

Los daños civiles como forma de responsabilidad ulterior en los casos de injurias y su relación con la libertad de expresión en el derecho comparado

Valentina Barrera



La libertad de expresión nace como derecho producto del reconocimiento internacional la Revolución Francesa de 1.789 (Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano), la Constitución norteamericana de 1787 y su primera enmienda (contenida en el texto “*Bill of Rights*”, comprensivo de diez enmiendas y aprobado en 1.791).¹ Sin perjuicio de ello la libertad de expresión como tal tuvo sus primeras manifestaciones favorables en Inglaterra mediante dos documentos fundamentales, a saber: La Petición de Derechos de 1.628 y la Declaración de Derechos de 1.689, éste último texto incluía la libertad de las personas de expresar sus ideas por cualquier medio pero tuvo poca vida, aunque cien años después esa idea fue tomada por la Revolución Norteamericana, lo que dio lugar a los textos mencionados precedentemente.

Antes de continuar con el desarrollo del derecho a la libertad de expresión corresponde aclarar que en sus inicios fue entendida como libertad de imprenta y difiere la concepción de tal derecho en la visión norteamericana y francesa de la inglesa, así las cosas toda vez que para Estados Unidos y Francia este derecho fundamental tuvo lugar en un contexto revolucionario-iusnaturalista, basado en la ilustración, mientras que la concepción inglesa es de un tinte más pragmático coincidente con el mecanismo inglés para el reconocimiento de derechos.

La libertad de expresión ha sido entendida como un derecho fundamental para el ciudadano para el autogobierno de las personas, la República y el Estado democrático de Derecho, al respecto se expidieron autores como John Milton que en 1.644 desobedeciendo el control previo impuesto por el Parlamento inglés publicó “*Areopagítica*”, primer precedente en el que se enuncio la importancia del intercambio de ideas, la búsqueda de la verdad y la racionalidad del sujeto consistente en la posibilidad de seleccionar las ideas que le proporciona su entorno; en la misma línea pero con fundamentos totalmente distintos que fueron óbice para la finalización de la censura se expidió John Locke, éste refirió a cuestiones económicas y prácticas sobre la inconveniencia de la censura previa como mecanismo para controlar la peligrosidad en las publicaciones de las personas, cuando la

¹ Borgarello, Esther S.; Juarez Centeno, Carlos: Evolución de la regulación constitucional de la libertad de expresión. Análisis comparativo entre la Nación y la Provincia de Córdoba. Ed: CIJS. Anuario 1.999-2.000. Córdoba. p.310.

imprensa en aquel momento era la industria floreciente por excelencia y se veía limitada por la censura, favoreciendo el mercado de otros países donde era legal el libre comercio de libros, como Holanda. (Climent Gallart: 2.016)². Por otro lado y en un contexto muy distinto, en Estados Unidos Thomas Jefferson centro el análisis de la libertad de expresión en el control de la ciudadanía sobre el gobierno, el modelo democrático de gobierno y la opinión pública, entendiendo así que la libertad de prensa implicaba la manifestación de ese contralor y la transparencia en los actos de gobierno. En cuanto a los pensadores franceses, Alexis de Tocqueville manifestó su descreimiento en las prerrogativas parlamentarias y la importancia de la libertad de prensa para asegurar la libertad individual, entendió tal derecho como el “*instrumento democrático de la libertad*”³. Otro pensador relevante a la cuestión de la libertad de prensa es John Mill que mediante su obra “On Liberty”, con un marcado pensamiento de raigambre liberal, manifestó su desaprobación hacia la censura por entender que no existen verdades absolutas sino que lo que hoy tenemos por cierto mañana puede dejar de serlo, ello conlleva a que no puede reducirse al silencio a ninguna opinión ni idea, puesto que en un futuro puede convertirse en verdad, es decir, lo que en la actualidad se tiene como certeza en un futuro puede ser desacertado. (Climent Gallart: 2.016).

