

Publicado en “La Constitución en 2020”- Coordinador Roberto Gargarella.

La libertad de expresión en la Constitución y los riesgos de abrir una “caja de pandora”

Imaginemos por un momento que nos han encomendado redactar una constitución para el año 2020, y que, por ahora, no tenemos ningún punto de referencia. Es decir, no existe ningún texto constitucional al que podamos consultar. Sólo estamos nosotros, con nuestras intuiciones y nuestras preferencias. Asumamos que nuestros mandantes nos han pedido específicamente insertar el derecho a la libre expresión en el texto que nos han requerido redactar.

Antes de comenzar nuestra tarea de escribas, decidimos hacernos una pregunta: ¿por qué es importante la libertad de expresión? Varios serán los argumentos que ensayaremos durante nuestro debate. Sin embargo, algunas otras preguntas pueden también ayudarnos para responder esa pregunta tan general: la primera, ¿qué beneficios queremos obtener integrando la libertad de expresión en el texto de la constitución?; en segundo término, una pregunta íntimamente relacionada con la anterior: ¿a quiénes queremos beneficiar incluyendo este derecho en el texto constitucional?; y, finalmente, ¿a qué tipo de argumentos les daremos mayor preponderancia? Para algunos, las preguntas pueden parecer obvias, pero, como veremos, a medida que avanzamos en nuestra discusión, la obviedad de las respuestas empieza a ser dejada de lado.¹

Cuando indagamos sobre los beneficios que la libertad de expresión puede acarrear, concretamente nos estamos preguntando sobre qué tipo de interés debería ser mejor atendido. Nuestra decisión sobre cómo redactemos la cláusula constitucional podría tener un impacto en un interés solamente individual aunque también nuestra decisión podría beneficiar al interés colectivo. A pesar de esta “doble dimensión” de la libertad de expresión, tal como la ha calificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, notaremos que la mayoría de los argumentos que dan respuesta a la pregunta general sobre la importancia de la libertad de expresión, son argumentos que tienden a otorgar principalmente un beneficio colectivo. Tienden a explicar la importancia de la libertad de expresión por el impacto que debe causar en el bien común. No ostante, y también como lo veremos, existen buenas razones para que no sólo intereses colectivos sean los beneficiados, sino también intereses individuales.

La segunda pregunta nos llamaba la atención sobre quiénes deberían ser los sujetos beneficiados por la constitución. Como dijimos, es una pregunta íntimamente ligada a la anterior, aunque tiene un foco diferente. Al indagar sobre argumentos para sostener la libertad de expresión, encontramos que algunos concluyen que la libertad de expresión beneficiará a todos aquéllos que quisieran emitir su pensamiento; por otro lado, otros argumentos explican que la libertad de expresión deberá beneficiar a quienes reciben esas expresiones. Si optamos por los primeros razonamientos, la cláusula constitucional que

¹ Estas preguntas y algunas de las ideas de este artículo están inspiradas en un breve trabajo de Ulf Petåjå, “What is the value of freedom of speech?” en *Freedom of Speech Abridged? Cultural, Legal and Philosophical Challenges*, Anine Kierluf y Helge Ronning (compiladores), Nordicom, Universidad de Gothengurg, Suecia, 2009.

desarrollaremos debería estar redactada de manera tal que permita diseminar en cualquier forma disponible (escrita, oral, usando cualquier medio, etc.) y de manera amplia las informaciones producto del pensamiento del emisor. Si el beneficio lo queremos otorgar al receptor, nuestra disposición normativa debería claramente dirigirse a darle la mayor amplitud y mecanismos para la búsqueda de las expresiones disponibles. Al igual que en el caso de la pregunta anterior, veremos que los argumentos son poderosos en ambos sentidos, por lo que nuestra opción deberá atender a ambos, es decir, la libertad de expresión garantizada por la constitución debe beneficiar tanto a los individuos cuando emiten expresiones como cuando actúa como receptor.

Sin perjuicio que aún no abordamos ningún argumento que nos explique las razones de por qué valoramos la libertad de expresión, parecería que esos argumentos pueden agruparse en dos conjuntos diferentes: por un lado, al razonar sobre la importancia de la libertad de expresión, podemos sostener que la libertad de expresión es importante porque su ejercicio trae consecuencias deseables. Estos argumentos “consecuencialistas” se oponen a otros que dicen que no importan las consecuencias del ejercicio de la libertad de expresión. Lo importante es que nosotros, como seres humanos, podamos ejercer este derecho dado que la emisión del pensamiento por cualquiera de las formas disponibles es lo que nos distingue de los animales. Decidir a qué tipo de argumentos le daremos mayor importancia incidirá directamente en la redacción de la cláusula constitucional que nos han encomendado.

