

¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?

What legal limitations can be set on freedom of speech?

*Martín Risso Ferrand**

RESUMEN: Partiendo de la Convención Americana de Derechos Humanos y teniendo especial consideración por las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana, el autor procura determinar cuáles son las pautas jurídicas principales para tener en cuenta a la hora de analizar eventuales limitaciones a la libertad de comunicación. El trabajo se orienta principalmente hacia las comunicaciones radiales y televisivas.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. E-mail: martinrisso@estudiorisso.com.uy.

El presente trabajo responde, entre otras causas, a la actual discusión en Uruguay de un proyecto de ley regulatorio de los medios de comunicación audiovisual, que ha generado numerosas dudas en el plano político en relación con los límites que enfrenta el legislador en esta materia.

Esta es la razón por la que no se hace mención a literatura especializada en temas conexos y el estudio se limita a la consideración de la jurisprudencia de la Corte IDH (imprescindible conforme el contralor de convencionalidad). Sin duda el estudio pudo haber sido más amplio; pero no era éste su propósito. El objetivo perseguido no es hacer un análisis integral del tema de libertad de comunicación de pensamiento, ni un análisis completo del principio de legalidad, ni tampoco un análisis doctrinal del tema. Lo que busco es analizar el principio de legalidad a los solos efectos del art. 13 de la CADH, teniendo en cuenta exclusivamente el texto de la Convención y los criterios de la CIDH.

PALABRAS CLAVE: Libertad de comunicación de pensamiento.

ABSTRACT: On the basis of the American Convention on human rights and with the special consideration by the interpretations made by the Inter-American Court, the author seeks to determine what are the main legal guidelines to take into account when considering any limitations on the freedom of communication. The work is mainly oriented towards radio and television communications.

KEY WORDS: Freedom of speech.

SUMARIO: Introducción. Aproximación a la libertad de comunicación de pensamientos. Algunos temas centrales y problemas. Puntos de partida para el estudio de la regulación de los medios de comunicación audiovisual. La Convención Americana y la Corte IDH. La jurisprudencia de la Corte IDH. Síntesis de las pautas que emergen de la Convención, la Constitución y la jurisprudencia. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las posibilidades de limitación de un derecho humano es un tema polémico y por demás sensible.

Así podemos encontrar posiciones —inaceptables en mi opinión— que postulan que los derechos humanos se encuentran sometidos, subordinados o supeditados a las “razones de interés general”, lo que implica la primacía de estas razones sobre los derechos en un claro camino hacia el transpersonalismo.¹ En el otro extremo aparecen opiniones que postulan la ilimitabilidad de los derechos humanos salvo previsión constitucional o convencional que habilite la restricción². Y en tramos intermedios aparecen opiniones que admiten la restricción siempre que no se afecte el contenido esencial del derecho³ o quienes simplemente admiten la limitación legal aunque sin subordinar los derechos humanos al interés general⁴.

Pero si el tema es tan trascendente como polémico debe reconocerse que las dificultades aumentan cuando se analiza la libertad de comunicación de pensamiento. En efecto, la pluralidad de modelos, la pluralidad de marcos normativos, la realidad que demuestra que deben existir injerencias mínimas en esta libertad a los efectos de asegurarla y de que sea efectiva, así como la propia trascendencia de esta libertad (base del sistema democrático), tornan muy difícil el análisis.

No se procurará en este trabajo un análisis integral de la libertad de comunicación de pensamiento sino algo muy concreto. El objetivo que se perseguirá será responder una pregunta que está enunciada en el propio título del artículo: ¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?

¹ Me remito a lo dicho al respecto en *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, FCU, segunda edición actualizada, Montevideo, 2011, págs. 101/136.

² *Ibídem* pág. 59/76.

³ *Ibídem* pág. 64 y ss.

⁴ Por ejemplo sentencia N° 80/2008 de la Suprema Corte de Justicia.

A los efectos de cumplir con lo anterior se procederá de la siguiente forma:

En primer lugar se procurará una aproximación a la libertad de comunicación de pensamiento, intentando determinar su contenido y trascendencia.

Luego se hará una brevísima aproximación al tema mencionando y a algunos de los sistemas más relevantes de nuestros tiempos, para desembocar luego en el sistema establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Realizado lo anterior, y con el auxilio de la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se procurará enumerar las hipótesis y condiciones en que las limitaciones son posibles.

Una precisión final radica en que sin perjuicio de referir a las normas constitucionales e internacionales que regulan la libertad de comunicación en general, me referiré especialmente a la libertad que se materializa a través de la televisión, radio o similares.

APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTOS

La libertad de comunicación de pensamientos aparece, dentro del elenco de los derechos humanos, con una trascendencia especial. La Corte IDH ha destacado a través del *estándar democrático* que la libertad de expresión es un valor que cuando se pierde pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de un sistema democrático⁵. También BARBAGELATA ha señalado que la libertad de expresión aparece con un doble carácter: como derecho propiamente dicho y como garantía de los restantes derechos humanos. Agregaba este autor que este derecho es inseparable de los restantes derechos humanos, ya que si no hay libertad de expresión del pensamiento ninguna otra libertad estará segura, ya que estará cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos⁶.

Asimismo forzoso es reconocer, como ha hecho la Suprema Corte de Justicia, que esta libertad *es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia [...] Incluso se ha dicho desde otro plano: “[...] la libertad de prensa [...] más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado [...] (es) una institución indispensable del Estado democrático”[...]*.

⁵ Opinión Consultiva 5/85.

⁶ BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978, pág. 27 y 28.

