurisprudencia de la CIDH en su carácter de intérprete final o último de la Convención. Además, según la misma jurisprudencia de la CIDH, esta compatibilidad abarca también todos los instrumentos internacionales regionales (Declaración Americana de Derechos Humanos y demás tratados especiales celebrados y ratificados en América), que constituyen el *corpus iuris básico* de protección de los derechos humanos en la región, como ha sostenido en la Opinión Consultiva 16/99: “El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”¹¹.

Para ordenarlos mejor me voy a referir a los principales puntos establecidos en el citado art. 13 de la Convención: 1) Contenido de la libertad de expresión, 2) Censura previa, 3) Responsabilidades ulteriores, 4) Medios indirectos de restricción, 5) Discursos del odio.

4.2.1. Contenido de la libertad de expresión

El primer fallo de la Corte sobre libertad de expresión fue una Opinión Consultiva de 1985 solicitada por Costa Rica respecto de la compatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas con el art. 13 de la CADH. La Corte señaló que “la libertad

¹⁰ CIDH, OC 5/85, “La colegiación obligatoria de Periodistas”, párrafo 50.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC, 16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso penal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1º de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” y remarcó que este derecho tiene dos dimensiones: individual y colectiva o social. La primera se refiere al derecho de toda persona a emitir su opinión sin ser interferido, mientras que la segunda tiene que ver con el derecho de la sociedad a conocer las opiniones o informaciones emitidas por los demás. Ambas tienen que ser garantizadas simultáneamente y, por lo tanto, la afectación de una de las dos dimensiones lleva a la afectación de la otra. Sin perjuicio que los titulares del derecho a la libertad de expresión son todas las personas (*dimensión individual*), reconoce que algunas, como ser los periodistas, hacen de la misma su profesión, lo que no solo redundaría en el derecho del periodista de emitir su opinión o información, sino que permite a la sociedad conocer la variedad de opiniones o informaciones (*dimensión colectiva o social*). Por eso concluyó que la limitación de la colegiación obligatoria de periodistas limita el derecho a la libertad de expresión en sus dos dimensiones, siendo incompatible con la CADH.

“En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios [...] En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”¹².

Al respecto dice Asdrúbal Aguiar: “La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. En otras palabras, ambas dimensiones necesitan de su garantía y tutela simultáneas para evitar regímenes arbitrarios con la supuesta protección de una en detrimento de la otra”¹³. Así lo estableció la CIDH en el caso “Palamara Iribarne c/ Chile”, donde sostuvo que aunque no se prohibiera escribir un libro, la prohibición de su difusión y la incautación de sus ejemplares, en virtud de la indivisibilidad de los actos de expresarse y de difundir, constituían una restricción reflejada, también, en la libertad de expresión.

4.2.2. Censura previa

El principio que surge del art. 13.2 es la prohibición de la censura previa con la sola excepción del caso de la protección moral de la infancia y la adolescencia,

¹² Corte IDH, “La colegiación obligatoria de Periodistas”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafos 31 y 32.

¹³ Aguiar, Asdrúbal (2009). *La libertad de expresión y de prensa*. Miami. Sociedad Interamericana de Prensa, 14.

establecida en el art. 13.4. En virtud de esta excepción hay ciertos contenidos especialmente en las exhibiciones cinematográficas o televisivas que pueden ser vedados a los niños y adolescentes.

En este punto, el caso paradigmático fue el de “Olmedo Bustos c/ Chile, más conocido como “La última tentación de Cristo”. En noviembre de 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile, órgano de aplicación establecido por ley, prohibió la exhibición de la película estadounidense-canadiense de Martín Scorsese, *La última tentación de Cristo*, por ofensiva respecto al mismo Cristo y al espíritu religioso de la mayoría del pueblo chileno (no sé si esas fueron exactamente las palabras pero era la real fundamentación). Esta actuación estaba fundada en la Constitución chilena que en su art. 19, inc. 12, disponía: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”.

Dicha disposición del Consejo de Calificación fue ratificada por un tribunal de apelaciones de Santiago en marzo de 1989. Posteriormente, en noviembre de 1996 ante un nuevo pedido de la productora, el Consejo modificó la calificación por prohibida para menores de 18 años, pero permitiendo su exhibición para adultos. Habiendo sido impugnada la nueva calificación, por algunas personas y grupos católicos, en enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago hizo lugar a la impugnación y dejó sin efecto la nueva calificación. Finalmente, ante una nueva apelación, en este caso de la productora, en junio de 1997 la Corte Suprema la confirmó, ratificando la prohibición original. La CIDH, sin perjuicio de lo resuelto por el máximo tribunal del país, consideró que era un caso de censura previa violatorio de la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el art. 13 de la CADH. Por su parte, no habiendo Chile modificado la Constitución al momento de dictarse la sentencia (febrero de 2001) a pesar de haber sido intimado, sin perjuicio de que a esa fecha ya se había presentado en el Congreso un proyecto de reforma en tal sentido, la CIDH consideró que Chile había incurrido en responsabilidad internacional al haber incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de esta, consagrados en los arts. 1.1. y 2° de la misma¹⁴. Con posterioridad y en cumplimiento con lo dispuesto por la CIDH en su sentencia de febrero de 2001, finalmente el Congreso Nacional de Chile aprueba el proyecto de reforma constitucional en julio de 2001, y mediante la Ley N° 19.742/2001 modifica el art. 19, inc. 12, de la Constitución, por el siguiente texto: “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”, adecuándolo a lo dispuesto por la CIDH en cuanto a la compatibilidad con la Convención. Esto fue reconocido por la propia CIDH mediante sentencia del 28 de noviembre de 2003, donde declara que Chile había dado cumplimiento total a lo ordenado en el punto resolutive 4, que establecía: “El Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La última tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Dere-