Con el pasar del tiempo se fue reafirmando la importancia de la libertad de expresión para los Estados democráticos como así también su alcance se ha extendido, comprendiendo en la actualidad al derecho a la información como uno de los condicionantes para el adecuado ejercicio del derecho que nos ocupa, es decir, no solo se trata de la protección de la autonomía personal del sujeto para que exprese sus ideas libremente sin censura previa sino también de la posibilidad que éste debe tener de recibir información y demás puntos de vista para tomar mejores decisiones, todo esto siguiendo el basamento clásico del autogobierno de las personas. Es decir, existen dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión, una individual y otra institucional y estratégica. En la

2 REFERENCIA: Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía constitucional. Rev. boliv. de derecho nº 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 236-253

3 Tocqueville, Alexis, La democracia en América, México, Fondo de Cultura Económica, 8ª reimpresión, 1996, p. 638.

primera, la libertad de prensa se ejerce con la finalidad de satisfacer, en forma pública, la necesidad que tiene el individuo de expresar su pensamiento. En la segunda, la dimensión institucional o estratégica, la libertad de prensa ya no tiene como finalidad satisfacer una necesidad individual sino que se ejerce para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales.⁴

En cuanto al continente americano el reconocimiento de la libertad de expresión está dado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, siguiendo esta línea, la concepción argentina del derecho de libertad de expresión estuvo influenciada desde sus inicios por los pensamientos de la generación del '37, es dable aclarar al respecto que muchos de sus exponentes constructores de Estado argentino como institución fueron periodistas, así puede mencionarse a Alberdi, Mitre, Sarmiento y Mariano Moreno. Sin ser lo antedicho una enumeración taxativa es dable recordar el pensamiento de Mariano Moreno sobre la libertad de expresión que poco antes de morir, decía que para él era preferible vivir junto a una libertad peligrosa que disfrutar de la paz que brinda una servidumbre tranquila. Y esa idea de Moreno, en mayor o menor grado, fue la que inspiró la generación del '37.⁵

Siguiendo la línea de lo antedicho es dable enunciar el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, tal reconocimiento se encuentra presente de manera implícita y explícita, al respecto pueden nombrarse el art. 1º que establece como forma de gobierno la representativa y republicana, sistema político que se caracteriza por la libertad; el art. 14 que enumera una serie de derechos, entre ellos nombra el derecho de todos los habitantes de la nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, ello en virtud de que, como se mencionó anteriormente, la libertad de expresión antes era entendida como libertad de prensa ya que la imprenta era el medio por excelencia que servía a la difusión de ideas por su gran alcance; el art. 32 dispone que el Congreso federal no dictara leyes que restrinjan la

4 Basterra, Marcela I. Alcance de la problemática acerca de la libertad de expresión en la Argentina actual. Revista Jurídica USES. P. 212.

5 Badeni, Gregorio. Libertad de Expresión y Constitución Nacional, 2.003.

libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal; el art. 33 se complementa con la libertad de expresión ya que refiere al reconocimiento de las garantías implícitas que tienden a preservar la libertad de expresión y la libertad de prensa, las que también aparecen puntualmente consagradas en algunos de los tratados internacionales sobre derechos humanos⁶; el art. 68 refiere al único caso de libertad de expresión absoluta, podría decirse que fue pensado siguiendo el criterio inglés ya que ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador; por otro lado el art. 83 referido a las votaciones en el Congreso dispone la publicidad a la prensa ante determinados actos legislativos; finalmente es de vital importancia mencionar el art. 75 inc. 22 que da jerarquía constitucional a los tratados de Derechos Humanos, los cuales comprenden el derecho a la libertad de expresión. De esta manera el Estado argentino reconoce tal garantía y se encuentra obligado a permitir la libre expresión de las personas, es decir, no inmiscuirse en ella mediante censura previa y garantizar los canales informativos para la ciudadanía, ello no quiere decir que se trate de un derecho absoluto, no debe olvidarse que en nuestro sistema no existen derechos ni garantías absolutas, el límite se halla en la violación de otros derechos, a modo de ejemplo puede decirse que algunas de las limitaciones se encuentran en el derecho al honor, a la intimidad, a la vida privada, a la propia imagen⁷, de allí surge la consecuente responsabilidad ulterior que debe asumir el autor de la expresión.

