

Libertad de expresión y sus razones. O las teorías de por qué defenderla

*Damián Loreti**

Introducción

Dice David Allen¹ que los académicos que trabajan temas de teorías de libertad de expresión se enfrentan a un grave asunto: "Los estudiantes han aprendido a responder cuestiones de libertad de expresión siempre con la respuesta correcta. Esa respuesta impasible luce más como reflejo de un conjunto de ideas agonizantes que como un instrumento vital para la creación de sociedades más justas. Es como si ellos supieran las palabras y el tono de la canción pero tienen poco entendimiento respecto de por qué la canción fue escrita o cómo esa canción puede ser útil para sus experiencias de vida. Y, cuando se cruzan con cuestionamientos difíciles, ellos buscan las respuestas legales fáciles en lugar de enfrentarse con decisiones dificultosas desde el punto de vista ético, las que requieren un entendimiento de la idea de la libertad de expresión que excede largamente aquello que es habitualmente necesario en el terreno legal".

Esta descripción del modo de razonar y responder de los estudiantes es –nos parece– reflejo de un problema mayor relacionado con el grado de confortabilidad con la calidad de las discusiones sobre la importancia de la libertad de expresión.

Entender a la libertad de expresión como un derecho humano fundamental, indispensable, obliga indefectiblemente a interrogarnos, y a hacerlo de modo cotidiano,

Es sustantivamente importante insistir en confrontar las premisas con la realidad a fin de saber cuál de las garantías que encierra no está suficientemente reconocida o garantizada, en los hechos y en el derecho, como un derecho humano.

¹ UBA . E-mail: dloreti@sinectis.com.ar

En concreto, estamos asumiendo que la extensión y universalidad del reconocimiento a la libertad de expresión están (o deberían estarlo) en permanente— en un *continuum* podríamos decir —tensión para ser defendida para no retroceder, por una parte y extendida en su intensidad y cantidad de personas amparadas, por otra.

En este sentido, quizá falte aún mucha discusión sobre este tema. Sobre libertades y sus alcances

En este contexto, por supuesto que faltan muchas respuestas, pero sobre todo es posible que aún los actores de la doctrina y la academia tengamos que imaginar muchas y nuevas preguntas.

Por esas mismas cuestiones es que el mismo David Allen, en su capítulo "Freeing the First Amendment" (Haciendo libre la Primera Enmienda), señala como desafío asumir que un... "nuevo paradigma, con una mirada más escéptica, de la expresión o el discurso ve a la libertad de expresión limitada en su alcance, como una herramienta o instrumento para la legitimación del *status quo*".

Podríamos compartir con él que están en crisis las bases mismas de aquello que trata de defenderse.

Estas circunstancias nos convocan a reflexionar y tratar de llegar hasta el mismo centro de la cuestión.

Breve estado de situación

Los primeros años del milenio han exhibido una fuerte convicción de la necesidad de asentar instituciones y principios de los derechos humanos en forma inalienable y con vocación de permanencia, con una demanda hacia las instituciones y hacia los sistemas supranacionales como pocas veces se imaginó antaño.

Ello ha importado, por ejemplo, el crecimiento de las presentaciones ante instancias nacionales e internacionales en los más diversos tópicos y la toma de razón por los estados de las consecuencias de fallos y recomendaciones.

Estos tópicos o temáticas incluyeron, por supuesto, al derecho a la libertad de expresión, a la información y a la comunicación, con una agenda ampliada respecto de lo que tradicionalmente se reconocía sobre estas cuestiones, y que llevó desde la crítica a la penalidad de la expresión difundida, al acceso a la información pública y de interés público, a la inclusión dentro de tales estándares a la protección física y material de periodistas y otras personas que toman la voz pública, entre ellos los defensores de derechos humanos.

Lo propio ha ocurrido respecto de la búsqueda de pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos respecto de la necesidad de la protección y promoción del pluralismo y la diversidad.

Este listado de temas permite poner bajo análisis varias cuestiones:

Una de ellas es profundizar —o bien poner sobre el tapete— cuáles son las razones por las que, histórica y contemporáneamente, se ha entendido necesaria la protección de la libertad de expresión.

Otra de ellas también fundamental, pero que no abordaremos en estas páginas, hace a cuál es el rol que deben cumplir los estados en relación con la protección y respeto a la libertad de expresión a fin de considerar si satisfacen los estados sus obligaciones solo absteniéndose o tienen —frente a la comunidad internacional que los escruta política e institucionalmente— en el concierto de las garantías de los derechos humanos algunas obligaciones de prestación que sean el reaseguro de la universalidad de su ejercicio.

Invito, entonces, a que trabajemos sobre los fundamentos de por qué es importante —suponemos que no concluiremos lo contrario— proteger la libertad de expresión.

Algo de historia

Para algunos sectores que privilegian las definiciones omnicomprendivas de la libertad de prensa (es decir que alcanzan para amparar el derecho de acceso a la información, el secreto profesional periodístico y la no discriminación de la publicidad oficial, entre otros muchos aspectos), la actitud de los estados debe basarse en garantías u obligaciones de abstención.

Parten de la concepción más antigua del derecho a la libertad de prensa basada en la libertad opuesta a la Corona sobre fines del siglo xvii, por la que no sólo el rey tendrá voz pública. También reclamarán que la tengan quienes cuentan con los medios económicos para hacer conocer sus opiniones y que no sufran procesos de revisión previa a la publicación. Es decir, nace la libertad de prensa como garantía de no censura al ejercicio de tomar la palabra frente al trono.

Ejemplos de este tipo de proceso histórico resulta la English Licensing Act por la que la corona británica admite la instalación de imprentas sin autorización previa, la Declaración de los Derechos y Deberes del Ciudadano de la Revolución Francesa, la Declaración de Derechos de Virginia, la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y el resto del movimiento constitucionalista demoliberal del siglo xix.