¹⁴ CIDH, Caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Serie C, N° 73.

chos Humanos dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas al respecto”¹⁵.

4.2.3. Responsabilidades ulteriores

Como ya dijimos conforme al art. 13.2 de la CADH, la libertad de expresión no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, conforme a la llamada *doctrina o regla de Blackstone*. Las responsabilidades ulteriores las podemos clasificar en: penales (desacato, calumnias e injurias), civiles (resarcimiento de daños) o administrativas (multas, suspensión o cesación de autorización en caso que correspondiera, etc.). Aquí se pueden apreciar las distintas tensiones que pueden existir en torno a la libertad de expresión o de prensa, con el derecho al honor y la reputación de otro particular o con la afectación de bienes públicos como la seguridad, el orden, la salud y la moral¹⁶.

La Comisión Interamericana, en su informe anual de 1994, establece: “[...] la obligación de Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales contra el honor y la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o de respuesta”¹⁷. De esta manera, quedarían excluidas las responsabilidades penales, a fin de contrarrestar el efecto intimidatorio de estas, lo que originaría actos de autocensura, equiparándose en sus efectos a la prohibida censura previa.

Respecto a la jurisprudencia de la CIDH podemos citar cuatro casos: “Herrera Ulloa *c/* Costa Rica” (2004), “Palamara Iribarne *vs.* Chile” (2005), “Kimel *c/* Argentina” (2008) y “Usón Ramírez *c/* Venezuela” (2009). Herrera Ulloa es periodista y había sido condenado por difamación al haber publicado una serie de artículos referidos a supuestas actividades ilícitas del representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria. Palamara Iribarne era un militar retirado que había escrito un libro sobre Ética y servicios de inteligencia, del que se había prohibido su publicación y difusión. Fue condenado por desacato, en virtud de declaraciones críticas que había realizado contra los funcionarios de la justicia penal militar que instruían el proceso en su contra. Kimel es periodista, historiador y escritor y fue condenado por calumnias vertidas en su libro, *La masacre de San Patricio*, contra un juez de la Nación por su actuación judicial en el caso referido en el libro. Por su parte, Usón Ramírez era General de Brigada en Venezuela y fue condenado por injurias contra las Fuerzas Armadas por unas declaraciones que hizo en un programa de televisión. En los cuatro casos consideró que las condenas eran violatorias del derecho de libertad de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH. La CIDH sostuvo que si bien el derecho penal puede ser un medio idóneo para proteger la honra y reputación de las personas, su aplicación debe reducirse a lo mínimo nece-

¹⁵ CIDH, Caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile”, punto resolutivo 4.

¹⁶ Cf. Bertoni, Eduardo Andrés (2008). *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Buenos Aires. Del Puerto, 97.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de 1994, Sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la CADH.

sario en una sociedad democrática, a diferencia de la Comisión, que directamente lo excluía¹⁸.

Especialmente en el caso Kimel sostuvo: “La Corte ha señalado que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano [...] Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica solo respecto a los hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”¹⁹. Con posterioridad al fallo, la Ley N° 26.551 de Argentina eliminó la sanción penal para expresiones sobre temas de interés público, manteniéndola en el resto de los supuestos, pero ya no como prisión, sino como multa.

Como antecedente podemos citar la *doctrina de la real malicia* elaborada por la Corte Suprema de USA en el célebre caso “New York Times vs. Sullivan”, de 1964 (a propósito de una solicitada publicada por activistas de los derechos civiles partidarios de Martin Luther King contra la Universidad de Alabama y la policía de la ciudad de Montgomery, donde Sullivan era comisionado a cargo de la misma). En dicho fallo dijo el juez Brennan: “[...] las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”.

