

Capítulo VIII

DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN

MARCELO FERREIRA

1. Objeto

La palabra “expresión” designa el acto de manifestar con palabras, gestos o actitudes algo que uno quiere dar a entender. Podemos expresarnos de infinitas maneras: hablando, escribiendo, saludando con la mano, blandiendo el puño, etc. Incluso nuestros hábitos personales y nuestra forma de vestir entrañan alguna forma de expresión: la ropa puede representar sobriedad, respeto, alegría, desprecio, desparpajo, etc.

La “libertad de expresión” alude a la tutela jurídica de las formas de expresión, pero no de todas las formas posibles de expresión. El repertorio de las conductas tuteladas responde a un esquema teórico que permite *prima facie* determinar un criterio de decisión del sistema: cuáles conductas son protegidas y cuáles son excluidas.

En primer término, decimos que se requiere de *alguien* que manifieste *algo*. Pero ese *algo* debe estar dirigido a *otros*: un grito en el desierto no requiere de amparo o protección jurídica. Se trata, entonces, de una *relación entre sujetos*. Como modelo de análisis, partimos de la base de que esa relación requiere de cuatro elementos básicos: *a*) emisor, *b*) receptor, *c*) mensaje, *d*) medio por el cual se transmite el mensaje. La significación jurídica de estos cuatro elementos ha variado considerablemente en el curso de la historia. Como norma general, las expresiones han sido prohibidas por considerarse inconveniente *aquello* que se expresa (contenido del mensaje), pero también hubo restricciones en función de *quién* las expresa (sujeto emisor) o *a quién* están dirigidas (sujeto receptor) y de *cómo* se las expresa (medios y modos.)

En segundo término, decimos que ese *algo* que se transmite no debe causar daño a terceros. Pero aquí nos enfrentamos a un problema: Justamente las ex-

presiones que requieren de protección son las que afectan, molestan o de algún modo inciden sobre terceros, las expresiones inocuas o superfluas no necesitan de tutela alguna.

Como resultado de la evolución histórica señalada, la llamada libertad de expresión abarca en la actualidad un amplio repertorio de derechos. Del histórico derecho de imprenta de nuestra Constitución Nacional se ha evolucionado a las fórmulas de los modernos instrumentos internacionales de derechos humanos, que definen sus contornos en términos inimaginables para los hombres del año 1853. Así, el contraste entre el *derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa* (art. 14 CN) y la *libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección* (art. 13 CADH), refleja el tránsito entre distintos grados de civilización, y se proyecta sobre los alcances de la libertad en cuestión.

El primitivo derecho de imprenta se despliega en la actualidad en los derechos de pensamiento, de opinión, de prensa, de investigación y de información —como especies del género libertad de expresión—, y se relaciona con las libertades de culto, cátedra, ciencia, comercio, tribuna, reunión y asociación. El género complejo *expresión* comprende todos los objetos de la comunicación humana: noticia, opinión, creencia, ciencia, religión, arte, etc.

Analizaremos a continuación los sujetos, modos, medios y contenidos del género complejo *expresión*, dejando para último término el estudio de las limitaciones a su ejercicio.

2. Sujetos

¿Quiénes ejercen la libertad de expresión? En principio *“Todo individuo”* o *“Toda persona.”*²¹ Estas fórmulas reflejan el clima liberal e individualista de las Declaraciones de Derechos históricas² y requieren de precisiones a la luz de la comprensión actual del concepto.

Así, en principio, sostenemos que operan únicamente como pauta antidiscriminatoria —en el sentido de no excluir indebidamente a nadie—, ya que es difícil imaginar derechos cuya única condición de aplicación sea la sola pertenencia a la especie humana. A poco que se analice la cuestión surgen condiciones negativas de aplicación, como las propias de edad, condición social, inteligencia, etc.,³

²¹Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²² En este sentido JOHN STUART MILL escribe: “Si todos los hombres, menos uno, fueran de la misma opinión, la humanidad no tendría más justificación para hacerlo callar que la que tendría ese hombre si tuviera la fuerza necesaria para obligar a callar a toda la humanidad;” *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis S. A., 1980, p. 75. El mismo tipo de discurso se encuentra en la *Aeropagítica* de MILTON.

²³ FISS, OWEN, *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara S. A., México D. F., 1997, p. 27.

como asimismo condiciones jurídicamente institucionalizadas de fortalecimiento o atenuación de la posibilidad del ejercicio del derecho en cuestión: Inmunidad de expresión de los legisladores, deber de secreto de los funcionarios públicos (art. 157, Cód. Penal), y respeto debido al superior jerárquico de los empleados administrativos y militares.⁴ Pero por otra parte tenemos que la configuración actual del concepto ha ampliado al máximo el número de beneficiarios posibles. En efecto, en la época de la Constitución de 1853 la posibilidad de publicar en la prensa abarcaba a muy pocas personas —los cuadros ilustrados de la sociedad— y se agotaba en su ejercicio con el hecho de la publicación: se trataba —en rigor— de libertad de pluma para quienes sabían usarla. En la actualidad, en cambio, la libertad de expresión atañe no sólo al que publica sino también al que recibe lo publicado, y también al que investiga o busca información en internet, a los escritores, artistas y músicos, y —a estar al derecho judicial norteamericano— a quien quema banderas o certificados de reclutamiento, exhibe brazaletes negros, saluda o deja de saludar a símbolos de cualquier ideología, predica la violencia y para algunos hasta a quien pretende bailar desprovisto de ropas.⁵

En el siglo pasado, la libertad de expresión se agotaba en el derecho del *sujeto emisor*; la gran innovación moderna es la incorporación del *sujeto receptor* y del *sujeto difusor o transmisor*. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “Cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” información e ideas [...] 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” (Opinión Consultiva 5/85, sumarios 30 y 32.) Asimismo, la Corte Suprema Argentina determinó que “El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión de información — cine, radio, televisión— obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria y comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que

^{2.4} MILLER, JONATHAN, GELLI, MARIA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 2, p. 927, análisis del caso *Kusnir c. Universidad de Buenos Aires*, CSJN, Fallos, 275: 60.