En efecto, la constitucionalización de la libertad de expresión tiene su preámbulo en la Declaración de Derechos de Virginia. Consta de dieciséis secciones, de las cuales dedica la número 12 a la libertad de prensa: "Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida a no ser por gobiernos despóticos".

Esta sección se adjetiva con la característica de pragmática. En la misma línea se presenta la Primera Enmienda de la Constitución Americana: "El Congreso no expedirá ley alguna en relación con el establecimiento de alguna religión, o prohibiendo el libre ejercicio de ellas; o limitando la libertad de palabra, de la prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente, y pedir al Gobierno el enderezamiento de injusticias".

Mucho más rica en matices es la formulación francesa de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo 10 de la misma se refiere a que "Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no turbe el orden público establecido en la ley". Después de citar la libertad a expresar la opiniones con el límite de la ley, el artículo 11 establece: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley".

Tras las revoluciones de 1848 el modelo del Estado liberal se abre lentamente a la información, siendo determinante en este proceso de apertura la figura de Mill que, en su obra *Sobre la Libertad*, concede un lugar central a la libertad de expresión.

Un siglo más tarde

"El sentido clásico de la libertad de expresión será superado por los modelos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial: el concepto de libertad de información viene a sustituir al concepto de libertad de prensa, reflejando la necesaria evolución que demandaba la aparición de nuevos medios de comunicación, aunque la transformación operada es más profunda. El nuevo contenido de la libertad se amplía: lo que trae como consecuencia que del individuo predominantemente emisor (derecho de expresión del pensamiento) se pase a considerar al individuo –en la sociedad– como predominantemente receptor (derecho a ser informado). La libertad de información tiene un nuevo destinatario – la colectividad – y cumple una función distinta –la formación de la opinión pública–. Y es el reconocimiento específico de esta vertiente pasiva de la libertad de información el rasgo más destacable de la nueva concepción: la libertad de información no se suscribe sólo a la libertad de difundir, sino que incluye también la libertad de recibir la información, vertiente pasiva que recogen expresamente las Declaraciones de Derechos, Convenciones Internacionales y Constituciones que han aparecido en los últimos cincuenta años"³.

Tal línea de pensamiento tiene en nuestra época un consenso que empieza a ser cada vez más relevante, tanto por la jurisprudencia de las jurisdicciones locales de los estados, como de los tribunales internacionales.

La Declaración de Derechos Humanos adoptada por la Organización de Naciones Unidas ha sentado las bases de lo que para nosotros es el derecho a la información en el Art. 19 con el siguiente texto adoptado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Con lo cual se apoyan en él dos principios de universalidad sumamente claros: el de medios y el de los sujetos.

Los primeros corresponden a los sujetos y medios alcanzados. El segundo corresponde al mensaje o contenido u objeto del derecho a la información.

"La universalidad es atribuida al derecho a la información desde varias perspectivas; porque los mensajes atraviesan las fronteras (se habla de una universalidad geográfica). Porque se difunden a través de todos los medios de comunicación (universalidad de medios). Porque éste es un derecho de todos los individuos (universalidad subjetiva)".

Teorías y debates sobre por qué defender la libertad de expresión como derecho humano

Si se considera a la libertad de expresión como un derecho humano fundamental algunos autores, como Larry Alexander⁴, clasifican las teorías por la justificación de su importancia.

La primera clasificación es la de las teorías consecuencialistas de la libertad de expresión. Las llama así en función de que su justificación apunta a las varias "buenas consecuencias" que la protección del ejercicio de ese derecho trae consigo.

Una de las teorías agrupadas en esta clasificación es la de la promoción de la verdad. La libertad de expresión es considerada un instrumento fundamental para el descubrimiento de la verdad.

La libertad de diseminar información y opinión, así como la de criticar las posiciones de otros, es un elemento fundamental para evitar –dice el autor al referirse a los argumentos favorables a la posición– concepciones equivocadas sobre los hechos y los valores.

Otra teoría que encuadra dentro de las "consecuencialistas" es la de la "promoción de la autonomía de la decisión".

La libertad de expresión propulsa el autogobierno personal, el desenvolvimiento autónomo y la autonomía política.

Una diferente posición dentro de las llamadas teorías consecuencialistas es la de la promoción de la virtud.

Hay quienes entienden —a criterio de Alexander— que la más fuerte justificación del derecho a la libre expresión como derecho humano es que contribuye al crecimiento de ciertas virtudes que se consideran esenciales para la democracia.

El autor considera que estas teorías que trabajan sobre el principio de la virtud fracasan en su intento de ser teorías generales sobre la libertad de expresión ya que sobre inclusivas en forma sobreabundante ya que no necesariamente la tolerancia y el respeto al disenso conllevan considerar que “forzar a los demás a admitir la incitación al crimen, arruinar reputaciones e invadir la privacidad tiene conexión con la tolerancia o endurecer la piel”.

En términos adicionales, además, Alexander cuestiona las teorías consecuencialistas porque cualquiera de estas posiciones termina siendo “rehenes” de los hechos y de los contextos.

Otro grupo de teorías clasificadas por Alexander, se corresponden con la denominación de “teorías deontológicas”.

La pregunta es si ellas pueden dar la talla de lo que no consiguen las derivativas o consecuencialistas, en tanto no conciben a la libertad de expresión como un resultado de la búsqueda de un objetivo o no dependen de la variabilidad de las circunstancias.

Pero encuentra su falencia en que pueden ser tanto muy estrechas como muy extremas.

Desde allí denomina una de ellas como “teoría libertaria de la no apropiación”.

Importa de los estados una conducta tal, que sólo la teoría adquiere relevancia cuando los gobiernos compelen a otro a “hablar” (pintura, música, poesía, etcétera).