Tomando en cuenta la definición de la real malicia que hace el juez Brennan, podemos señalar los siguientes elementos: 1) el carácter de funcionario o figura pública del sujeto pasivo de la imputación; 2) el conocimiento de la falsedad o la temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación por el sujeto activo; 3) la distinción entre afirmaciones de hechos y opiniones que desarrolla plenamente en el Caso “Gertz”, donde señala que la Primera Enmienda protege todas las opiniones, pero no protege expresiones falsas sobre hechos²⁰. Esto se fundaría en que los funcionarios públicos o las personas particulares que actúan públicamente se encuentran voluntariamente más expuestas a la crítica y que esta es una pieza fundamental para la formación de la opinión pública. Por lo tanto, no estaría solamente involucrado el derecho individual del periodista o comunicador sino el derecho colectivo o social de toda la comunidad de acceder a la información o a la pluralidad de opiniones al respecto.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de 1994, Sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la CADH.

¹⁹ CIDH, Caso “Kimel c/ Argentina”, 2 de mayo de 2008, párrafos 63 y 93.

²⁰ Cf. Bertoni, Eduardo Andrés (2008). *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Ob. cit., 150.

4.2.4. Medios indirectos de restricción

El art. 13.3 de la CADH establece que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Al respecto, la CIDH consideró que la mencionada enunciación no era taxativa o cerrada, sino meramente enunciativa y abierta, permitiendo incluir otros casos de medidas indirectas contrarias a la Convención Americana. Tal es el caso de “Baruch Ivcher Bronstein *c/* Perú”, de 2001. El señor Ivcher Bronstein, israelí nacionalizado peruano, era accionista mayoritario y director del Canal 2 de Perú. En un programa del canal llamado *Contrapunto* se criticaba fuertemente a las Fuerzas Armadas por casos de torturas y de corrupción. El Poder Ejecutivo dictó un decreto que permitía revocar la nacionalidad de personas extranjeras nacionalizadas peruanas, y en consecuencia le revocaron la nacionalidad peruana a Ivcher. Como en Perú se prohibía por ley que los extranjeros fueran propietarios de medios de comunicación, le impidieron a Ivcher ser accionista del canal y debió transferir las acciones. A su vez, las nuevas autoridades del canal levantaron el programa *Contrapunto* crítico al gobierno y no permitieron la continuidad de los periodistas que lo realizaban. Al respecto dice la Corte al condenar al Perú: “Asimismo es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad [...] En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa *Contrapunto* del Canal 2 de la televisión peruana [...] al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y al excluir a los periodistas del programa *Contrapunto*, el Estado no solo restringió el derecho de estos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos de recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”²¹.

4.2.5. Discursos del odio

Por último, conforme al art. 13.5 de la CADH, estarán prohibidos por ley los llamados *discursos del odio*, como ser toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituyan incitaciones a la violencia contra cualquier persona o grupo de personas. Está pacíficamente aceptada la distinción entre discursos simplemente protegidos, especialmente protegidos y no protegidos. Los simplemente protegidos son, en principio, todos los discursos o expresiones que no entran en las calificaciones especiales. Los especialmente prote-

²¹ CIDH, Caso “Baruch Ivcher Bronstein *vs.* Perú”, 6 de febrero de 2001, párrafos 150, 162 y 163.

gidos son los discursos políticos o referidos a funcionarios públicos o de interés público. Por último, los no protegidos son los expresamente excluidos por la Convención. Los llamados discursos del odio se tratan claramente de discursos no protegidos por la Convención Americana (art. 13.5), lo mismo que el caso de la pornografía infantil (art. 13.4).

Ahora bien, esto que parece claro genera algunas dificultades en cuanto a su interpretación y aplicación. La primera dificultad es si en los discursos del odio como discursos no protegidos estamos frente a un caso de censura previa o que solamente genera responsabilidades ulteriores. Al respecto, podemos citar a Eduardo Andrés Bertoni, ex relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana: “En primer lugar, hay una discrepancia entre las versiones en inglés y castellano del art. 13.5. En inglés, el texto dice que los discursos de odio *‘shall be considered as offenses punishable by law’* (una traducción cercana puede ser: ‘serán considerados como ofensas sujetas a castigo por la ley’). Esto sugiere que los recursos de odio solo pueden ser regulados a través de la posterior atribución de responsabilidad. En castellano, en tanto se utiliza la palabra ‘prohibir’, queriendo decir que los discursos de odio deberían estar prohibidos por la ley, y ello sugiere que la censura de los discursos de odio podría ser posible. Para resolver esta diferencia es necesario referirse a los medios de interpretación del derecho internacional. La Convención de Viena establece que todo el texto del artículo puede ser utilizado para entender su significado. Si se considera todo el texto del artículo 13, parece claro que el párrafo 5 está relacionado con el párrafo 2, que habla de la atribución de responsabilidades. Esta interpretación también fue apoyada por la Corte Interamericana, la cual estableció que la censura solo es permitida para los propósitos establecidos en el párrafo 4. Los discursos de odio, por lo tanto, deberán estar regulados al igual que las demás áreas de expresión en el párrafo 2. Esto es, a través de la posterior atribución de responsabilidades”²².

La jurisprudencia de la CIDH que cita es la OC 5/85, sobre la colegiación obligatoria, párrafo 5, a la que podemos agregar especialmente el fallo respecto al caso de “La última tentación de Cristo”, que dice: “Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión”²³.