Luego de este análisis de la garantía que nos ocupa podemos adentrarnos en las cuestiones que conciernen al presente trabajo monográfico, en primer lugar se desarrollara el derecho a la libertad de expresión en el derecho argentino como así también las limitaciones del mismo y los supuestos legales referidos a la responsabilidad ulterior en los casos de lesiones al derecho al honor en el supuesto de injurias, para posteriormente comparar lo antedicho con el derecho a la libertad de expresión en el derecho comparado.

6 Op. Cit. P. 2.

7 Op. Cit. P. 3.

En el Derecho argentino la libertad de expresión aparece como un derecho limitado y siempre se encuentra en tensión con otros derechos, se trata de un derecho que no puede estar sujeto a censura previa pero sí a responsabilidad ulterior, asimismo y como se dijo anteriormente abarca también la libertad de recibir información, ideas u opiniones expresadas por otros ciudadanos, lo que constituye su faz colectiva o social. Para las cuestiones referentes a la responsabilidad ulterior existe una doble vía, una vía en el derecho penal y otra en el derecho civil, así existen las figuras penales de calumnias e injurias y por otro lado el Código Civil y Comercial establece diversas pautas referidas al respeto de la dignidad humana y al derecho de daños. Empezando por el análisis de la órbita penal y siendo las injurias el delito que nos interesa en primer lugar es necesario delimitar su ubicación, el mismo se encuentra contenido en el art. 110 del Código Penal, el cual dispone:

“El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.”

Se trata del menosprecio dirigido a la dignidad y prestigio de una persona, puede apreciarse en este tipo penal que más allá de las imprecisiones en los verbos la acción típica consiste en quitarle la honra o el crédito a una persona, entendiendo que honra y crédito son dos cosas distintas toda vez que la honra consiste en la concepción subjetiva de la persona que se ve violentada cuando se desprecia a alguien por medio de imputaciones agraviantes que violan el respeto que merece la persona por si misma, mientras que el crédito social del sujeto configura el aspecto objetivo, se trata de la reputación social y como descredito se configura cuando terceros reciben el mensaje sobre la persona injuriada. Se trata de un delito doloso, es decir, se necesita del *animus injuriandi* y a diferencia de la calumnia que necesita de la comunicación a terceros, la injuria se configura como delito de lesión cuando la persona recibe el mensaje que lo deshonra. Siguiendo en la órbita penal en el tema de

injurias corresponde hacer una pequeña explicación sobre la “*Exceptio Veritatis*”, ésta significa la exención de la pena y está contenida en el art. 117 C.P el cual dispone:

“El acusado de injuria, en los casos que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.*
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedara exento de pena.”*

Del articulado expuesto se desprende que se trata de una facultad otorgada al autor de la injuria para probar la verdad de las imputaciones, teniendo como consecuencia la exención de la pena y existiendo sobre tal facultad una limitación que versa sobre dos excepciones en las que resulta irrelevante la veracidad de la injuria.

Asimismo también puede hablarse de la retractación de las imputaciones como exención de pena en los casos en los que el acusado de la injuria se retratare públicamente, así lo dispone el C.P en su art. 117 cuando dispone:

“El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importara para el acusado la aceptación de su culpabilidad”

Por otro lado, en el ámbito del Derecho Civil, el Código Civil y Comercial a partir de la reforma incorporo expresamente los derechos personalísimos haciendo hincapié en la dignidad humana y en la inviolabilidad de la persona como puede apreciarse en el art. 51:

“Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.”

Entendiendo que el honor es un derecho humano y coincidiendo con el criterio de la gran mayoría de la doctrina y la tendencia actual, se considera a la dignidad como la fuente,

el fundamento y el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos⁸. Siguiendo la misma línea el art. 52 del mismo código dispone:

“Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.”

En este artículo expresamente se reconoce el derecho de daños en cuanto al menoscabo de la honra o reputación, ello como fruto de la extensión de la tutela a la dignidad humana, pero aún así puede apreciarse que no se definen los conceptos de honra o reputación, razón por la cual tales precisiones quedarían libradas a criterios doctrinales y jurisprudenciales, como así lo entendió Eleonora Lamm en su comentario al art. 52 C.C.C.N: *“El artículo no define el derecho al honor, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como a la fama o estimación ajena. Así se receptan ambas facetas del honor, objetiva y subjetiva.”*.