Con las orientaciones –o desorientaciones- que tenemos hasta aquí, resultan necesarias evaluar las consecuencias en las respuestas a las preguntas hechas hasta aquí cuando hacemos mano a los argumentos que dan base a la libertad de expresión.

Los argumentos que nos ayudan a responder la pregunta general sobre la importancia de la libertad de expresión son, al menos los siguientes:²

- a) La libertad de expresión es importante porque nos ayuda a conocer la verdad. Un exponente clásico de esta argumentación es John Milton. En *Areopagítica* (1644) expone al menos tres ideas: la primera es que la verdad siempre es fuerte y por ello no necesita al censor; la segunda, que el esfuerzo por la búsqueda de la verdad resulta prioritario, y la tercera, que exponerse a lo falso resulta beneficioso porque permite revelar lo verdadero.
- b) La libertad de expresión es importante porque nos ayuda al autogobierno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.) toma el argumento del autogobierno: “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...] Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre”.³
- c) La libertad de expresión es importante porque ayuda a que seamos más tolerantes. Los seres humanos tendemos a enojarnos con quienes no concuerdan con nuestras

² Bianchi y Gullco resumen de manera parecida. Ver Bianchi, Enrique y Gullco, Hernan, *El Derecho a la Libre Expresión*, Platense, La Plata, 1997.

³ Ver, por ejemplo, Meiklejohn, Frank, *Political Freedom*, Oxford University Press, New York, 1965. Ver también Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85, párr.70.

creencias y afirmaciones. Por lo tanto, la incorporación de la libertad de expresión como un derecho de todos hace que permitamos los otros puntos de vista sin que reaccionemos censurándolos.⁴

d) La libertad de expresión es importante porque beneficia nuestra autonomía.⁵

Estos argumentos, incluso tomados aisladamente, son suficientes para dar respuesta a la inquietud general que nos planteamos, esto es, por qué la libertad de expresión es importante a punto tal que integre nuestro texto constitucional. No es éste el momento de definir cuál es el argumento que debe prevalecer. Tal vez esa discusión incluso sea inútil para nuestro cometido. Sin embargo, podemos extraer una conclusión de la descripción que hemos realizado. La mayoría de estos argumentos fundamentan la importancia de la libertad de expresión en sus consecuencias y no en su importancia en sí misma. También casi todos los argumentos apuntan a estar orientados al beneficio de intereses colectivos aunque no podamos perder de vista los intereses individuales; y, finalmente, la mayoría de los argumentos se fundan en la necesidad de beneficiar al receptor de la expresión además del emisor.

Llegado a este punto de la discusión ya tenemos la guía que necesitamos para redactar la constitución en lo relacionado con nuestro cometido. Tendremos que buscar la mejor forma de decir que la constitución garantizará un derecho que es instrumental, que su ejercicio debe beneficiar el bien común y no solo el interés individual y que debemos atender al beneficio de los receptores de las expresiones y no sólo a los emisores.

Cuando nos disponemos a comenzar con la redacción pedida, algo sucede: nuestros mandantes cambian la tarea solicitada originalmente, y nos preguntan si la Constitución Argentina en su redacción del siglo XIX satisface nuestra guía.

Al revisar el texto nos encontramos con una primera sorpresa: literalmente, la libertad de expresión no se encuentra tutelada en ninguno de los artículos de la Constitución que tenemos a la vista. El art. 14 nos explica que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Y, el art. 32 prohíbe al Congreso Federal dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta. En definitiva, este texto solamente está protegiendo una limitada forma de expresión, ella es la que se ejerce por la prensa.

Demás está decir que una interpretación meramente literal es insuficiente. Posiblemente podríamos concluir que no podemos restringir nuestra interpretación a las expresiones ejercidas por la prensa escrita, y que deberíamos extenderla a la ejercida por otros medios que no existían en el siglo XIX. De hecho, mientras estudiamos este texto, nos enteramos que el máximo interprete del texto Constitucional, esto es, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo ha coincidido con nosotros.

Sin embargo, hay algo que es bastante evidente: el diseño constitucional decimonónico atendía por sobre todas las cosas a una específica forma de ejercicio de la libertad de expresión. La mayoría de los antecedentes del art. 14 así lo demuestran. Decimos la

⁴ Ver Bollinger, Lee, *The Tolerant Society*, Oxford University Press, New York, 1986.