Vale decir, es sólo concebible para impedir al Estado establecer obligaciones de hacer a las personas que violenten sus derechos.

Otra tesitura dentro de este mismo género es aquella que funda la teoría en prohibir a los estados proscribir expresiones sobre la base del temor a que la audiencia quede persuadida o pueda quedarlo, de la conveniencia de la violación de la ley.

La inaplicabilidad de tal teoría aparece manifiesta. Es arbitraria por completo.

Por tanto, Alexander entiende que ninguna de las posiciones basadas en la protección de la libertad de expresión por razones deontológicas es defendible como sostén de la consideración de la misma como un derecho humano.

Otro grupo de teorías aparecen clasificadas por Alexander como aquellas que consideran a la libertad de expresión como concomitantes con la toma de decisión democrática.

Una última tipología, para el autor, se apoya en la concepción de la libertad de expresión como derecho humano desde la premisa de la desconfianza hacia el gobierno para regular la expresión en sí, además de una prevención más general destinada a limitar el poder de los gobiernos a establecer cortapisas para la crítica y el disenso, sobre todo, respeto de este mismo.

Vistas todas estas posiciones sobre por qué se justifica la libertad de expresión como un derecho humano, el autor citado entiende que las teorías son débiles si cambian las condiciones, o que son vagas e indeterminadas o no pueden distinguir la expresión de la conducta general. Dice finalmente “debo concluir que no tenemos a mano una sostenible teoría general de la libertad de expresión”.

Otro conjunto de posiciones son las encabezadas por Eric Barendt⁹ y seguidas —entre otros— por Vincenzo Zeno Zencovich.

Barendt indica que no puede confundirse un principio general o abstracto de la libertad de expresión a ser protegido, con las razones y argumentos jurídicos con los cuales un caso puede ser argumentado o resuelto.

Sobre todo porque los jueces, de un modo u otro, deben compadecerse de textos escritos que pueden proteger este derecho de distinta forma.

Sentado ello, entiende que existen diversas líneas argumentales destinadas a justificar la protección del principio de libertad de expresión. Cada una asume diferentes formas y énfasis, entre otras cosas por a quien se considera como el fin a proteger o el sujeto que lo corporiza, sea quien se dirige a la audiencia, esta misma o el público en general.

Otros argumentos vinculan, a su parecer, la libertad de expresión con otros valores o derechos que “podrían ser más fundamentales en términos de principios políticos o de derechos: el derecho a la dignidad o a la igualdad o equidad ante la ley”.

No obstante ello, este principio estima debe ser recogido en virtud del valor que se asigne a la comunicación y la expresión. Y dice: “un principio de libertad de expresión significa que la expresión habitualmente debe ser tolerada, aun cuando la conducta que produce es comparable con los efectos de la ofensa o daño que bien podrían ser proscriptos”.

Pasando entonces a los argumentos que justifican el principio de respeto y protección a la libertad de expresión, Barendt menciona:

Argumentos vinculados con la importancia del descubrimiento de la verdad.

Los que considera como los más antiguos, ligados con J. S. Mill, y basados en la importancia de la discusión abierta para arribar a la verdad. Si se toleraran restricciones a las posibilidades de discusión pública, las sociedades estarían impedidas de conocer y tener publicados hechos demostrables y opiniones valiosas.

Barendt advierte que la mayor dificultad de esta posición es la implícita asunción de que la libertad de discusión necesariamente lleva al descubrimiento de la verdad o, más concretamente, a mejores decisiones individuales o sociales. Indudablemente para ello no podrían asemejarse las discusiones en ámbitos académicos o científicos con el debate abierto en las calles.

Pero, para Barendt, hay una cuestión paradójica emergente de esta situación. "El argumento por un principio de libertad de expresión desde la verdad se lo predica particularmente aplicable a todos los tipos de expresión, pero es raro, o casi inhallable, el establecimiento de verdades con el mismo grado de seguridad que se obtiene en las matemáticas o en las ciencias naturales".

La verdad, en estos casos, no puede ser confundida con certeza y por ello la solución es inaplicable en términos de exigir al gobierno que sólo considere admisible como discurso protegido aquellas cuestiones que se vinculen con cuestiones de "verdad".

No olvidemos que la tesis de la protección de la libertad de expresión como principio es protegerla de la restricción.

Consecuentemente, si se rescatara sólo como justificación de la defensa de la libertad de expresión como un derecho humano en la búsqueda de la verdad, todos aquellos dichos, u opiniones (cuando no conductas, aunque nos lleve a otro perfil de la discusión) quedarían –por definición y naturaleza propia– excluidos de la pretensión de ser discurso protegido y amparado por tal principio. Podemos referirnos a muchos casos: pornografía, música, el arte no figurativo, etc.

Desde otro punto de vista, sería sumamente serio otorgar a alguna entidad la condición de dirimente de la "verdad".

Otra teoría que ha tenido influencia –sobre todo en Estados Unidos, al decir de Barendt–, es la llamada de "mercado de ideas".

Ella provee una explicación respecto del escrutinio estricto sobre las regulaciones de contenidos, por la cual las regulaciones distorsionan el ámbito propicio y necesario para el trabajo de un mercado libre para el intercambio de ideas.

La equiparación con los economistas liberales es notoria, dado que ellos también entienden que el Estado debe abstenerse de intervenir en los mercados

donde se intercambian bienes y servicios. Lo propio con las ideas, ya que sería indeseable manipular la posibilidad de intercambio. Entonces, dice Barendt cuestionando el principio: "La verdad emergería desde 'un libre intercambio de ideas' o competición intelectual".

Críticas que se han formulado a esta posición radican en la inexistencia concreta de tal mercado abierto para que acceda quien quiera comunicar sus ideas. Si esas críticas tenían fuerza en el momento de la adopción de la doctrina, hoy queda aún más en crisis por vía de los procesos de concentración de medios de comunicación y la llamada *commoditización* de la información.