En cuanto a la reparación civil de los daños causados por las lesiones al derecho al honor el art. 1.740 refiere a la reparación plena y expresa:

“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de

⁸ Lamm, Eleonora. Comentarios a los arts. 51 a 61. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. P. 124. 1ra edición - Junio 2015. 2da edición - Mayo 2016

parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

Jurisprudencialmente el derecho argentino ha dado una serie de pautas para la configuración de injurias, valiéndose de la teoría de la real malicia tomada de la jurisprudencia norteamericana (caso “Sullivan”), al respecto pueden nombrarse los casos “Kimel” y “Patitó”. El primer caso (Kimel) importó el cambio de la pena en el caso de delitos contra el honor, pasando de ser pena de prisión a multa, además se trató del primer caso donde se receptó la teoría de la real malicia, sobre esta teoría el Juez Carlos Fayt manifestó *“Las bases sobre las que se asienta en el edificio constitucional el estándar de la real malicia son la protección y el fomento de la libertad de expresión referida a los asuntos de interés público. Se trata de una regla interpretativa que surge de los postulados de la democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría sentido alguno en un sistema político autocrático donde la libertad de expresión y una de sus consecuencias directas, la libertad de prensa, no tienen ni pueden tener la función institucional o estratégica que esta Corte les ha reconocido”*⁹. En el segundo caso (Patitó, José Ángel y et al. v. Diario La Nación) se ha incorporado en su jurisprudencia *“el principio de la real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión”*, cuando se trate de la publicación de expresiones que pueden tener efectos negativos sobre la reputación de las personas vinculadas a asuntos públicos¹⁰, el tribunal zanjó la cuestión y determinó la utilización del verbo potencial en cuanto manifestó *“tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad”*. En efecto, el alto tribunal en el caso “Patito, José Angel c. Diario La Nación” del 24/06/08 efectuó una muy importante precisión en cuanto a que la mencionada doctrina, en la medida que había nacido para

9 Voto del Sr. Juez Carlos Fayt en caso “Amarilla”.

10 Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2.013. p. 37

proteger la libertad de prensa y no para limitarla, amparaba no sólo las informaciones sobre hechos, sino también a las opiniones o críticas. Pero hizo una salvedad: que, en el caso, no se trataba de "*otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caer en la categoría de 'insulto'*", con cita del voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558.¹¹

De esta manera se configura lo atinente a la responsabilidad ulterior en el derecho argentino, es ulterior toda vez que para el honor de las personas no se admite tutela judicial preventiva sino que en caso de conflicto se optara por la libertad de expresión ya que el honor solo se protege por medidas de responsabilidad ulterior, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos caratulados "*Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo*" en el considerando N° 10 que quedo redactado de la siguiente manera: "*El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia -incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso-, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta.*" En el mismo considerando también se sostuvo que "*los medios de comunicación constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por la libertad de expresión y que a ese contenido dedican primordialmente su actividad toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad*", de esta manera se entendió que el derecho a la libertad de expresión no es pasible de censura previa sino de responsabilidad ulterior. Asimismo, la Corte ha receptado soluciones provenientes del derecho comparado, principalmente de Estados Unidos, un ejemplo de ello es el caso "*Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen*" cuando el magistrado Carlos Fayt en su voto de disidencia expuso "*En cuanto a la censura judicial, en lo que aquí interesa, los casos "Near v. Minnesota" y "New York Times v. United States" ilustran sobre el criterio de la Corte Suprema de Estados Unidos.*

¹¹ Ibarlucía, Emilio A. Injurias y "real malicia". Publicado en: LA LEY 2010-A, 1252

No admite la censura previa en tiempos de paz y solo por excepción la considera permisible para impedir un daño actual”, dicho apartado vino a colación de la mención de la “Doctrina del peligro claro y actual” elaborada por el Juez Holmes en el caso “*Shenck v. United States*”.