⁷ LJU caso 13.189. SCJ sentencia de 23 de octubre de 1996

DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, luego de recordar la declaración de 1789 en cuanto a que *los no autoritarios consideran la libertad de expresión como la más valiosa de las garantías constitucionales*, señalan que la libertad de expresión es una condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho al voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de interés. En síntesis, sin descartar ni desmerecer su condición de derecho fundamental, señalan que este derecho aparece además como una garantía institucional, afirmación que efectúan sobre la base de la importancia que la propia Constitución española otorga al pluralismo político e ideológico⁸.

El fundamento de lo anterior y las bases principales del diseño constitucional e internacional son muy claras y encontramos tres grandes fundamentos (o categorías de fundamentos) para apreciar el alcance de esta libertad y sus consecuencias⁹.

En primer lugar esta libertad resulta básica para el propósito de los seres humanos de descubrir la verdad. Cada vez que se silencia o restringe una opinión, manifestación o similar, se puede estar afectando algo idóneo para alcanzar la verdad. El juez Oliver Wendell HOLMES usaba la metáfora del *"marketplace of ideas"*, para referir a que todas las expresiones debían competir libremente en ese mercado ideal para que cada sujeto puede determinar cuáles son las que prefiere, las que comparte, las que rechaza, etc.

En segundo lugar esta libertad es básica para que pueda funcionar un sistema democrático. Sólo mediante el debate y la difusión de ideas, hechos, acontecimientos, etc. se podrá lograr una sociedad democrática, en las que se respeten los derechos de las minorías (que mañana podrán ser mayorías conforme la democrática alternancia en el poder) y se evitará que los gobernantes se perpetúen (se previenen abusos de poder y se protege al disidente).

En tercer lugar esta libertad permite el desarrollo de las capacidades racionales de los individuos quienes, enfrentados a las distintas posiciones, ideas, valores, opiniones, informaciones y expresiones, tomarán sus propias decisiones o las modificarán libremente. Un aspecto básico en este punto refiere a la posibilidad de participar libremente en los debates públicos y de exponer sus propias ideas sin temor a sufrir represalias o consecuencias perjudiciales por sus afirmaciones. No puede aceptarse que la expresión de una opinión termine siendo un acto de valentía o sacrificio personal, cuando el emisor se enfrenta a la cárcel o

⁸ DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 165 - 166.

⁹ Al respecto: SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, pág. 987 y ss. CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pág. 926 y ss.

cualquier otra consecuencia negativa por exteriorizar sus opiniones o por informar sobre hechos. Esto conduce a una suerte de auto censura o censura indirecta (miedo a una sanción)¹⁰.

Estas tres razones se vinculan fuertemente con un valor superior como es la promoción de la tolerancia.

A su vez se pueden encontrar argumentos en favor de la libertad que se plantean en forma negativa. Es claro que el gobierno es manifiestamente incompetente para regular esta libertad. Primero, en la medida que no puede el gobierno de turno determinar en ningún grado lo que algunos expresan ni lo que otros leen, escuchan o ven. Además la historia enseña que todo control sobre esta libertad termina siendo, en forma consciente o inconsciente, a la corta o a la larga, dañina para la libertad y se tiende a privilegiar ciertas opiniones, creencias, o deseos del gobierno en perjuicio de otros que serían los disidentes. El gobierno de turno no es el indicado para intervenir en estos temas salvo en casos muy precisos que se verán más adelante.

En este punto debe recordarse la evidente triple distinción que se presenta en la materia: (a) En primer término la libertad de conciencia o de pensamiento, que aparece dentro del ámbito privado de cada sujeto y que no puede ser objeto de intromisiones. (b) En segundo lugar el derecho de *expresión* de pensamientos que supone, obviamente, la posibilidad de exteriorizar el pensamiento de un sujeto. Y (c) por último, la libertad de *comunicación* del pensamiento —a la que expresamente refiere el artículo 29 de la Constitución—, y que aparece como un derecho más amplio que la mera expresión. Señalaba CASSINELLI MUÑOZ que la *comunicación* del pensamiento si bien lleva implícito el derecho de *expresión* (cualquier sujeto puede exteriorizar sus propias ideas), abarca además a un sujeto distinto al emisor del pensamiento, alcanza también al receptor¹¹.

Los problemas de la “libertad de pensamiento”, que son muchos (nadie forma su pensamiento en forma totalmente solitaria sino que el pensamiento humano responde a la educación, posibilidades de acceso a ciertos elementos, ideas u opiniones, estímulos y mensajes externos, etc.), no serán analizados en este trabajo sino que me limitaré especialmente a la libertad de comunicación de pensamiento y, en lo pertinente, a la libertad de expresión de pensamiento.

Asimismo debe tenerse presente que dentro de la libertad de comunicación aparecen algunas referencias muy precisas para algunas especies: protección de fuentes e independen-

¹⁰ Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso “New York Times v. Sullivan”, sigue siendo un referente y sus conceptos han sido reafirmados en la jurisprudencia y normativa latinoamericana en la materia (STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005, pág. 1164 y ss. Y SULLIVAN ... cit., pág. 1056 y ss..

¹¹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I, pág. 63. Ver también BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983, pág. 177.

cia periodística en el caso de la prensa; derecho a establecer el ideario de la institución y libertad de cátedra en el caso de la educación; principal preocupación por la libertad en materia política, etc. Y también aparecen en muchos casos, en especial cuando la comunicación de pensamiento se profesionaliza, derechos humanos conexos con la libertad de comunicación aunque fácilmente diferenciables: libertad de empresa, derecho de propiedad, derechos derivados o vinculados al trabajo, libertad de asociación, derecho de reunión, etc.

El marco constitucional y el internacional coinciden en la importancia y necesidad de tutela especial de esta libertad. El artículo 29 de la Constitución establece que:

Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que:

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

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

- a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

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

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

La Carta Democrática Interamericana dispone en su artículo 4:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de 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.