Además, entendemos que de por sí la libertad de mercado de ideas no garantiza el pluralismo, como la libertad del mercado de bienes y servicios no garantiza la inexistencia de concentración económica, monopolios u oligopolios.

Las teorías sobre la libertad de expresión como un aspecto de la realización personal

En estas posiciones, la protección guarda su razón de ser con que aquello que sea restringido de la posibilidad de decir, escribir o publicar por cualquier instrumento, leer o escuchar, inhibe nuestra personalidad y su desarrollo o crecimiento.

El argumento se apoya en que hay un derecho individual a la libertad de decir, aun cuando su ejercicio resulte enemistado con el bienestar de la sociedad.

La crítica que formula Barendt a la teoría es que desde el punto de vista filosófico es más que razonable preguntarse por qué la libertad de expresión sin límites es particularmente importante para la autorrealización de las personas o por qué conduce necesariamente a la felicidad personal o satisface mejor las necesidades básicas que la alimentación o la vivienda.

Otra pregunta de difícil respuesta es si tal fundamento es sustentable cuando el ejercicio de la libertad de expresión está dirigido a dañar a otro, que resulta par del primero.

Y la más compleja de todas es aquella que apunta a qué se considera, y con qué extensión, a la autonomía de las personas, que la libertad de expresión viene a contener.

El argumento de la participación del ciudadano en la democracia.

Para Barendt ésta es la posición más fácil de interpretar y también la que se encuentra más arraigada en los pensadores y teóricos en las democracias occidentales.

Señala que ese argumento o justificación es el más vinculado con uno de los teóricos más importantes de la Primera Enmienda de los Estados Unidos, Alexander Meiklejohn.

Éste entendía que la razón de ser de la protección constitucional a la libertad de expresión radicaba en la garantía a los ciudadanos de entender los procesos políticos a fin de participar efectivamente en la construcción cotidiana de la democracia por imperio del "self government".

Esta posición ha generado mucha aceptación en los tribunales y doctrinarios, en tanto permite considerar que los ciudadanos deben ser expuestos a una ancha variedad de puntos de vista y posiciones respecto de los diversos temas para poseer la suficiente información, aunque con el déficit de considerarse sólo relevantes aquellas que cubren la expresión política o ligada con ella. Es débil —entonces— la justificación de cómo extender la protección a las exposiciones literarias o artísticas, sin mencionar otras más complejas como los anuncios comerciales o las películas eróticas o infantiles.

Otra cuestión, que genera una paradoja posiblemente insoluble, es que si el propósito de la libertad de expresión es el modo en que ella sirve a la democracia, no se puede sostener la libertad de expresión de quienes sostienen un discurso contrario a su vigencia o conveniencia.

Otra línea argumental se funda en la sospecha sobre el gobierno.

Frederick Schauer es uno de sus expositores más enfáticos: Barendt lo cita: "La libertad de expresión está basada en gran parte en la desconfianza en la habilidad o capacidad del gobierno para hacer las distinciones necesarias, en la desconfianza ante las determinaciones del gobierno sobre qué es verdad o falsedad, en la apreciación de la falibilidad de los líderes políticos y de algún modo en una más profunda desconfianza en el poder del gobierno en un sentido más general".

Ahora bien, si es un grave error que los gobiernos decidan si los ciudadanos pueden tener acceso o no a ciertas ideas, esta teoría no da cuenta de por qué existe sólo desconfianza frente al gobierno y no frente a corporaciones que efectivamente deciden qué vemos, qué compramos, qué leemos o escuchamos, sin que ninguna instancia democrática dé respuesta a por qué esto es más legítimo que una decisión institucional.

No hay —decimos nosotros— tal teoría de protección a la libertad de expresión por desconfianza a las corporaciones. Ello sin entrar a debates más complejos como la protección a la minoridad y similares.

Cita este autor una tercera tesis que se respalda en el interés del público en aquello que se expresa. Él mismo asume la dificultad de distinguirla de la posición de los intereses de la audiencia. Pero dirime tal diferencia a partir de un caso de comunicación corporativa, en la cual, lejos de tratarse de información de importancia institucional pertinente para el conjunto de la población y vinculada con el proceso democrático, la liga con la defensa del derecho de un conjunto particular a recibir un mensaje de interés y alcance determinado.

Si bien la distinción es teóricamente fácil de trazar, es sumamente compleja de sostener en la práctica.

Finalmente, Barendt incorpora como valor intrínseco de la libertad de expresión al pluralismo como variedad en los tipos y modos de concepción de la vida y del bienestar. En el marco de esta teoría, lo que se pone en crisis es si el Estado debe intervenir en defensa del mantenimiento o establecimiento efectivo de las condiciones que posibiliten el pluralismo por vía de la equidad de las oportunidades. Barendt se contesta esta pregunta no sólo afirmativamente en teoría, sino que incluso menciona que lo han hecho varios estados occidentales.

En este marco teórico, una perspectiva distinta, ofrece el propio Barendt diciendo que la libertad de expresión no sólo confiere derechos, sino que refleja los valores plurales de la diversidad y la variedad.

"La libertad de expresión importa la ausencia de censura, pero también significa un debate público robusto". Estas tesis admiten el "riesgo" de la intervención del gobierno para promover la diversidad, "aun cuando ese paso pueda limitar los «derechos» (el encomillado en el original) de algunas personas de diseminar sus puntos de vista".

La conclusión que se extrae de las diversas posiciones es la existencia de una tensión entre quienes sostienen la idea de la libertad de expresión como un derecho individual exclusivamente, o quienes la consagran como un bien público o un valor del pluralismo.

La intervención del Estado en estos casos no está vinculada con la censura, sino con el fomento de expresiones que de otro modo no podrían ser conocidas y accedidas por el público.