⁵ Ver Scanlon, Thomas, *A Theory of Freedom of Expression in Philosophy and Public Affairs*, Vol. 1, No. 2. (Winter, 1972), pp. 204-226.

mayoría porque uno de los antecedentes que usualmente se citan, el art.4 de la Carta de Mayo de San Juan de 1825, establecía que “Cada individuo puede pensar, formar juicios, opinar y sentir libremente sobre todos los objetos sujetos a la capacidad de las facultades intelectuales sin que sea respinsable a nadie de su pensamiento o sentimientos: puede hablarlos o callarse sobre ellos, como quiera; puede adoptar cualquier manera de publicarlos y circularlos, y en particular, cada uno es libre de escribir, imprimir o hacer imprimir sin licencia ni previa censura lo que bien le parezca, siempre con la sola condición de no dañar los intereses de otro” –el subrayado es nuestro. Lamentablemente, si bien es cierto que este artículo es una fuente del art. 14 de la Constitución que estamos examinando, no es menos cierto que la primer parte no fue tomada en cuenta.

Por otro lado, la fuente principal del art. 32 es la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, cuando el artículo 32 fue incorporado a la Constitución Argentina en 1860, no se siguió la letra de la enmienda norteamericana, y se acotó la redacción a la libertad de “imprensa”.⁶

El diseño constitucional de la constitución del siglo XIX es compatible -aunque insuficiente por lo limitado- con alguno de los principios que hemos sentado en nuestra guía para la mejor redacción de la cláusula constitucional: por un lado, la interpretación histórica de ambos artículos demuestra que se le otorgaba a la libertad de prensa un carácter instrumental –bastaría leer los fundamentos del artículo 32 expuestos por Velez Sarsfield-. Ambos artículos –el 14 y 32- tienen en la mira la satisfacción del bien común. Pero el énfasis en asegurar la libertad de expresión limitada a su ejercicio de una manera específica, nos lleva a concluir que lo primordial en esa arquitectura jurídica era imponer límites al Estado para intervenir en el ejercicio del derecho: “no” a la censura previa, “no” a las restricciones que pudiera dictar el Congreso. En otras palabras, el Estado, dentro de ese diseño es un enemigo de la libertad de expresión, no un aliado.⁷ Además, al no garantizar la libertad de expresión de manera general, sino tan sólo aquellas expresiones comunicadas por un medio especial, impide a cabalidad garantizar beneficios individuales -y no solamente colectivos- que la libertad de expresión debe acarrear. Por esto último podríamos sostener la necesidad de completar el texto constitucional con alguna redacción que la mejore.

Pero nuevamente algo inesperado nos sucede cuando nos disponemos a mejorar la redacción de la consticuión decimonónica: nuestros mandantes ahora nos alertan que por error nos alcanzaron un texto que no se encontraba vigente, ya que se habían producido reformas en el siglo XX. En lo que a nosotros nos compete, el artículo 75 inc. 22 incorpora, con jerarquía constitucional varios tratados internacionales que protegen los derechos humanos. Esta suerte de reenvío a cláusulas fuera del texto constitucional, nos lleva a analizar el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Sobre la historia del art. 32, ver Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Segunda Edición, 2008, cap. IV.

⁷ Sobre la idea del Estado amigo de la libertad de expresión ver Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996.

De una rápida lectura de los artículos citados notamos que el Pacto estipula que nadie puede ser molestado por sus opiniones y que el art. 13 de la Convención nos amplía el contenido de la libertad de expresión que limitadamente traen el art. 14 y 32 de la Constitución Nacional y, además, nos incorpora elementos para concluir que este derecho no sólo es un derecho con beneficios al individuo sino a la sociedad toda. En verdad, y particularmente en lo que toca a la Convención Americana, ni siquiera hace falta que el análisis lo hagamos nosotros. El artículo 13 ya ha sido interpretado tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano este último creado por la propia convención y con facultades de interpretación. Y fue la Corte Interamericana la que entendió el carácter instrumental de este derecho cuando expresó que la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia. También fue la Corte la que precisó la doble dimensión de la libertad de expresión que surge del artículo 13: una dimensión individual y una dimensión colectiva.

Frente a este panorama, nos encontramos ante una situación que es la siguiente: el texto constitucional vigente, con la incorporación de los pactos internacionales, cumple acabadamente con los fundamentos que hemos considerados fundantes de la libertad de expresión.

Podríamos entonces, por razones de técnica legislativa de nivel constitucional, evitar el reenvío y, atendiendo a lo que nos pidieron, redactar una cláusula para una nueva constitución que incorpore lo que preveen los tratados internacionales ya incorporados. Por ello, dejando de lado el ejercicio hipotético que propusimos aquí, creemos que si hay una nueva oportunidad de reforma, no estaría demás proceder de esa manera, incluso por razones pedagógicas. Pero de ninguna manera sostenemos que por ello debería propiciarse una reforma constitucional en lo que respecta al ejercicio de la libertad de expresión. Lo que hoy existe es suficiente para garantizar adecuadamente su ejercicio. Impulsar una reforma constitucional tiene los riesgos de abrir una “caja de pandora” donde encontremos argumentos autoritarios que en lugar de ampliar, restrinjan este derecho fundamental.