La declaración americana de 1948 es más parca en la referencia a este derecho (artículo 4). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión en términos similares y en su artículo 20 prohíbe la propaganda en favor de la guerra o que se incite el odio racial, por nacionalidades o religioso.

ALGUNOS TEMAS CENTRALES Y PROBLEMAS

En el mundo, y en especial en América Latina, los temas centrales y los problemas de la libertad de comunicación han sido objeto de tratamiento internacional.

Por ejemplo, muy importante resulta la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dispuso:

PRINCIPIOS

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3.[...]

4. [...]

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

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, consti-

tuyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza ...

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.¹²¹³

¹² Otros tratados internacionales: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Resolución 16/4 del Consejo de Derechos Humanos 2011. Primer informe recapitulativo a la Conferencia General sobre las medidas adoptadas por los Estados Miembros para aplicar la Recomendación sobre la Promoción y el Uso del Plurilinguismo y el Acceso Universal al Ciberespacio. Contribución de la UNESCO a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Ginebra 2003 y Túnez 2005). The Bucharest Declaration.

¹³ Transcribo los aspectos más relevantes, a mi juicio, para este trabajo y para el Uruguay.

También debe recordarse la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario (Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década)¹⁴ en cuanto estableció:

1. Mecanismos ilegítimos de control gubernamental sobre los medios de comunicación

El ejercicio de facultades ilegítimas que permiten la indebida injerencia de los gobiernos en los medios de comunicación, pese a ser una modalidad histórica de restricción a la libertad de expresión, continúa representando un grave problema. Si bien este control se manifiesta de diversas maneras, algunos de los aspectos más preocupantes incluyen:

a) Influencia o control político sobre los medios de comunicación públicos, de modo que éstos funcionen como portavoces del gobierno en lugar de medios independientes encargados de fomentar el interés público.

b) Los requerimientos de registro para los medios impresos o para el uso o acceso a Internet.

c) El control directo del gobierno sobre el otorgamiento de licencias o la regulación de la radiodifusión, o la supervisión de estos procesos por un organismo que no mantiene, tanto en la ley como en la práctica, una real independencia respecto del gobierno.

d) El abuso en la distribución de la publicidad del Estado o en el ejercicio de otras facultades estatales para influir en la línea editorial.

e) La propiedad o control significativo de los medios de comunicación por parte de líderes políticos o partidos.

f) Los procedimientos abiertos contra medios de comunicación independientes basados en motivaciones políticas.

g) El mantenimiento de normas obsoletas -como las leyes de sedición o la exigencia de la "veracidad" de las noticias- destinadas a criminalizar las críticas al gobierno.

2. Difamación penal [...]

3. Violencia contra periodistas [...]

4. Límites al derecho de acceso a la información

Durante los últimos diez años, el derecho de acceso a la información ha sido reconocido ampliamente como un derecho humano básico, incluso por los tribunales regionales de derechos humanos y otros organismos autorizados. Actualmente, existe una cantidad récord de países que han sancionado leyes que hacen efectivo este derecho. La adopción de cerca de 50 leyes en los últimos diez años demuestra que esta tendencia positiva continúa. No obstante, aún subsisten importantes desafíos. Las cuestiones que nos preocupan particularmente son:

a) El hecho de que la mayoría de los Estados no ha aprobado leyes que garanticen el derecho a la información.

b) Las leyes deficientes que se encuentran vigentes en numerosos Estados.

c) El enorme desafío que supone la implementación práctica del derecho a la información.

d) La falta de transparencia en torno a las elecciones, en un contexto electoral en el que la necesidad de transparencia es particularmente importante.

¹⁴ Washington, D.C. el 2 de febrero de 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

e) El hecho de que muchas organizaciones intergubernamentales no han hecho efectivo el acceso a la información respecto de la información que poseen en tanto organismos públicos.

f) La aplicación de leyes de reserva a periodistas u otras personas que no son funcionarios públicos, por ejemplo, para responsabilizarlos por publicar o diseminar información reservada que les ha sido entregada.

5. Discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

La igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, en tanto los grupos históricamente menos favorecidos —como mujeres, minorías, refugiados, personas indígenas y minorías sexuales— aún luchan para que se tengan en cuenta sus opiniones y para poder acceder a la información que les concierne. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Los obstáculos a la creación de medios de comunicación por grupos históricamente menos favorecidos.

b) El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes.

c) La ausencia de medidas de autorregulación adecuadas para abordar:

i. La reducida proporción de miembros de los grupos históricamente menos favorecidos entre los trabajadores de los principales medios de comunicación, incluidos los medios públicos.

ii. La cobertura insuficiente por parte de medios de comunicación y otras organizaciones de temas relevantes para los grupos históricamente menos favorecidos.

iii. La difusión masiva de información estereotipada o peyorativa respecto de grupos históricamente menos favorecidos.

6. Presiones económicas

Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.

b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación.

c) El riesgo de que los beneficios de la transición a las frecuencias digitales sean absorbidos en gran parte por los medios existentes, y de que otros usos, como las telecomunicaciones, operen en detrimento de una mayor diversidad y acceso, y de los medios de interés público.