^{2.5} *Texas v. Johnson* (ED, 143: 306), *Junta de Educación de Virginia Occidental v. Barnette* (1943), *Brandenburg v. Ohio* (395 US 444, 1969), *Noto v. United States* (367 US 290, 1961), *Terminiello v. Chicago* y *Barnes v. Glen Theatre* (ED, 148: 594.)

^{2.6} *Poncetti de Balbín c. Editorial Atlántida SA*; CSJN, Fallos, 306: 1892; LL, 1985-B, 120; ED, 112: 242; JA, 1985-I, 513.

se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina.”⁶ Por lo demás, ya no se trata solamente del ejercicio del derecho por parte de personas individuales, sino también de personas colectivas.⁷

3. *Modos y medios*

¿Cómo ejercemos la libertad de expresión?

MANUEL BELGRANO sostenía el 11 de agosto de 1810 que “La libertad de prensa no es otra cosa que aquella facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua [...]”¹ Para la Constitución de 1853 se trata solo de *publicar*. Las modernas normas internacionales de derechos humanos dicen que el modo de ejercer la libertad de expresión es “investigar y recibir informaciones y opiniones, y [...] difundirlas” (art. 19 Declaración Universal); “buscar, recibir y difundir” informaciones e ideas (arts. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); “recibir o... comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas.” (Art. 10 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.)

¿A través de qué medio ejercemos la libertad de expresión? La Constitución de 1853 dice “por la prensa;” la Declaración Universal de Derechos Humanos “por cualquier medio de expresión;” la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dicen “oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección;” la constitución de la UNESCO establece la finalidad de facilitar la libre circulación de ideas, por medio de la palabra y de la imagen.

El contraste revela el tránsito de la civilización del papel y el hombre tipográfico a la civilización de la imagen y el hombre cibernético.² La expresión ya no se ejerce solamente a través del diario sino también de la televisión por coaxial o inalámbrica, proyección de imágenes por medio de películas o casete; transmisión satelital y espacial, antenas parabólicas y decodificadores, internet, e incluso a las representaciones por medio de afiches murales o divulgaciones orales en plaza pública. Es decir que se incluye no sólo a la palabra —hablada, escrita

^{2.7} OWEN FISS sostiene que este derecho ya no puede ser confinado a los individuos, abarcando asimismo a las organizaciones, ya que “*el punto de vista de una organización no es reducible a las opiniones de algún individuo particular, sino que es el producto de una compleja interacción entre personalidades individuales, estructuras organizativas internas, el medio ambiente en el cual opera la organización, etc.*,” *op. cit.*, p. 25.

^{3.1} Correo de Comercio de Buenos Aires, nro. 24; citado por FAYT, CARLOS, *La omnipotencia de la prensa*, Buenos Aires, LL, 1994, p. 138.

^{3.2} Ver FAYT, *ob.cit.* p. 48 y sus referencias a la obra de MARSHALL MAC LUHAN, *La Aldea Global*.

^{3.3} Es importante al respecto la libertad de expresión artística. La CIDH destacó que “cuando se vulnera este principio no sólo se afecta el pensamiento y la actividad política de los pueblos; también sufre el desarrollo cultural, se restringe la libertad artística y expresiones culturales tan

o impresa—, sino también a la imagen y el sonido, e incluso a otras acciones o actitudes indeterminadas, dada la amplitud de la fórmula “o por cualquier otro procedimiento de su elección.”³ La relevancia de los *medios* es tan vasta que se ha llegado a sostener que son éstos los que determinan el *contenido* del mensaje,⁴ condicionando la opinión pública merced al monopolio de la información.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció importantes principios con relación a los medios en su Opinión Consultiva 5/85: *a*) la expresión y difusión del pensamiento son indivisibles, *b*) pluralidad de medios y restricción de monopolios, *c*) principio de no discriminación en cuanto al acceso a los medios. A saber:

a) “Sum 31. 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. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir información e ideas “por cualquier procedimiento,” está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al importantes como el teatro, las producciones literarias que muestran la idiosincracia de los países con sus virtudes y defectos, no encuentran un medio favorable para laborar con libertad y así progresar. La censura previa a la prensa, a los libros, a las producciones artísticas en general y el veto en ocasiones a escritores y artistas son manifestaciones más propias de sociedades totalitarias que deben ser desterradas de nuestro hemisferio;” *Informe anual 1982-83*, p. 22. Y en el *Informe Cuba* (1984) la Comisión condenó “una acentuada intolerancia en relación a las manifestaciones artísticas que pudieran poner en cuestión, ya sea las bondades del sistema político o los aciertos del grupo dirigente,” que derivó en la desaparición de “todo rasgo de crítica al gobierno o al sistema.”

^{3.4} FAYT, *op. cit.*, y su referencia a MARSHALL MC LUHAN, *El medio es el mensaje*.