En cuanto al derecho comparado los criterios sobre la libertad de expresión varían de un extremo al otro, siendo claros ejemplos Estados Unidos y Europa, en Estados Unidos el régimen de la libertad de expresión es el que dice el Tribunal Supremo y para toda la federación. No hay diferencia entre California y Ohio. En Europa existen matices diferenciales nacionales. Esto se comprende porque Estados Unidos es una federación y Europa no.¹² En el derecho norteamericano puede advertirse que la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales del sistema, se trata de un derecho amplio que históricamente ha tenido muy pocas limitaciones, mientras que en Europa podría decirse que constituye un derecho más. Los primeros precedentes en la jurisprudencia norteamericana marcaron las primeras limitaciones a la libertad de expresión ante supuestos excepcionales, es decir, la censura era permitida ante situaciones extraordinarias, el precedente en cuestión es el mencionado caso “*Shenck*”¹³, donde el Juez Holmes dio pie a la creación de la teoría del “peligro claro e inminente” mediante una comparación bastante afortunada: “*La mayor protección posible de la libertad de expresión no ampararía a quien, en un teatro abarrotado, gritara “¡Fuego!” a sabiendas de que no hay tal fuego...*”, posteriormente los preceptos jurisprudenciales estuvieron influenciados por el pensamiento del inglés John Mill, cuestión que quedó demostrada cuando Holmes en su voto en el caso “*Abrams v. United States*” se mostró a favor del “mercado libre de ideas” conforme el cual, la mejor manera de alcanzar la verdad es a través de la libre contraposición de ideas, en un mercado en el que todas puedan concurrir libremente.¹⁴ Posteriormente en el caso “*Near v. Minnesota*” se determinó la inadmisibilidad de la censura previa en tiempos de

12 Tenorio Sánchez, Pedro J. La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. *RedCE*. Año 10. Num. 19. Enero-Junio /2013. P 273.

13 REFERENCIA: El caso “*Shenck*” se trató de la limitación a la libertad de expresión de una persona miembro del partido socialista que en el contexto de la primera guerra mundial ordeno distribuir panfletos contrarios a la guerra en los que se llamaba a desobedecer la conscripción obligatoria.

paz, entendiendo que solo puede permitirse en casos excepcionales para impedir un daño actual e inminente que produciría la publicación de la noticia con prueba evidente por parte de la autoridad pública de la imposibilidad de recurrir a otro medio para evitar el daño.¹⁵ Más tarde, en 1.969, el criterio de las restricciones a la libertad de expresión se fueron clarificando, mediante el caso “*Brandenburg v. Ohio*” se determinó que es posible restringir la libertad de expresión en casos de incitación a la violencia, pero tal restricción no podía darse en términos poco certeros sino que debía ser en forma clara, inminente y precisa, siendo así la corte resolvió por una sentencia en la que la doctrina del “peligro claro e inminente” y la de la distinción entre “apología” e “incitación” se emplearon para anular la condena a un miembro del Ku Klux Klan que había pronunciado una arenga claramente racista, insultante, incendiaria y amenazante, además el Tribunal Supremo anuló la ley estatal que fundamentó la condena, por falta de taxatividad en el tipo penal.¹⁶

Más tarde en el mismo país, precisamente en el año 1.971 con el caso “*New York Times v. United States*” la Corte entendió que la libertad de expresión era más importante que mantener en secreto la política de gobierno, por más que se tratara de la publicación de un reporte clasificado.

El criterio referente a la marcada amplitud que se le daba a la libertad de expresión en Estados Unidos se mantuvo estable hasta el año 2.010 cuando en el caso “*Citizen v. FEC*” se produjo un retroceso en el criterio entendiendo que la libertad de expresión es un derecho individual y no un pilar necesario para la República. Este caso se origina cuando *Citizens United*, una pequeña corporación estadounidense, intentó sacar al aire una película en la que acusaba a Hillary Clinton, lo cual no sucedió porque, la Federal Election

14 Climent Gallart, Jorge Antonio. Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía constitucional. Rev. boliv. de derecho nº 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 251.

15 Voto de Carlos Fayt en autos caratulados “*Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen*”.

16 Tenorio Sánchez, Pedro J. La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. ReDCE. Año 10. Num. 19. Enero-Junio /2013. P 286.