7. Apoyo a emisoras públicas y comunitarias [...]

8. Seguridad y libertad de expresión

Si bien históricamente se ha abusado del concepto de seguridad nacional con el fin de imponer restricciones injustificadamente amplias a la libertad de expresión, este problema se ha agravado como resultado de los atentados de septiembre de 2001 y las consiguientes iniciativas de lucha contra el terrorismo. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las definiciones vagas y/o excesivamente amplias de términos clave como seguridad y terrorismo, así como de las actividades que se prohíben (como brindar apoyo en materia de co-

municaciones al "terrorismo" o al "extremismo"), la "apología" o "promoción" del terrorismo o extremismo, y la mera repetición de las declaraciones formuladas por terroristas.

b) El abuso de términos vagos con el fin de restringir expresiones críticas u ofensivas, como la protesta social, que no suponen incitación a la violencia.

c) Las presiones formales e informales a los medios para que no difundan información sobre terrorismo, con el argumento de que esto podría promover los objetivos de los terroristas.

d) El uso más amplio de técnicas de vigilancia y un menor control de los operativos de vigilancia, que inhiben la libertad de expresión y vulneran el derecho de los periodistas a proteger a sus fuentes confidenciales.

9. Libertad de expresión en Internet [...]

10. Acceso a tecnologías de información y comunicación

Si bien Internet ha ofrecido a miles de millones de personas posibilidades de acceso a la información y a herramientas de comunicación sin precedentes, la mayoría de los ciudadanos en todo el mundo aún no tienen acceso a Internet o sólo tienen un acceso limitado. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las estructuras de precios que imposibilitan el acceso de los sectores pobres a Internet.

b) La omisión de extender la conectividad a todo el territorio, lo que deja a los usuarios rurales sin acceso.

c) La asistencia limitada a centros de tecnologías de la información y comunicación comunitarios y otras opciones de acceso público.

d) Esfuerzos insuficientes de capacitación y educación, en especial en sectores pobres, rurales y entre la población mayor.¹⁵

PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ESTUDIO DE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Es frecuente que el estudio de este tema comience con referencias a las regulaciones que nos presenta el derecho comparado, en especial las más relevantes o prestigiosas.

Uno de los sistemas más mencionados y antiguos es del Reino Unido, que si bien nació en forma privada, pronto se transformó en una corporación de derecho público (1927), la *British Broadcasting Corporation* (BBC). Como señala PAVANI, en las actas de constitución ya se establece el rechazo al modelo estadounidense basado en una incontrolada libertad que se consideraba no apto para Inglaterra. Luego, en los años siguientes, se fueron desarrollando

¹⁵ Frank LaRue, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión. Miklos Haraszti, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación. Catalina Botero, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. Faith Pansy Tlakula, Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

diversos criterios: por ejemplo la independencia del ente de radiotelevisión del Estado (se procura una televisión pública pero no estatal) y del propio mercado.¹⁶ En el año 2003 la Office of Communications (OfCOM) sustituyó a los órganos anteriores de regulación en los distintos sectores.

El órgano principal de la OfCOM es el *Board*, cuyos miembros, si bien son nombrados por el gobierno, son verdaderamente independientes de las autoridades públicas y no se han producido designaciones en atención a las vinculaciones partidarias o para asegurar equilibrios entre diferentes orientaciones políticas.

Este es un elemento básico a la hora de analizar estos temas. El texto normativo no puede ser analizado ignorando una realidad que debe ser reconocida. Esta independencia histórica de las autoridades británicas: ¿es reproducible en América Latina? ¿realmente podemos establecer procedimientos y organizaciones que aseguren esta independencia? En este punto creo que, lamentablemente, la respuesta es negativa. Más allá del ingenio legislativo y de los buenos propósitos del gobierno es imposible pensar en autoridades independientes por períodos largos. Podrá funcionar bien el sistema por un tiempo, pero a la corta o a la larga, en períodos de normalidad o crisis, de buena fe o de mala fe, la tentación será demasiado grande para el gobierno y la injerencia estatal (del gobierno de turno), siempre indeseada, se producirá de todas formas.

Se me podrá preguntar si puedo demostrar lo anterior y es obvio que no puedo demostrarlo. Sólo puedo invocar la historia latinoamericana que nos demuestra la inevitable injerencia del gobierno en todos lados y la inexistencia de autoridades independientes. Si pensamos en los funcionarios que por definición deben ser independientes del gobierno, los jueces, deberemos reconocer que en muchos países de nuestro continente dicha independencia e imparcialidad no está debidamente garantizada.

La OfCOM ha desarrollado líneas de acción claras: a) *When we regulate*: cuando la ley asigna la competencia y el mercado no logra, por sí solo, alcanzar los objetivos; b) *How we regulate*: en las modalidades establecidas en la ley y en el modo menos invasivo posible; y c) *How we support regulation*: colaborando constantemente con los interesados¹⁷.

Las competencias de esta oficina son amplias y tiene poderes sancionatorios importantes: puede prohibir que se repita un programa, imponer que se exhiba nuevamente un programa sancionado con las correcciones del caso, aplicar sanciones pecuniarias, reducción

¹⁶ PAVANI, Giorgia, “La Office of Communications (OfCOM) como autoridad independiente en el Reino Unido”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan CARLOS DE CÁRA, pág. 199 y ss.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 212 y ss.

del período de licencia y, en casos graves, la revocación de la licencia (esto es aplicable a los privados pero no a la BBC y otras entidades públicas).

En Estados Unidos, donde la libertad de expresión goza de especial consideración y de una muy fuerte protección en la Enmienda I de la Constitución, el sistema actualmente descansa sobre una entidad independiente (sólo responsable ante el Congreso), la Federal Communication Commission (FCC). Esta agencia es el resultado de un largo proceso, en el que la radiotelevisión se desarrolla de forma privada, y con anclaje en la Enmienda constitucional I (de 1791) y en una especial preocupación estadounidense por la defensa de la libertad de comunicación de pensamiento. En este proceso el Congreso, los jueces y la FCC han venido desarrollando un modelo complejo que contiene excepciones en materia de radiotelevisión respecto a la Enmienda I.¹⁸

Así, y a diferencia de otras formas de comunicación del pensamiento, la radiotelevisión no se ha dejado exclusivamente al juego del mercado sino que se ha intervenido y no de modo subsidiario (a los simples efectos de corregir distorsiones) sino en forma intensa, a través de la concesión de títulos habilitantes necesarios para la transmisión y con una constante evaluación a los efectos del cumplimiento de las exigencias derivadas del interés público que deben perseguir las entidades privadas. En este aspecto se han desarrollado interesantes posiciones y propuestas.