La segunda dificultad es delimitar los alcances de los discursos del odio y fijar cuáles son los contenidos. La CIDH ha establecido como cuestión central la incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional), que debe estar sujeta a una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona tenía la clara intención y la posibilidad de cometer un crimen y no solo emitiendo una opinión por dura

²² Bertoni, Eduardo Andrés (2008). *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Ob. cit., 183.

²³ CIDH, Caso “Olmedo Bustos c/ Chile (la última tentación de Cristo)”, 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

que fuera. De lo contrario, se estaría dando la posibilidad de sancionar opiniones incluso radicalmente opuestas al orden establecido. Se sostiene que en una democracia las instituciones se fortalecen gracias al debate público sobre su funcionamiento y no sobre su supresión. Incluso aclara que la invocación al orden público no puede ser realizada para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real un derecho garantizado por la Convención Americana, sino solo para limitarlo conforme a una interpretación estricta ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana²⁴.

Según el citado Bertoni, siguiendo la jurisprudencia del TEDH y de la ONU, para que estemos en presencia de un discurso del odio deben darse los siguientes principios: 1) el propósito de instigación a la violencia. Para determinarlo es necesario analizar el lenguaje. Así el TEDH distingue entre el lenguaje que explica actividades terroristas y el lenguaje que las promueve; 2) el contexto en el cual se realiza la expresión. El TEDH ha señalado que las autoridades nacionales tienen un “margen de apreciación” mayor si las expresiones se refieren a asuntos de seguridad nacional; 3) la causa, en tanto que el discurso pueda ser causa probable o indirecta de ocasionar un daño, aún en el caso que no lo produzca²⁵.

4.2.6. Síntesis del desarrollo jurisprudencial

A modo de síntesis final del desarrollo jurisprudencial sobre libertad de expresión, voy a remitirme a la que realiza Asdrúbal Aguiar en su libro, *La libertad de expresión y de prensa*:

- a. La prohibición de la colegiación obligatoria de los periodistas y de la imperinencia del criterio de veracidad informativa, como intento justificativo de la censura por el Estado (OC 5/85, párrafo 77).
- b. El carácter indivisible de la expresión y de la información, a cuyo efecto la restricción indebida de una implica a la otra y viceversa (Caso “Palamara”, párrafo 72).
- c. El derecho de acceso a la información y su atadura al principio de máxima divulgación por el Estado (Caso “Claude Reyes”, párrafos 76, 77 y 92).
- d. El fin legítimo que han de acusar las restricciones a la libertad de expresión y su disposición solo mediante ley formal y material (OC 6/86, párrafo 18).
- e. La pluralidad de medios y la prohibición de los monopolios (OC 5/85, párrafos 34 y 56).
- f. La prohibición de las leyes de desacato, por innecesarias en una democracia (Caso “Palamara”, párrafo 88).
- g. El derecho de rectificación y respuesta (OC 7/87, párrafos 23, 27 y 33).

²⁴ Cf. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, N° 58; cf. CIDH, OC 5/85, “La colegiación obligatoria de Periodistas”, párrafo 77.

²⁵ Cf. Bertoni, Eduardo Andrés (2008). *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Ob. cit., 182.

- h. El carácter crucial de la libertad de expresión en democracia, y la protección mayor de las opiniones e informaciones que afectan a los funcionarios públicos, en especial durante las campañas electorales (Caso “Canese”, párrafos 90 y 102).
- i. La responsabilidad social de los medios de comunicación social y la ética profesional del periodista.
- j. La lucha contra la impunidad y el deber de protección de la vida e integridad de los periodistas.
- k. El derecho a la verdad, al silencio, al uso de la lengua, a la expresión procesal y penitenciaria.

Hasta aquí el desarrollo del cuadro de situación, lo más descriptivo posible, de la libertad de expresión en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. Quedan varios temas importantes que no he tenido tiempo de abordar, como el derecho de rectificación o respuesta, la pluralidad de medios, o la ética del periodismo, entre otros, pero por razones de tiempo me concentré en los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Convención. A continuación, para terminar, haré algunas breves reflexiones personales.

TERCERA PARTE

5. Algunas reflexiones finales

5.1. El hombre es libre. Su libertad está fundada en su racionalidad, lo mismo que su politicidad, por la cual el hombre libre no está solo, aislado, sino que vive en comunidad junto a sus semejantes, con sus derechos y también con sus deberes, con miras al bien común, como bien de la comunidad y de la propia persona. Allí reside su dignidad y merece y exige ser tratado como tal. En consecuencia, puede obrar libremente conforme a la teoría del acto voluntario, sin perjuicio de ser responsable de los mismos, frente a sí mismo y a los demás. Ahora bien, esta libertad no es absoluta, sino limitada, moral, política y jurídicamente, en orden al fin personal (bien personal) y comunitario (bien común) que se encuentran íntimamente involucrados y complementados.