Commission (Comisión Federal Electoral) declaró ilegal este filme con base en la Bipartisan Campaign Reform Act (Ley de Reforma de Campañas Bipartitas), también conocida como McCain–Feingold Act, que prohíbe a las corporaciones emprender actividades televisivas a favor de un candidato o partido político, durante un periodo determinado anterior a la celebración de la elección. Por tanto, la empresa solicitó ante la corte suprema, la no aplicación de la mencionada ley, debido a que el filme se iba a exhibir en un canal de “pago por evento”, pero la corte estadounidense decidió ir más allá y declaró inconstitucional el Estudio preliminar 20 de dicha ley.¹⁷

Por otra parte, la libertad de expresión en Europa recibe un tratamiento muy diferente, en primer lugar corresponde aclarar que se trata de un derecho más, por lo que puede afirmarse existe la posibilidad de censura previa, un claro ejemplo de ello es la prohibición en Francia de negar el genocidio armenio o la prohibición europea de elogiar el nazismo, esto quiere decir que la democracia en Europa exige regular la libertad de expresión para reprimir el discurso “negacionista”, el que incita al odio y a la intolerancia, es decir, el discurso violento, como sucedió en el caso “*Norwood c. Reino Unido*” donde el Tribunal además de remarcar la posibilidad de censurar los discursos favorables al odio también considero abuso de libertad de expresión a los hechos que dieron lugar al juicio¹⁸ se trata de la prohibición de discutir “*verdades históricas notorias*” como los crímenes de lesa humanidad cometidos en la Segunda Guerra Mundial. (Tenorio Sánchez: 2.013). Lo antedicho puede observarse en el art. 10 del Convenio europeo de Derechos Humanos:

- 1) *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados*

17 Rowbottom, Jacob; Issacharoff, Samuel. Sentencias relevantes de Cortes extranjeras. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). P. 19.

18 REFERENCIA: En el caso “Norwood” el Tribunal considero abuso de libertad de expresión que un ciudadano británico coloque en una ventana en su domicilio un cartel con el texto “islam fuera de Inglaterra/protejamos al pueblo británico” acompañado de una imagen de las Torres Gemelas en llamas.

sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

- 2) *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”*

Del citado artículo puede extraerse que para configurar las limitaciones a la libertad de expresión éstas deben: estar estipuladas por ley, que el fin perseguido sea legítimo y que se trate de una medida necesaria en una sociedad democrática. Podría nombrarse como ejemplo reciente lo ocurrido en Francia en el 2015 cuando la libertad de expresión estuvo fuertemente controlada luego de lo ocurrido en la revista satírica “Charlie Hebdo”, en el tiempo posterior a ese suceso se ordenó el arresto de un controvertido cómico (Dieudonné M'bala M'bala) por una publicación hecha en redes sociales donde hacía referencia a un ataque que había sido perpetrado en un supermercado judío en el que resulto la muerte de cuatro personas que habían sido tomadas como rehenes, el arresto devino en función del tipo penal que existe en la legislación francesa como “apología del terrorismo”, al respecto el gobierno francés manifestó que combatiría con toda la fuerza posible las palabras que incitaran al odio y al desprecio.¹⁹

El cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en primer lugar la jurisprudencia es severa con la libertad de expresión cuando en su ejercicio se afecta a los derechos de otro, singularmente los sentimientos religiosos de los ciudadanos (sentencia *Otto Preminger Institut v. Austria* de 1994 a propósito de la difusión de una película sacada de la obra de Panizza, el “Concilio del Amor”; del mismo modo, por una película de vídeo calificada como blasfema, sentencia *Wingrove v. Reino Unido* de 1996) y también cuando

19 REFERENCIA: Noticia disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/01/150114_francia_limites_libertad_expresion_lv

la libertad de expresión atenta contra la protección de la moral (sentencia Muller v. Suiza de 1998, a propósito de las medidas tomadas contra el autor de lienzos considerados obscenos). En segundo lugar y en sentido inverso, sin embargo, el Tribunal ha condenado a Irlanda por violación del artículo 10 por haber prohibido -en nombre de la moral-la difusión de informaciones sobre las posibilidades de abortar en el extranjero, siendo el aborto ilegal en dicho país (sentencia Open Door & Dublin Well Woman de 1992). En tercer lugar, el Tribunal reconoce un margen de apreciación bastante amplio a los Estados cuando limitan la libertad de expresión por motivos de seguridad nacional o de orden público.²⁰