Los poderes de regulación son intensos y se basan en que es más importante el derecho de los espectadores que el de los emisores. En este esquema ha habido innumerables casos polémicos: los derivados de la “revolución contra la indecencia”, qué se considera obsceno, protección de menores, etc. En materia de licencias la labor se reduce al contralor de algunos requisitos mínimos y necesarios para la labor que se procura realizar.

La FCC ha impuesto a los licenciatarios obligaciones de garantizar espacios para el debate libre a sujetos no licenciatarios, aunque en general no ha exigido pluralidad de fuentes.¹⁹

Estos dos sistemas resultan interesantes y muchas veces se los invoca como ejemplos de la regulación adecuada en materia de radio televisión. Pero esto ¿es correcto? O mejor ¿son trasladables estos ejemplos de injerencia e intervencionismo estatal al marco de la Convención Americana de Derechos Humanos? Éste es el verdadero problema. Al intérprete puede gustarle más un sistema u otro, o incluso algunos elementos de un sistema y otros de uno distinto. Pero el tema es determinar qué es lo que nos dice la Convención Americana, a dónde nos dirige, qué nos permite hacer y qué prohíbe.

¹⁸ PAVANI, Giorgia, “La Federal Communications Commission (FCC) como autoridad independiente en los Estados Unidos”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan CARLOS DE CARA, pág. 225 y ss.

¹⁹ Al respecto: FISS, Owen M., *The irony of the free speech*, Harvard University Press, USA, 1996. Este autor sostiene que la inacción del Estado puede perjudicar a un individuo pese a la Enmienda I.

LA CONVENCIÓN AMERICANA Y LA CORTE IDH

Para comprender el artículo 13 de la Convención es imprescindible recurrir a las interpretaciones realizadas por la Corte IDH tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas. Y a los efectos de este trabajo forzoso es empezar por la Opinión Consultiva N° 5 en la que aparecen importantes lineamientos para que el intérprete encaré este tema.

Un buen punto de partida es recordar que existe una dimensión individual y otra social de esta libertad (que deben garantizarse simultáneamente) y que no se puede separar la libertad de expresión de la libertad de “difusión”. En este sentido ha dicho la Corte:

[...] 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 informaciones e ideas "por cualquier... procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas [...] de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.²⁰

También refirió la Corte a la necesidad de que exista pluralidad de medios y a la no discriminación y exclusión de ciertos sujetos o grupos:

²⁰ Opinión Consultiva 5/85.

34. 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 respecto de éstos, 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 tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, inter alia, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas [...].²¹

Luego comienza la Corte a delinear en qué casos y en qué forma pueden aceptarse restricciones a esta libertad de expresión y difusión:

36. Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, 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, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

37. La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.²²

El artículo 13 de la Convención prohíbe la censura previa, que sería incompatible con los derechos enumerados en el propio artículo (salvo en el caso del apartado 4) y los “abusos” en el ejercicio de la libertad sólo pueden ser objeto de responsabilidad posterior, aunque ésta debe cumplir con ciertos requisitos:

- a) *La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,*
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean "necesarias para asegurar" los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

²¹ OC-5/85.

²² OC-5/85.

40. Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa.²³

La Corte IDH ha analizado el alcance de la expresión “necesarias para asegurar” que emplea este artículo 13, y si bien reconoce las diferencias con la Convención europea, ha señalado que:

45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo “necesari(o) en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una” necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). [...]

50. El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.²⁴

²³ OC-5/85.

²⁴ OC-5/85.

También refiere la Corte a los casos en que un derecho es regulado por más de un instrumento internacional. Reconoce que la comparación con otros instrumentos internacionales en derechos humanos es siempre válida y útil pero que no puede esto conducir a que se utilicen criterios más restrictivos. Y al respecto:

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.²⁵

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La prohibición de la censura previa fue reafirmada en el caso “Olmedo Bustos y Otros” (*La última tentación de Cristo*). Se reafirmó la prohibición de censura previa (con la excepción del apartado 4 del artículo 13 de la CADH), sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores, así como que las vulneraciones de la libertad de comunicación pueden provenir de cualquier órgano y de cualquier poder del Estado.

En el caso de Uruguay, la excepción del apartado 4 del artículo 13 genera algunos problemas fácilmente solucionables. En efecto, el artículo 29 de la Constitución establece la prohibición de la censura previa en toda materia y sin excepciones de tipo alguno, pero el numeral 4 del artículo 13 de la Convención, por excepción, admite la censura previa para la protección de la infancia y de la adolescencia. Esta contradicción normativa es fácil de resolver, pues la “directriz de preferencia de normas” guiará al intérprete a aplicar la norma más favorable al derecho, la que le dé mayor amplitud, la que mejor lo proteja, y en la especie esta disposición es el artículo 29 de la Constitución. O sea, en el caso uruguayo, en ninguna hipótesis será aceptable la censura previa y para la protección de menores y adolescentes sólo podrán hacerse valer responsabilidades ulteriores.

²⁵ OC-5/85.

La Corte se ha pronunciado en algunos casos sobre los medios indirectos de violación de la libertad de expresión (numeral 3 del artículo 13). En el caso “Ivcher Bronstein”, advirtió como una resolución que dejó sin efecto la ciudadanía de un individuo (lo que impedía ciertas actividades en materia de comunicación) constituía un medio de censura indirecto violatorio de la Convención.