Esto que es aplicable a la libertad en general, es igualmente aplicable a las libertades en particular, entre las que se encuentra la libertad de expresión. Por lo tanto, esta libertad, como todas las libertades, se funda en la naturaleza racional del hombre en la que reside su dignidad, como vimos. Así como tiene libertad de conciencia o de pensamiento, también tiene libertad de expresarse como correlato necesario, de la misma manera que tiene libertad de movimiento. Ahora bien, si la libertad del hombre no es absoluta sino limitada como señaláramos, de la misma manera será respecto de la libertad de expresión. Al respecto, manifiesta el Ex Juez de la Corte Interamericana, Dr. Asdrúbal Aguiar: “La libertad de expresión y prensa, al ser no solo una exigencia para el desarrollo de la personalidad sino parte vertebral de la experiencia democrática, no cabe asumirla, pues, como un absoluto y tampoco como un objeto de simple recreación personal introspectiva, extraña a

los otros: ‘no es un derecho absoluto’, pues [...] el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión”²⁶. Es interesante hacer notar que el autor citado relaciona las restricciones o limitaciones de la libertad de expresión (aunque muy acotadas) con su carácter de parte vertebral de la democracia, al contrario de lo que se suele suponer respecto a que en democracia la libertad de expresión no tiene que estar sujeta a ninguna restricción.

Entonces, todas estas libertades, junto con otras, están sujetas a limitaciones y restricciones justas en orden al bien común. Para eso, tenemos que considerar al hombre, no como un sujeto aislado o marginal, sino integrado en una comunidad política, a través de las comunidades intermedias. En consecuencia, las libertades nunca pueden considerarse en la sola individualidad, sino justamente integradas en la comunidad mediante relaciones de justicia, tanto general o legal, como particular, tanto distributivas como conmutativas.

5.2. Esto de alguna manera, y con un lenguaje más subjetivista propio de los derechos humanos, está receptado en la Convención, tanto respecto de los distintos derechos como específicamente de la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como colectiva o social, tanto respecto a su ejercicio como a sus limitaciones o restricciones y respecto a estas tanto las referidas a los derechos de otro particular como las referidas directamente a la seguridad, el orden, la salud y moral pública, en última instancia al bien común (art. 13 CADH).

El problema crucial se da fundamentalmente en la interpretación y posterior aplicación de estos tratados o convenciones, cuyos derechos son directamente operativos, más allá y por encima de las leyes. Justamente al estar receptados en textos de textura abierta que a diferencia de las normas no se encuentran cerrados en un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica, sino que esa referencia abierta hace necesaria y fundamental la hermenéutica o interpretación que hace principalmente el juez y especialmente el juez constitucional o los tribunales internacionales. Aquí justamente es donde surgen algunas cuestiones discutibles según cómo sea la interpretación que se haga de cada uno de los textos. Veamos ahora algunos casos.

5.3. Según el art. 2º de la Convención, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las *medidas legislativas o de otro carácter* que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Del texto se desprende, en primer lugar, que en caso de incompatibilidad de las leyes con la Convención, el Estado parte debe tomar las *medidas legislativas* modificando las leyes, adecuándolas a lo establecido por el tratado mencionado. También se refiere a *medidas de otro carácter*, como por ejemplo cuando se trate de otras normas inferiores, prácticas o actos de otros poderes del Estado. Ahora bien, esta adecuación ¿abarca también a la Constitución? Las medidas a las que se refiere el artículo ¿incluyen las reformas constitucionales? Según la interpretación de la CIDH en el caso de “La última tentación

²⁶ Aguiar, Asdrúbal (2009). *La libertad de expresión y de prensa*. Ob. cit., 18.

de Cristo”, al que nos referimos ut-supra, la Constitución forma parte del derecho interno como la norma fundamental del mismo y como tal también debe adecuarse a la Convención Americana y en caso de que alguna disposición constitucional la contrarie debe ser modificada tal como se resolvió y se llevó a cabo en el citado caso, donde vemos la incidencia directa del sistema interamericano respecto del derecho interno de los Estados.