^{3.5} *Miami Herald v. Tornillo*: “la prensa de hoy es en verdad muy diferente de aquella que existió en los primeros años de nuestra existencia nacional” [...] “los periódicos se han transformado en grandes empresas y son ahora muchos menos para servir a una mucho mas grande población alfabetada;” “[...] el resultado de estos grandes cambios ha sido el colocar en pocas manos el poder de informar a la población americana y de formar la opinión pública. Muchas de las opiniones vertidas en editoriales y comentarios que se imprimen, provienen de estas redes nacionales de información y como resultado en temas nacionales y mundiales tiende a haber una homogeneidad de estas opiniones. Los abusos de estos reportajes manipulados, se dice que son el resultado de la gran acumulación de poder irrevisable de estos modernos imperios de comunicación [...] el público ha perdido la capacidad de contribuir de manera significativa en el debate de los distintos temas, el monopolio de los medios de comunicación permite poco o casi ningún análisis crítico;” “la solución para los disidentes era antes tener periódicos adicionales, pero en la actualidad el ingreso al mercado de ideas de que se sirve la prensa es casi imposible;” “el fin de la Primera Enmienda de que el público sea informado, está hoy en peligro porque ese mercado de ideas es ahora un monopolio controlado por los dueños del mercado,” *Miami Herald Publishing Co., Division of Knight Newspapers Inc. v. Tornillo*, 418 US. 241:1974, citado por FAYT, *op. cit.*, p. 184.

^{4.1} FAYT, *op. cit.* p. 94.

^{4.2} FAYT, *op. cit.*, p. 100.

^{4.3} Voto de los Dres. CAVAGNA MARTINEZ, MOLINÉ O’CONNOR y NAZARENO *in re Servini de Cubría*, Fallos, 315: 1943, año 1992, ED, 149: 245. Una distinción paralela a la descripta entre *ideas* y *no ideas* es la formulada por la Corte Suprema Norteamericana entre “discurso” y “conducta” (*speech*

derecho de expresarse libremente.”

“36. [...] como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también a la libertad de expresión.”

b) “34. Por ello es indispensable la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar.”

56. En los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”

c) Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones con respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.”

4. Contenidos

¿Qué podemos expresar? La Constitución de 1853 se refiere a “ideas,” concepto que en los documentos internacionales se hizo extensivo a “informaciones e ideas de toda índole.”

El acotamiento del contenido posible de la expresión a “ideas” dio lugar a tres tipos de restricciones históricas: a) la que restringe el discurso a la expresión de ideas “políticas,” b) la que excluye el discurso desprovisto de ideas y c) la que excluye determinado tipo de ideas.

El primer punto de vista fue sostenido durante mucho tiempo, al punto que FAYT afirma que el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa era la especie política del derecho de expresión.¹ Esto se justifica en que justamente el discurso político (junto con el religioso) fue objeto de la primera restricción histórica en función del contenido. URQUIZA, en su proclama del 17 de marzo de 1852, decía “[...] La sangre argentina, que por más de veinte años ha humedecido nuestros campos y salpicado nuestros bosques, se debe primero a la desmoralización nacida y fomentada en *esos libelos infames* que incendiaron los pueblos, insurreccionaron las masas, extraviaron las ideas, y elevaron

y *conduct*): El primero tiene impacto comunicativo y no puede ser regulado fuera de excepciones

triunfantes el libertinaje hasta los confines de la República.”²

La Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, en su 41º período de sesiones, destacó que el derecho de expresión no puede ser solamente una cuestión de derecho o de política.

El segundo tipo de restricción encuentra eco aún en la actualidad. Así, la Corte Suprema Argentina afirmó que “no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquéllo que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas.”³

El tipo de restricción que designamos en c) requiere un análisis particularizado de los distintos aspectos (política, violencia, moralidad, seguridad nacional, etc), que será efectuado en el punto relativo a limitaciones en función del contenido. El principio general fue establecido por la Corte Europea en el caso *Lingens*⁴ (entre múltiples antecedentes): la libertad de expresión es aplicable no sólo a la información o a las ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o como una cuestión indiferente, sino también a aquellas que conmocionan o molestan.

Cuestión importante es la relativa a la “verdad” del contenido del mensaje. En éste sentido, se ha argumentado sobre un supuesto “derecho a la verdad,” y numerosos documentos internacionales recalcan el compromiso de los medios con la verdad.⁵ VITTORIO MAHIEU, por ejemplo, dice que “cuando un grupo lo suficientemente poderoso logra engañar al público mediante la difusión sistemática de mentiras, lo que se viola es precisamente un derecho humano, el derecho a la

específicas; la segunda no tiene impacto comunicativo y puede ser regulada en tanto no se reduzca indebidamente el flujo de informaciones e ideas. Con sujeción a este criterio el Tribunal convalidó el poder estadual de prohibir el baile totalmente desnudo para proteger el orden y la moralidad y consideró, en cambio, que el acto de quemar banderas es una conducta expresiva que debe ser protegida.

^{4.4} MILLER, JONATHAN y otros, *op. cit.*, p. 1045. En el mismo sentido, la Corte Suprema Norteamericana sostuvo que las libertades “garantizadas por la primera enmienda deben ser acordadas a las ideas que odiamos: de lo contrario, tarde o temprano, serán denegadas a las ideas que amamos (citado por BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS; GULLCO, HERNÁN VÍCTOR, *El Derecho a la Libre Expresión*, Librería Editora Platense S.R.L., 1997, p. 16.)

^{4.5} Por ejemplo, Resoluciones 59 y 127 de la Asamblea General, Convención sobre la Libertad de Información (adoptada en 1948 por la Comisión de Derechos del Hombre de la ONU; art. 2); Código de Honor de Periodistas de la ONU (admitido por la Comisión de la Asamblea General en 1952; art. 2), Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión (Chapultepec, 1944; art. 9); Código de Ética del Círculo de Antioquía de 1970 (art. 3), Carta del Periodista de Francia de 1965.)

^{4.6} A. DIEMER y otros, *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Serbal/Unesco, 1985, p. 37.

^{4.7} GUIBOURG, RICARDO A., *Introducción al Conocimiento Científico*, Eudeba, 1997, p. 88. Comparar GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., 2003, cap. I.