En el caso “Ríos y otros”, así como en “Perozo y otros”, refirió a otros medios de violación indirectos: ataques con armas de fuego a periodistas. En estos casos señaló que la enumeración de medios indirectos no puede ser taxativa y que por ejemplo podía incluirse dentro esta noción algunas posibilidades que brindan los avances tecnológicos.

Más amplia y variada es la jurisprudencia en lo que refiere a las responsabilidades ulteriores. Por ejemplo en “Herrera Ulloa”, frente a la condena de Herrera como autor de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación y que el periódico La Nación era responsable solidario, la Corte IDH realizó varias apreciaciones trascendentes:

1. Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o personas que ejercen funciones de naturaleza pública tiene, en los términos del artículo 13.2, un mayor margen de apertura al debate público, lo que es esencial en toda democracia. Esto no significa que los funcionarios públicos carezcan de derecho al honor, sino que debe ser protegido acorde con los principios democráticos.
2. En segundo lugar destacó la Corte que el periodista había sido condenado por no haber demostrado la veracidad²⁶ de los hechos atribuidos a un sujeto. Se destacó con esto el exceso de la exigencia, que la sentencia de condena tenía un efecto disuasivo frente a los periodistas y que es susceptible de impedir el debate público sobre temas de interés para la sociedad.
3. Asimismo, la exigencia mencionada excede el estándar aceptable. Se puede exigir que la información sea veraz pero no verdadera.

Similares conceptos se encuentran en el caso “Ricardo Canese” (contra Paraguay). Se destacó la importancia de la libertad de pensamiento, especialmente en el marco de una campaña electoral, y la necesidad de no perjudicar el debate público. La sanción penal de más de ocho años se consideró innecesaria y excesiva.

En el caso “Kimel” (contra Argentina) la Corte consideró que la tipificación de los delitos de calumnias e injurias era poco específica por lo que violaba el principio de legalidad

²⁶ Ver Declaración Conjunta ... cit., apartado “g” del numeral 1.

que ordena que todos los elementos del delito estén en la ley. Se impulsó así la modificación de la legislación del Estado. Acá aparece la cuestión de si las sanciones penales pueden ser impuestas, sin violar la Convención, como consecuencia de expresiones que pudieran dañar el honor de los funcionarios públicos. En 2009, en el caso “Tristán Donoso”, frente a una sanción penal impuesta a un periodista, la Corte no encontró deficiencias en el marco normativo regulatorio de los delitos contra el honor, por lo que no encontró violaciones al principio de legalidad. Pero luego agregó que si bien la sanción no era excesiva sí era innecesaria y podía resultar intimidante para la libertad de comunicación y conducir a un inadecuado resultado de auto censura.

Distinto es el caso del delito de desacato, respecto a los cuales, en “Palamara Iribarne”, entendió la Corte que debían ser derogados.

En el caso “Fontevicchia y D’Amico”, a raíz de las publicaciones sobre el ex Presidente Menem que terminó en sentencias de condena civil por haber invadido la vida privada del sujeto involucrado, la Corte IDH dijo que debía analizarse si la sanción civil (ulterior) cumplió con los requisitos legales, si persiguió un fin legítimo y si fue idónea, necesaria y proporcional. Luego la Corte consideró que la noticia era de interés público y que ya se encontraba en el dominio público cuando fue difundida por la revista Noticias. Asimismo se insistió en que una sanción civil excesiva o desproporcionada puede ser tan intimidante como una sanción penal.

La Corte ha señalado que las restricciones deben ser “necesarias en una sociedad democrática”, proporcionales e idóneas para el logro de los objetivos que persiguen. Para determinar si una regulación de la radiodifusión es proporcionada, debe analizarse si existen o no alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión para lograr el fin perseguido. O sea, entre varias opciones se opta por el camino que menos perjudique la libertad de comunicación²⁷. No basta con que la restricción sea útil, razonable u oportuna, ya que la necesidad significa que no puede limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. La limitación debe responder a necesidades “imperiosas” para ser legítima²⁸.

Respecto al contralor de la radiodifusión, se ha señalado que la autoridad debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de intereses privados y que sus decisiones deben ser públicas y motivadas. En especial se requiere independencia del Poder

²⁷ Caso Kimel.

²⁸ Informe 2008.

Ejecutivo y que existan controles judiciales adecuados.²⁹ También se han considerado discriminatorias las restricciones que se imponen en la práctica, para ciertos medios, referidas a contenidos, potencia, cobertura territorial o acceso a las fuentes, sin un argumento razonable, objetivo y suficiente que persiga una finalidad legítima aceptada por la CADH.³⁰

Analizando la cuestión de los monopolios, que deben evitarse, ha dicho la Corte que los controles y restricciones no deben ser tan intensos que limiten innecesariamente el crecimiento, desarrollo o viabilidad económica del sector comercial en la radiodifusión.³¹

También se ha condenado el uso abusivo de la publicidad oficial que puede revestir el carácter de censura indirecta.

SÍNTESIS DE LAS PAUTAS QUE EMERGEN DE LA CONVENCIÓN, LA CONSTITUCIÓN Y DE LA JURISPRUDENCIA

Una aclaración previa en este punto refiere a que no abordaré la problemática general del “contralor de convencionalidad” que debe, necesariamente, realizarse respecto a los actos y proyectos internos en cada Estado (por cualquier autoridad), sino que pasaré, dando por aceptado dicho contralor, directamente a referir a las consecuencias de la jurisprudencia internacional.