El subsidio a las artes y las letras es una de las tantas posibilidades. Y la propia de Barendt indica que "...en el balance, prefiero el punto de vista en el que la libertad de expresión no sólo contiene un conjunto de derechos sino que refleje valores que en ocasiones requieren promoción a través de la ley. Una aproximación basada exclusivamente en los derechos y una fe ciega en el mercado, posee peligros, en particular en una sociedad en la que sólo unas pocas personas pueden comunicar sus ideas a través de los medios masivos.

Es preciso considerar también en esta recorrida por quienes han trabajado los principios de libertad de expresión en el último siglo a Cass Sunstein.

En la introducción a "Democracy and the Problem of Free Speech"⁶, al referirse a los puntos de vista que sostienen que los principios de libertad de expresión liberal no son suficientes para dirimir los más complejos casos sobre libertad de expresión.

Sunstein sostiene que los problemas vinculados con la libertad de expresión van más allá de la posibilidad de las previsiones sobre la censura previa. A tales efectos cita como los grandes temas de la época el financiamiento a las

campañas políticas, el derecho de acceso a los medios, condiciones de subsidios al arte, el discurso científico, la pornografía, el discurso del odio y la expresión comercial.

Sunstein llama concepción madisoniana de la libertad de expresión al principio por el que se vincula la primera enmienda con la revisión del concepto de soberanía popular y de participación en democracia. Anclada en el preliminar estadio de equidad y función deliberativa de la política.

Sunstein reclama asimismo prestar atención a la posibilidad de las regulaciones estatales sobre los medios electrónicos de radiodifusión, con el fin de asegurar diversidad de puntos de vista en asuntos públicos que ayuden al sistema de libertad de expresión. "Estas regulaciones pueden promover tanto la deliberación política como la equidad política".

Finaliza su presentación introductoria al resto del libro diciendo: "Deberíamos por supuesto reconocer que la pluralidad y diversidad de valores servidos por un sistema de libertad de expresión, pero ella no sólo concierne a la política, también tiene que ver con la autonomía y la autorrealización también. Una simple o unitaria teoría del valor de la libertad de expresión es obtusa".

Sunstein es uno de los primeros autores que además de entender que el propósito primario de la libertad de expresión es promover la deliberación democrática sobre asuntos de políticas públicas señala que la protección tiene dos instancias: una más férreamente limitada, vinculada con las cuestiones de deliberación de asuntos públicos, y una más permeable a la regulación como lo son los medios electrónicos, las campañas electorales, la pornografía o el discurso del odio.

En esta búsqueda él encuentra que la libertad de expresión como reconocimiento de un derecho individual ha hecho poco por el desarrollo de la cultura popular y está llamada a tener un rol preponderante en la difusión de sus valores por medio de la obtención de condiciones de equidad para intervenir en el debate público en todos los órdenes.

Otro autor de interés es Vincenzo Zeno Zencovich⁷. Él menciona que hay tres tipos de cuestiones que se ponen en juego: búsqueda de la verdad, la autorrealización personal y la participación democrática:

"La dimensión política de la libertad de expresión aparenta que ella es esencial para la participación de la vida política de la comunidad, e inevitablemente provoca ideas críticas y argumentaciones concernientes a las autoridades políticas, religiosas y militares. Refleja una demanda por el derecho de diseminar libremente la opinión de cada uno respecto de ideas, instituciones, reglas, condiciones políticas, sociales y económicas y, especialmente, respecto de otras personas y sus actividades. Aunque la libertad de expresión pueda concernir una ilimitada variedad de asuntos, es la más relevante y crucial la existencia de

ideas controvertidas, las que requieren protección. Otras, por ser más comunes y compartidas, ya son libres porque se las acepta en la comunidad.

Más adelante agrega que en los últimos cinco siglos la libertad de expresión que aparecía limitada a ciertas áreas de la vida de las personas y las sociedades se ha extendido a "prácticamente todas las actividades y experiencias humanas", de allí que indique que se podría decir que la libertad de expresión está en un proceso de movimiento continuo. Y comparte la asunción a priori de que la libertad de expresión es la libertad política que está garantizada a hombres y mujeres que viven en conjunto y quieren comunicarse unos con otros.

Pero también comparte los límites de las definiciones y las clasificaciones que viéramos antes. Dice: "... las comúnmente aceptadas teorías sobre la libertad de expresión, las cuales son invocadas aún como las bases para las más importantes decisiones, no lucen satisfactorias en tanto ellas se demuestran olvidadas de las antiguas y originales raíces de la libertad, y al mismo tiempo no se demuestran capaces de poder con las nuevas dimensiones de la libertad de expresión".

Más incisivamente, cuestiona la doctrina dominante de la libertad de expresión, que aparece reflejada en fallos y en la literatura legal sobre de los países de Europa continental, por los modos en que defienden la importancia de su respeto y vigencia.

Dice en ese sentido:

- a) los enfoques son axiomáticos, las premisas desde las cuales parten las argumentaciones son presentadas como autoevidentes y repetidas a lo largo de los años sin muchos intentos de reexaminarlos;
- b) los principios de la libertad de expresión son mayormente autorreferenciales en el sentido de moverse en un sistema circular y cerrado cuyos puntos de referencia son esencialmente leyes, casos y doctrinas jurídicas, ignorando las extremadamente importantes —si no esenciales— contribuciones de la ciencia política, la economía y la sociología. Ello importa un enfoque formalista —no poco común en Europa— donde los hechos están diseñados para caber en la teoría jurídica y no al revés;
- c) Un enfoque mayormente nacionalista, habitualmente ignorando el vasto debate sobre la cuestión, como si la libertad de expresión en el siglo veintiuno pudiera permanecer dentro de las fronteras de un país".