^{4.8} BALLESTER, ELIEL C., *Teoría y Cuestiones de la Libertad de Información*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 95. Asimismo, la Declaración Hemisférica sobre la Libertad de Expresión (Chapultepec, 1994), puntualizó diversas reglas de credibilidad, tales como la diferenciación entre mensajes periodísticos y comerciales (remedios contra la calvicie o la impotencia), reglas que deben ser autoimpuestas, estando el premio o castigo a cargo de la opinión pública.

verdad.”⁶ Sin embargo, éstos asertos son controvertibles: no siempre hay verdad que verificar, y cuando la hay ésta no es siempre fácilmente verificable.

En su acepción mas difundida, el término *verdad* designa una relación de correspondencia entre una proposición y el estado de cosas que ella describe.⁷ Los valores Verdad y Falsedad, entonces, son predicables respecto de hechos o situaciones con contenido factual, y no se aplican a las opiniones o valoraciones desprovistas de sustrato fáctico: el comentario es sometido a la prueba de la equidad, la imparcialidad, la lealtad, la justicia [...] pero no de la verdad.⁸

Por otra parte, surge la pregunta: ¿quién determina lo verdadero y lo falso? La admisión indiscriminada de un derecho a la verdad obligaría al Estado a fabricar y poner ésta a disposición del público. Los penalistas niegan la existencia de este derecho, que alguna vez había sido admitido.⁹ No hay delito de noticia falsa ni delito de opinión: cuando se disiente del dogma oficial, o de la verdad oficial. La noticia falsa solo puede ser el instrumento del delito, si es vehículo de calumnia o injuria (art. 109 y ss., Cód. Penal) o de fraudes al comercio y a la industria (art. 300, inc. 1º, Cód. Penal.)

La libertad es para toda noticia, no sólo para las exactas e imparciales. La inexactitud tiene cabida en el proceso de la información como el error en la dialéctica, y son precisamente la diversidad y la dialéctica los medios para discriminar lo verdadero de lo falso, lo que solo puede surgir del libre intercambio de ideas.¹⁰

Por último, es principio admitido que toda transmisión de mensaje de un sujeto a otro implica necesariamente una variación del contenido del mensaje. CARL JUNG enseña que cada palabra significa algo ligeramente distinto para cada persona, por lo que siempre hay diferencia de significado, que se incrementa cuando la gente difiere en experiencias sociales, políticas, religiosas o psicológicas.¹¹

^{4.9} SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, LL, 1945, V-306.

^{4.10} JOHN STUART MILL argumenta “si se obliga a cualquier opinión al silencio, dicha opinión podría ser, por lo que sabemos, verdadera. Negar ésto es suponer nuestra propia infalibilidad. En segundo lugar, aun cuando la opinión silenciada esté equivocada, es posible —y ello ocurre a menudo— que ella contenga una porción de verdad; y desde que la opinión dominante sobre cualquier tema raramente o nunca tiene toda la razón, es sólo a través del choque de opiniones contrarias que existe la posibilidad de que pueda aportarse el resto de la verdad.” En el mismo sentido, el Juez HOLMES sostuvo en el caso *Abrams v. United States* que “el fin último deseado es mejor alcanzado por el libre intercambio de ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competición del mercado, y que la verdad es la sola base sobre la cual sus anhelos pueden ser conseguidos sin riesgo” (citas de BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS y GULLCO, HERNÁN VICTOR, en *El Derecho a la Libre Expresión*, Librería Editora Platense S.R.L., 1997, pp. 8 y 9.) Comparar GORDILLO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

^{4.11} JUNG, CARL G., *El hombre y sus símbolos*, Aguilar, 1969, p. 40. Comparar GORDILLO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

^{5.1} En EEUU, *Test O'Brien (US vs. O'Brien)*: “una reglamentación estatal está suficientemente justificada si está dentro del poder constitucional del estado, si promueve un interés estatal importante o sustancial, si el interés estatal no se relaciona con la supresión de la libertad de expresión, si la restricción incidental en las libertades alegadas de la Primera Enmienda no va más allá de lo esencial para la promoción de tal interés.”

^{5.2} BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, 1986, p. 271.

^{5.3} O'DONNELL, DANIEL, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de

5. *Limitaciones y restricciones*

5.1. *Censura previa*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la prohibición de censura previa en forma más precisa que cualquier otro instrumento internacional. En efecto, el Pacto delimita los contornos de la prohibición, en tanto fija sus límites interno y externo. En el primer sentido, incluye la prohibición de restricción por vías o medios indirectos, que en nuestra jurisprudencia fueron asimilados a la censura; en el segundo, determina el caso en que sí es admisible la censura previa: espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Por otra parte, el Pacto incluye la prohibición de “controles particulares,” y establece un elemento de equilibrio en el artículo siguiente: derecho de rectificación o respuesta.

En la OC 5/85 la Corte Interamericana estableció que la prohibición de censura previa rige incluso si se trata de prevenir un abuso a la libertad de expresión: en ésta materia toda medida preventiva significa inevitablemente el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención (sum. 38.) Coherentemente, la jurisprudencia argentina estableció que no corresponde la censura previa ni aún en el caso de que la publicación implique la comisión de un delito: sólo es posible actuar *ex post* sobre la responsabilidad emergente de la publicación (caso *Verbistky*, *Fallos*: 312: 916.)

Asimismo, la CIDH sentó el principio de que ni siquiera durante un estado de excepción (a pesar de que la libertad de expresión es uno de los derechos suspendibles) puede el gobierno censurar cualquier manifestación política, debiendo censurar solamente aquellas expresiones que tengan relación con la amenaza concreta (Informe Anual 1982-1983, con relación a Nicaragua.)

5.2. *Responsabilidades ulteriores*

En los términos del Pacto, las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: *a*) el respeto de los derechos o la reputación de los demás o *b*) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Los principios generales en ésta materia están contenidos en la OC 5/85, que recoge la doctrina europea establecida en los casos *Barthold*, *Sunday Times* y *Lingens*.¹ Análisis:

A) Requisitos para que se configure la responsabilidad ulterior: (todos exigidos

Juristas, 1988, p. 251. La doctrina de las restricciones diferenciadas de acuerdo al medio fue también sostenida por la Corte Norteamericana en *FCC v. Pacifica Foundation*, (438 US 726 (1978), en relación a la radio, BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 432.