Procurando responder la pregunta formulada en el título de este trabajo, ateniéndome a los artículos 29 de la Constitución uruguaya y 13 de la CADH, y tomando en especial consideración las interpretaciones realizadas por la Corte IDH tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas, podríamos sintetizar el marco dentro del cual sería posible la regulación de esta materia, en los siguientes términos:

A. Materia protegida y medios posibles

Es claro que no puede excluirse, con carácter general, ninguna materia como objeto de la libertad de comunicación del pensamiento. *Toda materia*, política, social, económica, deportiva, internacional, artística, comercial, publicitaria, etc. queda comprendida en el artículo 29 de la Constitución. *De toda índole* habla el artículo 13 de la CADH.

²⁹ Recomendación Rec (2000) 23, del Comité de Ministros del Consejo de Europa. También “La Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión de 2007.

³⁰ Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, pág. 20.

³¹ Opinión Consultiva 5.

Y en cuanto a los medios la Constitución es clara al referir a la libertad de comunicación por “palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por *cualquier otra forma de divulgación*”. Es claro que todo medio o forma de difusión está protegida conforme a la Constitución. En el mismo sentido el artículo 13 numeral 3 de la CADH refiere expresamente a que no puede restringirse el derecho de expresión por medios indirectos y menciona varias formas de difusión: periódicos, frecuencias radioeléctricas y luego agrega y “por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En otras palabras no es admisible limitar el uso de cualquier medio idóneo para la difusión del pensamiento.

B. Pensamiento, expresión y comunicación o difusión

La Corte IDH ha considerado que estos conceptos son inseparables e indivisibles.

C. Doble condición de la libertad de comunicación

Aun cuando no haya sido tratado el punto expresamente por la Corte IDH, es claro que la libertad de expresión y comunicación tiene su lado positivo y su lado negativo, pues comprende tanto el derecho de expresar y comunicar como el de no hacerlo.

D. Prohibición de censura previa

La censura previa está prohibida y si bien la CADH la habilita para la protección de la infancia y la adolescencia (numeral 4 del artículo 13), la debida armonización con la Constitución uruguaya y la aplicación de la directriz de preferencia de normas, conduce a que en ningún caso sea admisible la censura previa en Uruguay.

E. Otros medios de restricción de esta libertad prohibidos

Conforme el numeral 3 del artículo 13 de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Así se ha señalado que los controles sobre el uso de frecuencias radioeléctricas deben ser los mínimos impuestos por razones técnicas. Ya se señalaron algunos ejemplos: arbitrarios manejos de la ciudadanía con el propósito de excluir a ciertas personas, amenazas de clausura o revocación de licencia contra los medios, ataques contra periodistas, etc.

F. Responsabilidades ulteriores

Asimismo, en lo referente a las responsabilidades ulteriores surgen pautas muy claras tanto de la Constitución como de la Convención. A saber:

1. No se castiga el ejercicio de la libertad sino el **abuso** en dicho ejercicio. Al responsabilizar a un sujeto no se le está sancionando por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos cometidos en dicho ejercicio.
2. Asimismo rige plenamente el principio de legalidad y toda restricción debe estar establecida en la ley³². Pero a su vez ha aclarado con razón la Corte IDH que:
 - a. todos los elementos referidos a la restricción deben estar expresamente establecidos en la ley;
 - b. la ley debe ser previa a la conducta respecto a la cual se desea hacer valer la responsabilidad;
 - c. la regulación legal además de completa debe ser clara (no se admiten términos vagos, muy amplios, etc.);
 - d. la regulación debe realizar una enumeración taxativa de las obligaciones y de los casos en que pueda comprometerse la responsabilidad de algún sujeto derivada del ejercicio de la libertad de comunicación;
 - e. la ley regulatoria debe necesaria y exclusivamente perseguir los fines permitidos por el artículo 13 de la Convención;
 - f. las limitaciones deben ser necesarias (imperiosas) para lograr los fines habilitados; y
 - g. cada disposición legal debe poder sortear el juicio de proporcionalidad que se verá más adelante.
3. En la medida que tanto el recurso a la responsabilidad penal como civil pueden constituir afectaciones de esta libertad (se podría limitar indirectamente a los emisores por miedo a las responsabilidades posteriores), se ha destacado: a) si bien los funcionarios públicos o las personas vinculadas a los temas de interés público mantienen su derecho al honor, éste se ve limitado y acotado de forma de permitir la información sobre hechos de interés periodístico; y b) tanto las sanciones penales como las civiles, además de cumplir con el precedente numeral 2, deben ser necesarias y no excesivas.

³² En la Opinión Consultiva N° 6, solicitada por Uruguay, se aclaró que la expresión ley refiere a los actos legislativos aprobados por las cámaras legislativas y promulgados por el Ejecutivo.

4. Siguiendo a CASSINELLI podríamos agregar en este punto que si bien es la ley la que debe definir, con claridad, qué es *abuso*, el legislador no tendrá discrecionalidad en la materia, sino que deberá atenerse a los criterios y filosofía constitucionales, a riesgo de que la ley resulte inconstitucional.
5. Toda restricción dispuesta por ley debe perseguir alguno de los fines taxativamente establecidos en el propio artículo 13 de la Convención (otro fin o propósito no está permitido). Pero ha aclarado la Corte IDH que no basta con que la restricción de la libertad de comunicación ser oportuna o conveniente a ojos del legislador, sino que debe responder a justas e imperiosas necesidades. No será admisible una limitación cuando no se funda en una necesidad imperiosa, impostergable.
6. Los fines, taxativamente enumerados en la Convención, son: a) el respeto de los derechos y reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; c) protección de la infancia y adolescencia; y d) las prohibiciones del numeral 5 del artículo 13.

Es claro que estos fines (en especial los señalados con letra “b”) deben ser interpretados, en tanto habilitación para la limitación de un derecho fundamental, en forma estricta o restrictiva y conforme un severo juicio de proporcionalidad. De lo contrario fácil es advertir los excesos que pueden cometerse invocando la moral, la seguridad nacional o el orden público.