Jack Balkin en su escrito, "Expresión digital y cultura democrática: una teoría de la libertad de expresión para la sociedad de la Información, recoge el problema de la libertad de expresión y la cultura. Señala que la libertad de expresión "permite a las personas ordinarias participar libremente en la difusión de ideas en la creación de significados que les permite constituirse como tales. Y que la cultura democrática es tal en el sentido de que todos, y no las elites

políticas, culturales o económicas, tengan la chance equitativa de participar en la producción de la cultura y en el desarrollo de ideas que contribuyan a la conformación de las comunidades a las que pertenecen”.

Para ese cometido, la libertad de expresión, entiende el autor, protege la capacidad de los individuos de participar en estos desarrollos y por eso la libertad de expresión es interactiva y apropiativa.

Y agrega: “Es interactiva porque la expresión es sobre quienes hablan y quienes escuchan, quienes se vuelven a su vez expositores. La expresión ocurre entre personas o grupos de personas, y los individuos forman parte de una circulación más extensa y continua. La gente participa en la cultura interactuando con otros e influenciándolos a través de la comunicación. ... Nuestra continua participación en la comunicación de valores culturales, nuestro acuerdo con las reacciones que experimentamos, nuestra asimilación o rechazo a aquello que la cultura nos ofrece, es lo que nos transforma en lo que somos... La libertad de expresión es apropiativa porque se diseña sobre los recursos culturales existentes, se construye con material que está a la mano. Aun los críticos que disienten lo hacen respecto del orden en que están, los artistas se apoyan en cosas anteriores; aun las conversaciones casuales se manejan sobre tópicos y expresiones comunes. La Libertad de expresión es la capacidad legal de hacer esto. La idea de la cultura democrática captura la inherente dualidad de la libertad de expresión. Es tanto profundamente individual, como al mismo tiempo profundamente cultural porque es profundamente cultural. La libertad de expresión es tanto un sistema cultural como un sistema político.”

Como vemos, es un plano teórico distinto al de las primeras teorías que revisamos. El autor insiste en que es la capacidad de participar en un sistema en marcha de creación de cultura por varios métodos y técnicas y que su calor reside en la importancia de participar en el sistema de creación cultural.

En términos de estudio de la evolución del pensamiento político, las teorías que enfatizan o focalizan la importancia de la deliberación democrática, y que afincan en posicionamientos más generales ligados al “republicanismo” o “progresismo”, más que en las concepciones del desarrollo individual y realización autónoma de las personas son características de los movimientos de estudios del derecho y la libertad de expresión en los últimos veinte años.

Uno de los principales autores de esta línea de trabajo es Owen Fiss, quien ha cuestionado las interpretaciones de la Primera Enmienda por las que el Estado sólo debe cuidar al hombre de la esquina que habla en público, como si allí terminaran todas sus obligaciones y el sentido de la protección.

En *Libertad de expresión y estructura social*⁸, Fiss señala que en la búsqueda del respeto a los derechos, incluidos los de libertad de expresión, las corrientes

tes progresistas se han dedicado no sólo a las búsquedas de la libertad sino a fomentar la igualdad como medio de proteger la libertad.

Esta definición –reiteramos que se da en el marco de cuál es la interpretación correcta de la libertad de expresión, entre otros derechos– importa resolver cuál es el rol del Estado y quiénes son los destinatarios de la protección en materia del ejercicio de la libertad de expresión.

Dice Fiss: “El Estado limitado puede ser un instrumento para promover la libertad, pero la persecución de objetivo igualitarios requiere un ejercicio fuerte del poder estatal, incluyendo, en opinión de algunos, aquel que restringe la libertad expresiva o de opinión, como la pornografía y las expresiones de odio. ... otros se resisten a ello”.

Pero es el propio autor quien señala que se está en esa disyuntiva en el marco de un error que echa por la borda el mejor sentido de la discusión: “Lo que está en juego no es simplemente un conflicto entre libertad e igualdad, sino también uno entre libertad y libertad”.

Lo que se pone nuevamente en el tapete es si la libertad de expresión es un derecho individual tendiente a la autorrealización o si su papel es “preservar la plenitud y franqueza del debate público: asegurar que las personas son conscientes de todas las cuestiones con las que se ven enfrentadas, y de los argumentos a favor y en contra. La libertad de expresión, según esta opinión, es un derecho público –un instrumento de la autodeterminación colectiva– y el Estado es presentado bajo una nueva forma, posiblemente como un amigo de la libertad”.

Es ostensiblemente visible que en el ejercicio de la libertad de expresión hay actores de diversos orígenes, tamaños y condiciones, tanto objetivas como subjetivas.

Se predica de esta libertad su universalidad, y está bien que así sea. Más allá de no pretender dirimir nuevamente sus alcances (nos hemos referido a esto antes) sí intentaremos poner como premisa que las conductas también son expresivas y que la libertad de expresión no se agota en las cuestiones de interés político o institucional. Las manifestaciones públicas son un mero ejemplo.

En ese contexto, entonces, vemos que aparecen grandes conglomerados de empresas periodísticas, pequeñas empresas periodísticas, autores de graffitis, periodistas, hombres y mujeres de sus casas, sindicatos, trabajadores individuales, repartidores de panfletos, empresas de música, expositores de pinturas, empresas de cine, radios comunitarias, radios indígenas, emprendedores por páginas de Internet, manifestantes públicos, dentro de una lista inagotable.

Experiencias

En atención a las preguntas iniciales y el diagnóstico planteado por David Allen que citáramos al principio, bien podríamos nosotros recoger de nuestra práctica académica cuáles son los fundamentos con que los estudiantes asumen las razones para justificar la protección de la libertad de expresión.