Esto nos lleva a una situación de difícil resolución. Por un lado, la Constitución es parte del derecho interno, su instancia suprema, con lo que pareciera que como todo el derecho interno, debe adecuarse a la Convención en virtud al consentimiento internacional realizado por el país, como acto soberano al ratificar el tratado e incorporarlo a su ordenamiento jurídico, por lo que todo incumplimiento de lo dispuesto por el tratado generaría la responsabilidad internacional del Estado parte incumplidor. Sin embargo, por otro lado, como sucede en nuestro país, los tratados incorporados a la Constitución y los que en el futuro se incorporen tienen *jerarquía constitucional*, equiparándolos a la propia Constitución. Ahora bien, si en caso de conflicto entre una disposición de la Constitución y la Convención la primera debe ceder ante la segunda, estos tratados ¿tienen jerarquía constitucional o, más bien, supraconstitucional? Y, en ese caso, ¿dónde queda la supremacía de la Constitución? Además, ¿qué sucede cuando la incompatibilidad no es necesariamente entre ambas normas, sino entre la Constitución y cierta interpretación de la misma y de la Convención que realiza la CIDH? En el caso de referencia, sin entrar a analizar si la disposición constitucional en cuestión era violatoria de la Convención o no (a lo que me referiré en el punto siguiente), con carácter previo a lo resuelto por la CIDH produce una transformación del derecho del país en cuestión, especialmente de su derecho constitucional, afectando la supremacía de la misma Constitución, frente a un poder (en este caso, jurisdiccional) extraconstitucional en tanto que internacional, sin perjuicio de que la reforma constitucional que se haga después se realice a través de un acto soberano o se hubiera hecho de todas maneras aunque no hubiera habido condena.

Quizás un principio de solución al dilema planteado sea el alcance que se le dé al llamado *diálogo jurisprudencial interjurisdiccional*, reconocido tanto por la CIDH como por las distintas Cortes supremas y tribunales constitucionales de los distintos Estados parte. Diálogo que tiene que ser recíproco, dado que la CIDH no es una instancia superior de revisión de las decisiones de los tribunales supremos de los Estados nacionales. Además tiene que ser un diálogo cooperador e integrador entre las jurisprudencias de los distintos tribunales superiores, cada uno en su jurisdicción, en la interpretación *pro-homine* o *pro-persona* de los derechos humanos reconocidos y garantizados tanto por las Constituciones de los Estados parte como por la Convención Americana. En suma, el deber de cumplir con las decisiones de los tribunales internacionales no debería conducir a la aplicación ciega de la jurisdicción internacional, sino también a señalar sus disidencias y observaciones. Así como la jurisprudencia constitucional de los Estados parte se transforma y modela con los desarrollos del derecho internacional, también la jurisprudencia interamericana debe considerar adecuadamente la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema.

5.4. Como vimos, la CIDH en el fallo sobre la colegiación obligatoria de periodistas ha dicho: “[...] la comparación entre el art. 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestran claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”²⁷. Esto es así porque la Convención Europea, a diferencia de la Americana, permite tanto restricciones previas como sanciones posteriores siempre que estén previstas por la ley, responda a intereses legítimos y sea necesaria para la protección de esos bienes públicos. Incluso reconoce cierto margen de apreciación nacional (no reconocido en América), aunque con supervisión del TEDH²⁸. Al respecto, podemos citar los casos “Handsyde”, de 1976, donde se consideró que el secuestro y prohibición de publicar un libro, con contenidos que según el Estado afectaban la moral de los jóvenes, eran necesarios; “Sunday Times”, de 1979, en el que se consideró injustificada la prohibición de publicación de artículos por la ingestión de talidomida por existir un proceso judicial pendiente en el que se discutía sobre la responsabilidad y la negligencia de la compañía farmacéutica Distillers; y en “Lingens”, de 1986, en el que tampoco se consideraron justificadas restricciones referidas a críticas de funcionarios públicos aunque pudieran afectar su reputación personal²⁹.

Respecto a las restricciones previas el Tribunal Europeo, en el caso “Otto-Preminger-Institut vs. Austria”, de 1994, dijo: “Resulta de lo anterior que en principio puede juzgarse necesario en ciertas sociedades democráticas sancionar o aún prevenir los ataques injuriosos contra objetos de veneración religiosa, proveyendo siempre a que la imposición de tal ‘formalidad’, ‘condición’, ‘restricción’, o ‘sanción’ sea proporcionada al legítimo fin perseguido [...] el Tribunal no puede obviar el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tirolese. Al retirar la película, las autoridades austriacas han actuado para proteger la paz religiosa en esta región Y para impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva. Es competencia, en primer lugar, de las autoridades nacionales mejor situadas que el juez internacional, la evaluación de la necesidad de semejantes medidas a la luz de la situación existente en el plano local en una época concreta. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, el Tribunal no estima que las autoridades austriacas puedan ser reprochadas de haberse excedido en el margen de apreciación al respecto”³⁰. En el mismo sentido podemos citar los casos “Wingrove vs. Reino Unido”, de 1996, y “Muller vs. Suiza”, de 1998. Podemos ver que, a diferencia de la CIDH, en el caso similar de “La última tentación de Cristo”, el TEDH considera, creo que con razón, que pueden ser necesarias las medidas preventivas contra ataques injuriosos de bienes u objetos religiosos que puedan afectar la sensibilidad religiosa de gran parte de la comunidad, como ocurrió en los citados casos. Como podemos apreciar, dos sistemas de protección regional

²⁷ CIDH, OC 5/85, “La colegiación obligatoria de Periodistas”, párrafo 50.

²⁸ Cf. Bertoni, Eduardo Andrés (2008). *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Ob. cit., 100.

²⁹ Cf. *Ibidem*, 102.