7. Debe insistirse en que toda restricción a la libertad de comunicación del pensamiento, además de perseguir los fines taxativamente previsto en el artículo 13 de la Convención, deben poder sortear con éxito un juicio de proporcionalidad. Esto significa que:
 - a. Debe analizarse la *idoneidad* de la restricción para alcanzar el fin perseguido.
 - b. Si se cumple el primer paso debe pasarse a la *necesariedad*, conforme a la cual sólo será admisible la restricción cuando no exista otro medio o forma de alcanzar el fin perseguido que limite en menor medida la libertad de comunicación o que no la limite.
 - c. Y superados los dos pasos anteriores, se debe llegar a la *ponderación en sentido estricto*, conforme la cual se debe considerar por un lado la gravedad de la restricción a la libertad de comunicación que ocasiona la restricción legal y

por otro lado los argumentos a favor de la obtención de los fines perseguidos con la limitación. A los efectos de esta ponderación debe tenerse presente que la limitación de la libertad de comunicación, en tanto garantía del sistema democrático y de los otros derechos, debe considerarse en principio grave, por lo que se exigirá una muy fuerte justificación de la limitación.

G. Autoridades de contralor

Respecto a las autoridades de contralor hay algunas pautas que resultan claras:

1. Deben ser independientes del poder político (especialmente del Ejecutivo) y de los agentes económicos y de los propios controlados. Este es un tema especialmente sensible y que resulta, en mi opinión, casi imposible de lograr.
2. La actuación de estas autoridades debe cumplir con estándares de transparencia muy altos y la motivación de sus decisiones deberá ser especialmente clara cuando establezca sanciones o limitaciones a la libertad en estudio.
3. También debe ajustar su actuación a las pautas de subsidiaridad, razonabilidad y proporcionalidad.
4. Sin perjuicio de que se debe asegurar el debido proceso en sede administrativa, debe existir un recurso judicial sencillo y rápido contra las decisiones de las autoridades que menoscaben la libertad o impongan sanciones de cualquier tipo o hagan valer responsabilidades.

F. Publicidad oficial y monopolios

No debe terminarse esta síntesis sin mencionar dos de los principales problemas que enfrenta la comunicación de pensamiento en nuestro continente.

El primero radica en la ausencia, en la mayoría de los países, de una adecuada legislación respecto a la publicidad oficial. Es frecuente que esta publicidad, que puede ser básica para la subsistencia de un medio, se maneje con arbitrariedad, generando abusos, temores y, en definitiva, constituyendo un medio de violación indirecta de la libertad en estudio. A diferencia de los puntos anteriores, en que se mencionan los límites para el establecimiento de restricciones en materia de comunicación de pensamiento, en este caso se señala la necesidad de legislar en la materia.

Similares conceptos merece el imprescindible combate a los monopolios de hecho o de derecho, incluso los públicos. Debe sí tenerse presente que, como se destacó en el numeral 12 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Pensamiento de la CIDH*, el combate a los

monopolios no debe ser objeto de regulaciones especiales para la comunicación de pensamiento, sino de las mismas regulaciones generales existentes para la actividad privada. Esta exigencia, en sí misma, constituye una garantía para esta libertad pues se evita la tentación de la regulación arbitraria o torcida que pretenda afectar la libertad de comunicación.

CONCLUSIONES

Surge de lo expresado algunas de las especiales características de la libertad de comunicación de pensamiento que hacen que esta libertad, además de su condición de derecho fundamental, presente una trascendencia básica para el buen funcionamiento del sistema democrático y para las garantías de los otros derechos humanos.

Esto ha llevado a una especialmente protectora regulación de la Convención Americana de Derechos Humanos y a una garantista posición de la Corte IDH expresada en opiniones consultivas y en su jurisprudencia.

En el sistema interamericano de Derechos Humanos es ineludible que la consideración de estos temas (regulación de la libertad de comunicación) parta de la propia Convención y que sólo se realicen las restricciones que la propia Convención autoriza y siempre en las precisas condiciones que el artículo 13 establece.

El “control de convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades públicas para el dictado de actos de cualquier naturaleza, en la consideración y discusión de proyectos y en general como guía para la labor legislativa, administrativa y jurisdiccional, hace imprescindible que: a) el punto de partida del operador jurídico, para el análisis de la regulación legal en la materia y para su ejecución, sea la Convención Americana; b) en el proceso de elaboración, durante la discusión de iniciativas, y luego en su ejecución, la compañera de ruta de las autoridades también será la Convención; y c) necesariamente el puerto de destino o final debe ser el pleno respeto de la Convención por parte de todo acto jurídico que se expida en esta materia.

Para citar este artículo:

Risso Ferrand, Martín, ¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento? *Revista de Derecho* 10, UCU, 2014, pp. 197-223

Recibido: 09/10/2014

Enviado a árbitros: 17/10/2014

Observado y ampliado: 06/11/2014

Aceptado: 15/11/2014

BIBLIOGRAFÍA

- BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983.
- BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006.
- DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- FISS, Owen M., *The irony of the free speech*, Harvard University Press, USA, 1996.
- PAVANI, Giorgia, “La Federal Communications Commission (FCC) como autoridad independiente en los Estados Unidos”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan Carlos DE CARA.
- PAVANI, Giorgia, “La Office of Communications (OfCOM) como autoridad independiente en el Reino Unido”, en *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual*, Edit. Bosch Constitucional, editor Juan Carlos DE CARA.
- RISSO FERRAND, Martín, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, FCU, segunda edición actualizada, Montevideo, 2011.
- STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005.
- SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.