^{5.4} Ver TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Derechos Humanos y Jurisprudencia*, Eudeba, 1998, p. 102. Asimismo, BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 352.

por el tipo del 13.2.)

- 1) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- 2) La definición expresa y taxativa de estas causales por la ley.
- 3) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas.
- 4) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

B) Delimitación de la expresión “necesarias para asegurar:”

Cuatro reglas: la primera surge de los sumarios 41 y 42 confrontando las restricciones permitidas por el art. 13.2 con los criterios de interpretación de los arts. 29 *c* y *d* y 32.2; las tres restantes surgen del sumario 46 y son la aplicación de la doctrina europea en *Sunday Times*.

1. tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades o instituciones *democráticas*.

2. deben estar orientadas a satisfacer un *interés público imperativo*, no siendo suficiente que sean útiles, razonables u oportunas, por lo que entre varias opciones debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido.

3. deben justificarse según *objetivos colectivos* que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho de expresión.

4. deben ser *proporcionadas* al interés que la justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

En lo que respecta a la *libertad de opinión*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Comentario General 10 sobre el art. 19 del Pacto Internacional, sostuvo que el derecho de opinión no conoce *ni excepción ni restricción* (*Informe 1983*, p. 109), y aplicó esa norma en casos de persecución contra dirigentes políticos y sindicales (*Jaona c. Madagascar* y *López Burgos c. Uruguay*).

5.3. Limitaciones en función del medio

Las normas históricas de la Constitución de 1853 se refieren a la *prensa* (art. 14) y a la *imprensa* (art. 32.) La aparición de nuevos medios de comunicación planteó el problema de determinar si la prohibición de censura previa era también aplicable a ellos, suscitándose interpretaciones disímiles. La incorporación de la censura previa al Pacto permitió incorporar a la tutela a los medios que no son prensa, aunque antes del mismo la Corte ya había reconocido la *libertad de expresión artística* (*Colombres Ignacio c. Estado Nacional*.) BIDART CAMPOS sostiene concluyentemente que el art. 13.2 del Pacto prohíbe la censura previa para la libertad de expresión en sentido amplio y en todas sus formas.² En el derecho judicial, la tesis amplia fue adoptada en los casos *Mallo* (cine), *Ekmekdjian c. Sofovich* y *Servini de Cubría* (televisión), aunque en la doctrina

en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo. Una opinión de que los comerciantes en cereales matan de hambre a los pobres o que

predomina la tesis de las restricciones diferenciadas de acuerdo a los diversos medios. En *Servini de Cubría*, el Ministro LEVENE sostuvo que “la libertad de expresión se extiende a medios como el cine, la radio y la televisión, que los tutela ampliamente sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta sólo a cierto ámbito o finalidad [...] porque entonces la garantía quedaría en letra muerta.” En cambio, los DRES. CAVAGNA MARTINEZ, MOLINÉ O’CONNOR y NAZARENO afirmaron que los medios electrónicos gozan de una protección más atenuada dado su “intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad desplaza los derechos de quien allí se entromete y además porque sus transmisiones son accesibles a la infancia.”

En el plano internacional, el Comité de Derechos Humanos sostuvo en *Hertzberg c. Finlandia* que “la libertad de expresión no incluía un derecho de acceso a programas de televisión,” y que “el negar acceso a los medios electrónicos de comunicación social no puede equipararse a la censura,” cuando se trata de protección de la moralidad pública, dado que en esos casos “no es posible ejercer control sobre el público [...] (y) no pueden excluirse efectos perniciosos sobre los menores de edad.”³

En lo que respecta a las expresiones por Internet, la Corte Suprema Norteamericana estableció en 1997 la inconstitucionalidad de la *Federal Communications Decency Act*, concluyendo *Cyberspace must be Free (Reno et al v. American Civil Liberties Union et al.)*⁴

Finalmente, y en relación a la responsabilidad de los medios de prensa, la jurisprudencia argentina se rige por dos criterios básicos, sentados en los casos *Vago* y *Campillay*.

En el primero de ellos la Corte acogió la doctrina de la “real malicia,” siguiendo los pasos de la Corte Norteamericana en *New York Times v. Sullivan* (1964),⁵ y afirmó que “quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta deberán demostrar que el autor de la noticia procedió con malicia,” o también cuando “demuestre imprudente y notoria despreocupación sobre si es falsa o no.” La doctrina es aplicable sólo cuando se trate de *figuras públicas* o manifestaciones que versan sobre funcionarios públicos, y no se extiende a los supuestos de

^{5.5} Doctrina elaborada por la Corte Norteamericana para el caso de Figuras públicas en *New York Times v. Sullivan* y extendida luego a los casos de personas privadas revestidas de interés público y particulares en los casos *Curtis v. Butts* (1967), *Rosebloom v. Metromedia* (1971), *Gertz v. Welch* (1974) y *Philadelphia Newspapers v. Hepps* (1986.)

^{6.1} HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1993, t. I, p. 135.

^{6.2} FAYT, *op. cit.*, p. 368.

^{6.3} BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 369; comentario al caso *Bresky*, CSJN, 1-IX-98, JA, 1989-II-306.

^{6.4} POPPER, KARL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, t. I, p. 175.

^{6.5} BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 70. Estos autores sostienen que la doctrina tiene origen en el pensamiento de MILL, en tanto afirma “aún las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias

expresión de ideas, juicios de valor o manifestaciones insusceptibles de verdad o falsedad. En éste sentido, la Corte Suprema Norteamericana estableció que “[...] no existen las falsas ideas. No obstante lo pernicioso que una opinión puede parecer, dependemos de la corrección no de la conciencia de jurados y jueces, sino de la competencia de otras ideas” (*Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323; 1974.)