Sin la pretensión de agotar la mayoría de las respuestas que a lo largo de los años se reciben, mayoritariamente los alumnos que deciden tomar la palabra lo hacen motivando la libertad de expresión en la necesidad de intercambiar ideas en la sociedad, a la vez que interpelan con ejemplos concretos la sustentabilidad de nuestras explicaciones o aportes en este tema. No son ejemplos sencillos, y cuando surgen frecuentemente están motivados en la existencia de discursos racistas, discriminatorios, de apología del crimen o la guerra, explotación de niños, Ruanda o el nazismo.

Ciertamente, y lo que decimos no es un universal y es un reflejo de las primeras reuniones de clases, parece menos relevante para el conjunto revisar con detalle las razones por las cuales la libertad de expresión debe ser defendida y ello cede ante ver qué hacer con las consecuencias de su ejercicio de mala fe.

Compartiendo la preocupación de David Allen, algunas condiciones de la vida democrática —con bemoles, es cierto— parecen ser dadas por hecho y no parecen conmocionar la búsqueda de una reflexión despertada por instinto. Más bien, la aventura de la indagación transita por aquello con cuyas consecuencias no están de acuerdo.

Ello nos obliga no a quejarnos sino a poner en crisis nuestra propia historia y experiencias. Quienes trabajamos con temáticas de libertad de expresión solemos enfrentarnos a casos desagradables que afectan la sustentabilidad de nuestros principios y entre otras cosas, por las consecuencias gravosas que traen los malos enfoques y las malas decisiones en contra de la protección de la libertad de expresión, en lugar de cuestionar las malas prácticas que se hacen en su nombre. Y también llevamos en la memoria los silencios a los que nuestros países fueron sometidos por largos años.

Paradojas y preguntas sobre el desarrollo futuro de la libertad de expresión

La gran paradoja democrática de la libertad de expresión: ¿qué ocurre con las decisiones que pueden involucrar a la libertad de expresión, siendo ellas adoptadas democráticamente?

En este caso, el valor de la democracia aparece a ambos lados de la mesa en una hipotética discusión. ¿Se puede censurar una expresión en nombre de la democracia?

Otra pregunta es cuál es el rol del Estado frente a la libertad de expresión y si ella es una libertad meramente negativa.

En la inteligencia de los considerandos de la opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se afirma que el derecho de libertad de expresión no es declamativo y que implica el derecho de contar con las herramientas para su ejercicio.

Si ello es efectivamente así, ¿con la sola manifestación de ese reconocimiento alcanza?. Estamos frente a una libertad negativa en la que el rol del Estado se limita a no censurar o debe tener otras vías de acción para satisfacer sus compromisos de derechos humanos?

Es aquí donde entran a jugar cuestiones como el pluralismo y la diversidad: La libertad de expresión es demasiado grande como para pensársela sólo a través de medios de comunicación social institucionalizados. Aun con medios públicos y pluralismo. Es preferible y, más aún, imprescindible que estén y participen en la vida democrática, pero aun así es insuficiente una consideración de tal naturaleza.

Dadas estas premisas, creemos estar en condiciones de afirmar que no hay modo de sostener que se garantiza la libertad de expresión de modo universal si se la considera una "libertad negativa", protegida por obligaciones de abstención de la censura por parte de los estados.

Más aún, ha quedado históricamente demostrado que no solamente los estados están en condiciones de intervenir a fin de promover la libre, democrática y universal circulación de informaciones y opiniones. La Corte Interamericana alerta contra el rol de monopolios y oligopolios en los considerandos de la OC 5/85

Fiss alerta sobre el peligro que encierra la consideración de la libertad de expresión como un mero derecho individual alejado de los objetivos de la autonomía colectiva y su valor social ocurre cuando la expresión de opiniones se lleva a cabo en contexto de escasez de las mismas.

Una declaración desplaza a otra, entonces, la protección meramente de la autonomía de quien tiene la voz pública (tal la variante de la autonomía como la del mercado de ideas "producirá un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social"). ... Pienso que es correcto decir que en una sociedad capitalista la protección de la autonomía producirá, en general, un debate público que es dominado por quienes son económicamente poderosos. El mercado —aun el que opera de un modo suave y eficiente —no asegura que todas las opiniones relevantes sean oídas, sino solo aquellas que

son defendidas por los ricos, por quienes pueden préstamos de otros o por quienes pueden confeccionar un producto que atraerá suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa.

Es que la importancia del crecimiento y fomento del debate público no deja opciones. Ya el riesgo no es sólo la censura o la detención del disidente o del manifestante. La exclusión es también una afectación clara a la libertad de expresión.

De allí en más las decisiones sobre qué hacer cada uno, y sobre todo el Estado, podrá tener que ver con opciones políticas, por supuesto, pero también con compromisos internacionales que reclaman de los estados garantizar el respecto y goce de los derechos humanos.

Y exigir este cumplimiento importa, al decir de Fiss⁹, que "...ver las controversias actuales sobre la libertad de expresión como una mera repetición del pasado es equivocado. Algo mucho más profundo y de mayor relevancia está sucediendo. Se nos está invitando—de hecho, se nos está obligando— a reconsiderar la naturaleza del Estado moderno y a examinar si este debe desempeñar algún papel en la protección de nuestras libertades más fundamentales. Los debates del pasado asumían que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era el Estado al que había que poner límites. Hay una gran dosis de sabiduría en esta concepción, pero se trata de una verdad a medias. Ciertamente el Estado puede ser opresor, pero también puede constituir una fuente de libertad. (...) Este punto de vista—inquietante para algunos— descansa en una serie de premisas. Una de ellas se refiere al impacto que las concentraciones privadas de poder tienen sobre nuestra libertad; a veces se necesita al Estado para contrarrestar estas fuerzas. (...) La libertad que el Estado está llamado a promover es una libertad de carácter público, que ve en la libertad de expresión una protección de la soberanía popular. (...) En otros casos, sin embargo, el Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones. (...) Puede que el Estado tenga incluso que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás, a veces no hay más remedio".