³⁰ TEDH, caso “Otto-Preminger-Institut vs. Austria”, de 1994, N° 295.

de derechos humanos resuelven de forma distinta la cuestión de las restricciones preventivas, otorgando mayor participación al margen de apreciación nacional, o no. Esto no quiere decir que un sistema sea más pro derechos humanos que el otro.

Frente a esta situación es interesante la doctrina de la *tutela judicial preventiva*. Al respecto, Fernando Toller se refiere a la misma como parte (junto con la tutela judicial posterior) de la *tutela judicial efectiva* (siendo justamente el tema de su tesis doctoral). En este sentido, afirma que la tutela judicial preventiva procedería no en general sino contra determinados casos de ejercicio indebido o abusivo de la libertad de expresión por informaciones falsas (excluye las opiniones), en los que sobreviniendo un perjuicio grave sobre un derecho fundamental de otro (honor, intimidad, etc.), o respecto al orden público o la seguridad del Estado, no puede ser subsanado con una reparación posterior luego de producido el daño³¹. Además, sostiene: “[...] esta vía de tutela jurisdiccional no es equivalente a la censura previa administrativa (un instituto donde la Administración revisa previa, obligatoria y sistemáticamente, lo que se va a difundir); ambas instituciones guardan aparentes analogías, pero son cualitativamente distintas y en absoluto deben ser equiparadas, ya que en un caso se trata de la satisfacción de al menos un derecho fundamental (si no de varios), y en otro, de una institución creada y utilizada para maniar las libertades”³².

Al respecto dice Pedro Serna: “Puede afirmarse, sin temor a exagerar, que doctrinas como la *actual malice*, con los problemas de prueba que presenta, y la regla de Blackstone separada de su contexto originario, entendida además como norma y no como principio, y concebida como inexcusable, constituyen los pilares jurídicos que hacen que la metáfora del ‘cuarto poder’ se haya convertido en una descripción rigurosamente exacta del actual estado de cosas, que va mucho más allá de lo imaginado por los teóricos clásicos de la libertad de prensa y de la interdicción de la censura previa administrativa, que era lo que tenía en la mira Blackstone [...] naturalmente, no pretendo aquí desconocer o minimizar el valor de las importantes contribuciones que la actividad de los *media* han proporcionado y proporcionan a muchas democracias contemporáneas, especialmente en la lucha contra la corrupción de los políticos y de los funcionarios. Sin embargo, tampoco parece razonable descalificar sin más a quien trata de introducir el debate acerca de los posibles abusos de los empresarios y profesionales de la comunicación, planteando la eventual indefensión de los ciudadanos o del propio Estado, y estudiando los posibles remedios jurídicos para evitarla. Que las dictaduras hayan tratado siempre de controlar a los medios no autoriza a considerar antidemocrática cualquier propuesta de solución jurídica que considere eventuales excepciones a la doctrina de las restricciones previas”³³.

En lo personal, me parece mejor y más justo el sistema europeo que admite las restricciones previas siempre que estén previstas por la ley, responda a intereses legítimos y sea necesaria para la protección de esos bienes públicos y respeta el margen de apreciación nacional, como también la doctrina de la tutela judicial pre-

³¹ Cf. Toller, Fernando (1999). *Libertad de prensa y tutela judicial preventiva*. Buenos Aires. La Ley, 1 y sigs.

³² *Ibidem*, 4.

³³ Serna, Pedro (1999). *Prólogo del libro: Libertad de prensa y tutela judicial preventiva*, de Fernando Toller. Buenos Aires. La Ley, XVII.

ventiva, en la cual esta prevención la hagan los jueces (y no un burócrata o el poder político) salvaguardando las garantías de todos.

5.5. En cuanto a las responsabilidades ulteriores y a la eliminación de las responsabilidades penales por considerarlas intimidatorias y generadoras de autocensura, lo que no queda claro es que si el objeto es evitar dicha intimidación, muchas veces una reparación civil millonaria puede tener un efecto intimidatorio mayor que una sanción penal que muchas veces no es de cumplimiento efectivo, sino en suspenso. Por otro lado, sin duda que los funcionarios públicos y las personas que actúan en asuntos de interés público se encuentran más expuestos a la crítica y que esta es parte esencial de la función periodística que necesita ser protegida por ley, pero de ahí a la eliminación total de las responsabilidades penales, hay un gran trecho y muchas posibilidades intermedias. Quizás a esta altura de los acontecimientos es pacífica la aceptación de la eliminación de las leyes de desacato respecto a las expresiones sobre funcionarios públicos, pero distinto es el caso de calumnias o injurias, donde si bien esta responsabilidad tendría que ser considerada en forma restrictiva, esto no tiene que convertirse en el otorgamiento de un *bill de indemnidad*, que habilite a expresar cualquier cosa sin ninguna consecuencia. En estos casos, uno piensa en la prensa seria, independiente y responsable, que no sería común que caiga en estos extremos y es necesario que encuentre protección legal, pero también todos conocemos la existencia de una prensa “amarilla”, que vive de los escándalos, sin ningún reparo, incluso traspasando muchas veces los límites entre la vida pública y la vida privada de las personas públicas. Para juzgar esta dimensión ulterior de la responsabilidad por las expresiones de unos frente al derecho al honor o reputación de otros se encuentran los jueces y no el poder político de turno, lo que hace estrictamente necesaria la independencia del Poder Judicial.