Y en el caso *Campillay c. La Razón, Crónica y Diario Popular* (1986) nuestra Corte elaboró el siguiente test para eximir de responsabilidad a los medios de prensa. Es necesario: 1) utilización del modo potencial de los verbos, o 2) citar la fuente de información, o 3) dejar en reserva la identidad de los implicados.

6. Limitaciones en función del contenido

6.1. Moralidad

Estas restricciones presentan la dificultad de determinar el alcance del concepto “moral pública.” no existe una pauta universal al respecto. Como primera aproximación, cabe admitir que se trata de una convención social, permeable a la mutación de las formas de vida aceptadas por la comunidad y relativa a condicionamientos sociológicos, geográficos, etc.

En el plano internacional el Comité de Derechos Humanos sostuvo en *Hertzberg c. Finlandia* que “la moral pública difiere ampliamente. No hay una norma común de aplicación universal. Por consiguiente, hay que conceder un cierto *margin de discreción* a las autoridades nacionales pertinentes,” y decidió que la censura de unos programas para ser transmitidos por televisión sobre la homosexualidad no resulta violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El mismo criterio fue sustentado por la Corte Europea en el *Caso del Pequeño Libro Rojo para Escolares* (HANDYSIDE), secuestrado por considerarse obsceno según las leyes inglesas.¹

En nuestro país, se recuerda la censura de las películas *El Silencio* de INGMAR BERGMAN (caso *Muzureta y otros*, 1964), y *Último Tango en París* de BERNARDO BERTOLUCCI (caso *Saccone*, 1975.) En el primero de ellos, la Cámara Criminal de la Capital consideró que, para calificar la obscenidad, hay que colocarse en el lugar “de nuestro modo de sentir y estilo de vida argentinos,” criterio que hizo extensivo al contenido no censurable de la película, juzgado “no comprensible para la generalidad del público espectador.”²

Por otra parte, la regulación de éste tipo de expresiones responde a parámetros distintos que los utilizados para otro tipo de discursos. (Políticos, religiosos, filosóficos, etc.) Así, son restringidas en tanto *afecten* a terceros, mientras que la relevancia de los últimos consiste precisamente en *afectar* a terceros. En éste

la propiedad privada es un robo, no debería ser molestada cuanto simplemente es echada a circular a través de la prensa, pero puede incurrir justamente en una sanción *al ser expuesta oralmente ante una turba excitada que se encuentra reunida frente a la casa del comerciante de cereales*,” p. 69.

sentido, la doctrina ha sostenido que “aún para las posiciones más tolerantes, existen dos clases de mensajes amparados por las disposiciones sobre libertad de expresión: los considerados *serios* y *valiosos* (p. ej. los mensajes políticos, religiosos, filosóficos o artísticos), que merecen una muy amplia protección y que sólo pueden ser restringidos en circunstancias excepcionales, y los de *menor valor* que son autorizados en tanto no *afecten* a terceros.”³

La Convención Americana de Derechos Humanos establece el principio más libertario de la legislación universal, en tanto introduce una distinción no contemplada en la Convención Europea ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que permite de consuno atemperar la *doctrina de la discrecionalidad* y elucidar la fórmula de la *afectación a terceros*.

En efecto, las limitaciones en función de la moralidad son contempladas en el Pacto desde el doble punto de vista de la *censura previa* y las *responsabilidades ulteriores*, es decir, antes y después de la publicación. Desde el primer enfoque contempla la censura previa de espectáculos públicos “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia [...]” (art. 13.4); desde el segundo, incluye en el campo de las responsabilidades ulteriores la regulación por ley para proteger la *moral pública* (art. 13.2.b).

Antes de la publicación sólo puede haber censura previa para protección de menores, después de ella, y con relación a mayores de edad, las responsabilidades emergentes deben estar fijadas por ley con sujeción a los criterios de la OC/5: máxima protección para los menores, máxima libertad para los mayores.

Por último, y en el plano filosófico, KARL POPPER afirmó que “es mucho más conveniente que la moralidad del estado sea controlada por los ciudadanos y no a la inversa. Lo que queremos y necesitamos es moralizar la política, y no hacer política con la moral.”⁴

6.2. Seguridad nacional (art. 13.2 b) CADH)

A partir de 1919, en ocasión de interpretar el sentido de la ley de Espionaje de 1917, la Corte Suprema norteamericana resolvió que los dicentes no podían ser reprimidos a menos que sus expresiones generaran un *peligro claro y actual* para la seguridad de la Nación (*Schenck v. United States*; 249 US 47; 1919.) El Juez HOLMES formuló la doctrina en los siguientes términos: “La más estricta protección de la libertad de expresión no protegería a una persona que gritara falsamente *fuego* en un teatro lleno y causando un pánico [...] La cuestión en cada

^{6.6} Voto del Juez BRENNAN; ver FISS OWEN, *op. cit.*, p. 150.

^{6.7} *Op. cit.*, p. 91.

^{6.8} MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, p. 949.

^{6.9} MILLER, GELLI, CAYUSO, *op. cit.*, nota 1 del cuestionario, p. 955.