Ello importa, entre ellas, las de los trabajadores, los movimientos de mujeres, de indígenas, de desocupados, los manifestantes o los discriminados. Por supuesto, se pone en juego nuevamente, en muchos casos, la crisis entre libertad y libertad. En otros, el derecho de existir en un mundo cada vez más interrelacionado por las comunicaciones en el que la lucha por la visibilidad va de la mano de la lucha por la supervivencia.

Cómo fortalecer la universalidad de la libertad

Ahora bien, sentado que los estados tienen un rol activo de prestación que se suma a la obligatoriedad de abstenerse de censura y de proteger al orador de la esquina, existen un conjunto de preguntas que hacen, nuevamente, a su rol y a cómo universalizar efectivamente la libertad de expresión.

¿Cabe hacer algo respecto de oradores o grupos que manifiestamente incomodan a un sector importante de la sociedad?

¿Qué cabida les corresponde a los grupos manifiestamente minoritarios y cuyas expresiones no responden a los cánones de la construcción de la democracia?

¿Qué consideraciones puede o debe haber respecto de la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores en el marco de la defensa de sus intereses frente a sus empleadores, cuando ellos son medios de comunicación?

El rol del Estado, ¿obliga a tomar medidas para fomentar el pluralismo mediante asignación de fondos?

¿Qué ocurre si un medio silencia una información de interés público, cuándo ésta aporta al debate del Estado democrático?

¿Debe entenderse el mismo principio de abstención de regulación respecto de medios gráficos que de medios electrónicos?

¿Cómo dar mayor polifonía a las democracias?

¿Cómo integrar a los sectores más desfavorecidos?

¿Qué rol debe tener la regulación respecto de la incorporación de las tecnologías?

¿Cómo democratizar su acceso para garantizar el derecho humano a la libertad de expresión, la información y la comunicación?

Las distintas definiciones que se adopten deberían ir en función de paradigmas comunes. La revalorización de la expresión como elemento insustituible del pluralismo para gozar de un estado de derecho más justo y democrático.

Notas

¹ David S. Allen y Robert Jensen (Editors). *Freeing the first amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York University Press, 1995

² Hervada, J. y Zumaquero, J. M. *Textos internacionales de derechos humanos*: Pamplona. 1978.

³ Rosa Rodríguez Bahamonde, *El secreto del sumario y la libertad de información en el Proceso penal*. Dykinson. Madrid 1999.

⁴ Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, 2005,

⁵ Freedom of Speech: Eric Barendt 2da. revisada Editor Oxford University Press, 2007

⁶ "Democracy and the problem of free speech". Cass R. Sunstein, Edición revisada Editor The Free Press, Nueva York. 1995.

⁷ "Freedom of expression: a critical and comparative analysis", Vincenzo Zeno-Zencovich. Editor Taylor & Francis, 2008.

⁸ "Libertad de expresión y estructura social", Owen M. Fiss. Editor Fontamara, 1997.

⁹ "La ironía de la libertad de expresión", Owen Fiss Editor Gedisa Editorial, 1999.

Bibliografía:

Alexander Larry (2005) *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press,

Allen David (1995) *Freeing the first amendment: Critical Perspectives on Freedom of Expression*. David S. Allen y Robert Jensen (Editors). New York University Press.

Barendt, Eric (2007) *Freedom of Speech*. Eric Barendt, 2da. revisada. Editor Oxford University Press, 2007.

Fiss, Owen M. (1997) *Libertad de expresión y estructura social*. Editor Fontamara

Fiss, Owen M. (1999) *La ironía de la libertad de expresión*. Editor Gedisa Editorial.

Hervada J. y Zumaquero J. M. (1978) *Textos internacionales de derechos humanos*. Pamplona.

Rodríguez Bahamonde, Rosa (1999) *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*. Dykinson. Madrid.

Sunstein Carl (1995) *Democracy and the problem of free speech*. Edición revisada. Editor The Free Press, Nueva York.

Zeno Zencovich, Vincenzo (2008) *Freedom of expression: a critical and comparative analysis*. Editor Taylor & Francis.

Comunicación pública y medios sociales: pantallas, redes y comunicación ¿abierta y libre?

*Diego Levis**

Introducción

Desde el inicio de la revolución industrial el progreso tecnológico animó en muchos la ilusión de que llegaría un tiempo en que sería posible construir sociedades igualitarias en la que los seres humanos sólo necesitaríamos trabajar unas pocas horas por día para asegurarnos niveles de bienestar general (alimentación, vivienda, salud, educación, ocio). Aunque no fue así, durante los últimos dos siglos la humanidad ha asistido a una progresiva aceleración de los procesos de innovación tecnocientífica que han modificado favorablemente las condiciones materiales y simbólicas de vida. Estos cambios se han producido con características diversas y a ritmos e intensidades diferentes entre los países y dentro de cada país, a pesar de lo cual su influencia alcanza prácticamente a todos los habitantes de la Tierra.

En este marco, la computadora, nacida a finales de la década de 1940, ha tenido un veloz e intenso desarrollo hasta constituirse en una suerte de "máquina universal". Objeto de culto al que, a modo de tótem u oráculo contemporáneos, se le atribuye la capacidad de ofrecer respuestas a todas nuestras necesidades materiales y, en muchas ocasiones, también espirituales (el imaginario tecnocultural es pródigo en neomisticismo e inquietudes metafísicas). Lo cierto es que los medios informáticos afectan nuestras condiciones de vida materiales y transforman además aspectos relevantes de nuestro imaginario social y personal.

Es indistinto que en ocasiones se hable de globalización y en otras de sociedad de la información o del conocimiento, que alternativamente la denominemos sociedad red, informacional, postmoderna, digital o neoliberal o que lleguemos a caracterizar la sociedad contemporánea como sociedad de control, el modelo

*UBA / UADE E-mail: correo@diegolevis.com.ar