5.6. Respecto de los discursos del odio, si bien se encuentran prohibidos y, por tanto, no serían protegidos por la Convención, según la interpretación mayoritaria los mismos solo estarían sujetos a responsabilidades ulteriores no pudiendo ser objeto de censura previa. Como vimos en el punto 5.4. cuando nos referimos al tema de la censura previa, estos discursos podrían caer en el caso de la tutela judicial preventiva y del margen de apreciación nacional (me remito a lo dicho). Por su parte, en el sistema europeo sí se prevé la restricción preventiva, por ejemplo, la Comisión Europea acepta fuertes restricciones de expresiones favorables al régimen nacional socialista como uno de los casos de discursos del odio. Lo mismo sucede con los casos de discursos terroristas, etc.

5.7. *¿Es siempre valiosa la existencia de “más expresión”?* Así se pregunta en un artículo Roberto Gargarella, un filósofo político y del derecho, además de constitucionalista argentino, discípulo de Carlos Nino, pero hoy con vuelo propio, que no es justamente un conservador, sino más bien, un liberal progresista. Al respecto cuestiona la validez del supuesto principio general de que siempre es mejor más expresión que menos. La primera objeción que plantea proviene del feminismo radical (Catharine MacKinnon), que afirma que el material pornográfico causa daño a las mujeres al “aumentar las actitudes y conductas de discriminación masculina, en

formas violentas y no violentas”. La segunda objeción es de Owen Fiss, para quien existen discursos que degradan, quitan respetabilidad y autoridad a la palabra de otros y, en tal sentido, terminan por erosionar nuestra capacidad de crecer por medio del diálogo (especialmente se refiere a los llamados “discursos del odio”), concluyendo que la idea de tener “más discursos” o, más específicamente, la de abrir la puerta a todo tipo de discursos ha implicado finalmente una pérdida y no una ganancia. “Más discurso”, en tal sentido, puede ser menos y no más. Terciando en el debate Gargarella afirma: “[...] es cierto que tenemos buenas razones para rechazar la idea conforme a la cual *‘la mejor política en materia de expresión es la no política’* [...] sin embargo, ello no nos lleva a mirar con buenos ojos toda política limitativa de la expresión; es claro que nos encontramos en una de las áreas más sensibles para el mantenimiento de una valiosa vida en común, por lo que necesitamos ser muy cuidadosos con las regulaciones que aconsejemos para esta área, y con los riesgos posibles derivados de ellas”³⁴.

En suma, efectivamente considero que el problema no es cuantitativo, sino cualitativo. Hoy con la aparición de internet y las redes sociales hay un exceso de información y de opinión, sin que la cuestión pase por regular la cantidad (sería como pretender tapar el sol con la mano), sino más bien por mejorar el nivel o calidad de la misma. Esto no quiere decir que eso lo tenga que hacer un burócrata, o un comisario del pensamiento que responda al poder de turno, sino más bien lo tiene que hacer la sociedad, privilegiando algunos contenidos y descartando o relegando otros (prensa amarilla, TV basura, etc.), algo que lamentablemente no siempre se hace. Sin perjuicio de que algunas expresiones no protegidas (ofensas a la religiones o símbolos patrios, discursos del odio, pornografía por internet, etc.) sean restringidas ya sea en forma previa (como sucede en Europa), mediante una tutela judicial preventiva o calificación de algunos contenidos (cinematográficos, videos, etc.), o posterior (como además de Europa sucede en América), mediante la aplicación de responsabilidades ulteriores, tanto penales si correspondiere (cada vez más restringidas), como civiles o administrativas, respetando las garantías de todos. Ahora bien, para hacerlo el criterio no puede provenir del más puro y duro individualismo, considerando simplemente los derechos en pugna o tensión entre sí (teoría del conflictivismo de derechos), que se debe resolver mediante la prevalencia de unos sobre otros, sino que tiene que ser el criterio de la justicia, que no se agota en la justicia particular (distributiva o conmutativa), que equilibra los derechos individualmente considerados, sino que se incluye en la justicia legal que los armoniza, por la cual todos y cada uno de estos derechos se ordenan al bien común, sin que esto signifique su supresión o desnaturalización, sino más bien su más pleno ejercicio.

³⁴ Gargarella, Roberto (2011). “Constitucionalismo y libertad de expresión”. En Ávila Ordoñez, María Paz; Ávila Santamaría, Ramiro y Gómez Germano, Gustavo (editores). *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Quito. ONU, 45 a 47.