^{6.10} Para responder ésta pregunta es interesante comparar nuestro contexto con el que surge de las posiciones antagónicas de los jueces en el caso *Dennis v. United States* (341 U.S. 494) —en relación a dirigentes del partido comunista norteamericano— (BIANCHI-GULLCO, pp. 73-76.) Presidente: “el derrocamiento del Gobierno por la fuerza y la violencia es, ciertamente, un interés lo suficientemente

caso depende si las palabras han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir.”⁵

En aplicación de esta doctrina, el mismo Tribunal prohibió en *New York Times Co. v. United States* (403 U.S., 713, 725; 1971) que el gobierno federal detuviera la publicación de los informes sobre la guerra de Vietnam, normalmente conocidos como los *Papeles del Pentágono* —que podían afectar la seguridad militar de los EEUU y prolongar la guerra en Vietnam—, y sostuvo que la censura previa solo podría ser justificada mediante “[...] la alegación y la prueba por parte del gobierno de que la publicación ha de causar de un modo inevitable, directo e inmediato el acaecimiento de un acontecimiento comparable con poner en peligro un transporte ya en alta mar [...]”⁶

Cabe preguntarse sobre la aplicabilidad de la doctrina del peligro claro y actual en el Derecho Argentino. En este sentido, ENRIQUE BIANCHI y HERNÁN GULLCO sostuvieron que “existen fuertes argumentos —fundados en los antecedentes constitucionales y jurisprudenciales argentinos— en favor de receptar dicha teoría en nuestro derecho [...] y pueden formularse buenas razones, desde el punto de vista valorativo, para defender la aplicación de dicha doctrina.”⁷

En el Caso *Verbitsky*, la Cámara Federal hizo una aplicación *implícita* de la doctrina mentada, en tanto, luego de citar varios fallos norteamericanos que la establecen, dijo: “la similitud de los textos de la enmienda I —en lo que toca a la libertad de prensa— y el art. 32 de la Constitución nacional concede a la interpretación que de la garantía efectúa la Suprema Corte de EEUU, una interpretación que nuestra propia Corte ha resaltado en sus distintos fallos sobre el tema. De tal suerte, las conclusiones que puedan extraerse de la jurisprudencia norteamericana constituyen criterios hermenéuticos valiosos, cuya función orientadora no puede desecharse, puesto que arrojan luz sobre el alcance que debe acordarse a la libertad de prensa,” agregando que “puede colegirse una sustancial coincidencia entre los puntos de vista de ambos tribunales.”⁸ Sin embargo, el Tribunal omite considerar en forma *explícita* las circunstancias que generaban el peligro. La solicitada que motiva el caso iba a ser publicada en un momento de situación extremadamente crítica para la vigencia de las instituciones en nuestro país,

sustancial como para que el Gobierno limite la libertad de expresión. Por consiguiente, si éste interés puede ser protegido, el problema literal que se presenta es que se quiere decir con el uso de la frase «peligro claro y actual» [...] Obviamente, dichas palabras no pueden significar que *antes de que el Gobierno pueda actuar, debe esperar hasta que el golpe de estado está a punto de ser ejecutado, los planes hayan sido formulados y que se espere la señal.*”

Juez DOUGLAS en disidencia: “Cómo es posible afirmar que exista un peligro claro y actual de que esta defensa (de la ideología comunista por parte de los acusados) vaya a tener éxito?. En los EEUU, los comunistas son miserables mercaderes de ideas rechazadas, sus mercaderías permanecen invendidas. El hecho de que sus ideas sean aborrecibles no las convierte en poderosas. Así, si hemos de proceder con base al *conocimiento notorio*, me es imposible afirmar que los comunistas son tan poderosos en éste país, o que están tan estratégicamente colocados, que deben ser reprimidos en

por lo que resultaba difícil calcular la potencialidad dañosa de sus palabras.⁹

Reformulamos la pregunta: ¿es necesario en nuestro medio llegar hasta la cornisa del peligro inminente?¹⁰

En el plano internacional, la CIDH condenó la existencia de leyes penales en blanco con fórmulas tales como *atenten contra la defensa nacional, u otros casos semejantes* o la locución, *etc.* (Informe *Diez Años...*, p. 326), y sostuvo que la prohibición de “la publicación de informaciones sobre actos contra revolucionarios, desórdenes, ataques a las autoridades, motines, huelgas, interrupción de servicios públicos, toma de tierras, fincas y haciendas, etc., era muy amplio e indeciso [...] lo que puede dar origen a serios abusos al poderse interpretar por las autoridades que cualquier crítica al Gobierno se encuentra prohibida” (Informe *Nicaragua*, 1981.)

Con respecto a la emergencia prevista en la institución del Estado de Sitio (art. 23 CN), el único motivo de cuestionamientos —a través de votos disidentes— ha sido el relativo al secuestro de publicaciones y clausura definitiva de imprentas, convalidados por la Corte Suprema Argentina en épocas pretéritas.¹¹ La CIDH estableció que el estado de emergencia sólo autoriza la censura de expresiones razón de su discurso [...]” *En relación a nuestro medio, y con el criterio del “conocimiento notorio,” ¿con cuál de las dos posiciones se identifica el estudiante lector?*

^{6.11} Casos *Bertotto*, Fallos, 160:104; *Voz Peronista*, *Diario La Hora*, Fallos, 236: 41; *Norte*, Fallos, 244: 59, y *Agosti*, Fallos, 248: 529. La Corte decide que el estado de sitio suspende todas las garantías constitucionales y que la medida de cerrar imprentas no importa una Pena. Tampoco puede cuestionarse la legitimidad del secuestro de la publicación. En el caso *Azul y Blanco* sostuvo que la prohibición del presidente de aplicar penas se entiende referida al resultado de efectos jurídicos permanentes, por lo que la clausura sería una medida transitoria, que deviene inconstitucional si subsiste luego de cesar los efectos de la ley que declara el estado de sitio.

En el caso *Sauce Almagro*, *Rodolfo*, Fallos, 252: 246, la Corte convalidó la clausura del periódico *Nuevo País* con disidencia de BOFFI BOGGERO, quien sostuvo que es evidente que si el presidente no puede aplicar penas mediante un proceso en que las partes gozan de todas las garantías, menos puede hacerlo sin esas formalidades.

En los casos *Primera Plana y Ojo*, Fallos, 276: 80, se convalidó el secuestro, clausura y prohibición de la revista y cualquier publicación sustitutiva, con disidencia de RISOLÍA, que consideró que se trató de un castigo sin ley y sin proceso, con lesión de los derechos de defensa, propiedad, trabajar y ejercer industria lícita.

^{6.12} Ver BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 80.

^{6.13} MILLER, GELLI, CAYUSO, *op.cit.*, p. 1045.

^{6.14} BIANCHI-GULLCO, *op. cit.*, p. 246. En la tradición anglosajona, históricamente se consideraba que “cuanto mayor era la verdad tanto mayor era la difamación,” porque la crítica podía llevar más descrédito al gobierno. Es la jurisprudencia inglesa en el caso de *libellis famosis*, libelo escrito en verso por el cual se agraviaba al Arzobispo de Canterbury. Si el caso era exorbitante, la pena era la pérdida de las orejas. Esta doctrina fue cambiada en EEUU en el caso *Zenger*, periodista detenido por sus ácidas críticas al gobierno, que continuó escribiendo aún en prisión. El abogado HAMILTON aparentó ver la causa desde el lado de la parte acusadora, y obtuvo la absolución de JOHN PETER ZENGER. Más tarde la verdad se convirtió en una defensa absoluta contra el cargo de difamación.

^{6.15} BIANCHI-GULLCO, *op.cit.*, p. 273.

^{6.16} O DONNELL, *op.cit.*, p. 248.

que tengan relación con la amenaza concreta (Informe Anual 1982-1983). Y en el trabajo titulado *Diez Años...* afirmó que “Ya sea por las facultades que conceden esos estados de emergencia, por la legislación de excepción que ha sido promulgada en aplicación de ella, o por los precedentes creados por abusivas conductas anteriores de los gobernantes que arbitrariamente hayan clausurado diversos medios de comunicación social o encarcelado periodistas, lo cierto es que prácticamente todos los países en que rigen estos estados de emergencia, los medios de difusión del pensamiento aplican una autocensura por temor a ser sancionados, o los periodistas a ser detenidos,” p. 326.

6.3. *Violencia, discurso del odio*

La Convención Americana prohíbe en su art. 13.5 “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones al uso de la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

El criterio que surge de ésta norma merece ser confrontado con la doctrina analizada en el punto anterior, en la tradición del derecho judicial norteamericano que protege el discurso que “exalta la ira, invita a pelear, provoca una situación de inquietud o crea desorden” (*Terminiello v. Chicago*), o la prédica de dirigentes del Ku Klux Klan (*Brandenburg v. Ohio*; 395 US 444, 1969), o sostiene la invalidez de una medida cautelar destinada a impedir una manifestación nazi en un pueblo judío (*Village of Skokie v. National Socialist Party of America*), porque “la impopularidad de las ideas o su carácter perturbador, repugnante y aún su impacto alarmante no son suficientes” para autorizar la prohibición.¹²

Entiendo que el art. 13.5 rechaza explícitamente toda interpretación que permita aplicar la doctrina del peligro claro y actual al campo por ella regulado. En efecto, la norma prohíbe el discurso que incita a la violencia “o cualquier otra acción ilegal similar:” si consideramos ésta fórmula como comprensiva de acciones de menor efecto dañoso que el uso de la fuerza (no puede concebirse otra cosa) tenemos que no es necesario llegar hasta el extremo del peligro inminente —por aplicación del criterio *maiorus et minorus*—, bastando la configuración de esas causales de menor efecto dañoso.

Por lo demás, la Ley Antidiscriminatoria 23.592 establece que “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizar propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.”

6.4. *Discurso político, juicios críticos y de valor*

La Corte Europea de Derechos Humanos estableció en el caso *Lingens* la protección de los juicios de valor, insusceptibles de verdad o falsedad. Al respecto, y luego de distinguir entre informaciones y opiniones, destacó la importancia de éstas últimas, señalando que la libertad de prensa es “uno de los mejores medios para descubrir y formar su opinión (la del público) acerca de las ideas y actitudes de los líderes políticos.”¹³ En relación a la crítica a funcionarios públicos, señaló que “los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante.”¹⁴

En el mismo sentido, la Corte Suprema Argentina estableció en el caso *Timmerman* (*Fallos*, 269: 200) que “ningún funcionario, ni siquiera los jueces, gozan del privilegio de estar exentos de la crítica.”¹⁵

Por su parte, la CIDH sostuvo que “En algunos casos, el mantenimiento de los regímenes de excepción se ha prolongado por mucho más tiempo del necesario para garantizar adecuadamente la seguridad del Estado o ha llegado a alcanzar los caracteres propios de una real persecución por motivos ideológicos. En los hechos, se han sancionado normas que importan la creación de verdaderos *delitos de opinión*, esto es, de delitos que se configuran por la ideología que sustente el individuo, sin necesidad de que ésta se revele en actos materiales dañosos. El mero hecho de sustentar y difundir una determinada doctrina político-filosófica ha sido erigido en figura delictuosa. La incriminación alcanza a toda expresión del pensamiento político, sociológico, económico, histórico o filosófico derivado de las enseñanzas de CARLOS MARX y de sus epígonos. Cualesquiera que sean las consecuencias a que pueda llevar la acción basada en determinada ideología, en todo caso, y cualquiera sea el juicio de valor que ese modo de pensar merezca, lo cierto es que *las ideologías no pueden ser eliminadas como se elimina una enfermedad epidémica o un grave vicio social, si es que han de subsistir los principios básicos del régimen democrático-representativo de gobierno* [...] No es admisible que, por el solo hecho de sustentar y difundir una cierta ideología, un hombre se transforme en una especie de “intocable,” a quien se considera legítimo privar de posibilidades de trabajo, cortarle la libre expresión de sus pensamientos y aun mandarlo a la cárcel.”¹⁶