Dentro de Europa distinto es el caso de España que en su constitución establece en el art. 20 lo siguiente:

“1) Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2) El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3) La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

20 Costa, Jean Paul. La libertad de expresión según la jurisprudencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

4) Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”

Podría argumentarse que las diferencias con España existen en razón de las participaciones asimétricas en la Segunda Guerra Mundial, el tratamiento que el derecho español le ha dado a la libertad de expresión ha sido bastante más amplio que en el resto de Europa, fue bastante amplio hasta la incorporación de la doctrina del caso “*Sullivan*” en la STC 6/1988, dicha sentencia se trató de un caso de derecho laboral y se determinó que: 1) Se protege la información veraz, es decir, la buscada con diligencia y no la absolutamente verdadera; 2) no se protege la “actual malice”, la expresión despectiva innecesaria para informar, lo cual es distinto de las operaciones de introspección que requeriría el “*animus iniuriandi*”; 3) para que el ejercicio del derecho a la información goce de protección constitucional los hechos deben encerrar trascendencia pública. (Tenorio Sánchez: 2.013) La sentencia en cuestión concluye expresando que “El despido, en definitiva, se produjo, en este caso, con daño para la libertad de información de quien recurre...”.

Por otro lado, en la legislación alemana la Ley Fundamental establece en su art. 5, Sección 2º la libertad de emitir opiniones, la cual encuentra «sus límites en las prescripciones legales generales, en las determinaciones legales para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal». El art. 5, funcionará por tanto, como una autorización para limitar a la libertad de expresión pero no constituirá el límite en sí mismo; las Leyes generales serán aquellas que deberán concretizar estos límites. Por parte de la jurisprudencia, estos límites han sido analizados por el Tribunal Constitucional en el caso Lüth, donde se establece que la Ley General será aquella que se encargará no de prohibir

opiniones sino de la protección de los bienes jurídicos que la sociedad considere importantes.²¹

En lo referente al derecho latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado lugar a diversos precedentes jurisprudenciales relevantes a la temática, en cuanto a la imposición de responsabilidades ulteriores por medio de sanciones de índole civil, la Corte Interamericana estableció en el caso “*Tristán Donoso Vs. Panamá*” que ésta podría ser intimidante e inhibitoria para el ejercicio de la libertad de expresión como una sanción penal. Al respecto observo que “el temor de la sanción civil, ante la pretensión [...] de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público...”²²

Sobre el derecho brasileño y siguiendo la misma línea puede hacerse referencia a la sentencia del 30/04/09 que trata sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Prensa, con razonamiento similar al utilizado en el caso Donoso, el Supremo Tribunal Federal entendió que la prescripción legal de indemnizaciones pecuniarias excesivas en contra de medios de comunicación puede constituir, en sí misma, un poderoso factor de inhibición de la libertad de prensa.²³

Como conclusión tentativa del presente trabajo puede decirse que el derecho a la libertad de expresión se presenta a nivel global con distintos matices, tantos como ordenamientos jurídicos existentes si se quiere, también puede decirse que existen dos grandes fuentes históricas que dieron nacimiento a la libertad de expresión en Argentina

21 Caruso Fontán, María Viviana. Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo). Universidad de Valladolid Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007.

22 Jurisprudencia Nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información. Comisión interamericana de Derechos Humanos. Año 2.013. p. 33.

23 Op. Cit. P. 34.

como tal (revolución francesa y revolución norteamericana), fuentes que influenciaron el pensamiento de quienes generaron las bases del Estado y el ordenamiento jurídico.

Siendo que se trata de uno de los pilares necesarios para la constitución de la república, una garantía necesaria para el adecuado ejercicio de otros derechos y para el sostenimiento del estado democrático, para el autogobierno de los ciudadanos y una obligación de resultado asumida por el Estado dicho derecho ha sido diagramado en el ordenamiento jurídico local de manera que a pesar de encontrarse en contraposición constante con otros derechos su limitación se encuentra en la responsabilidad ulterior que puede llegar a generarse en caso de sobrepasar los límites de la contraposición, es decir, no es un derecho absoluto pero la expresión de las personas no se encuentra limitada en cuanto a que sus manifestaciones pueden ser hechas por cualquier medio con la garantía de que el Estado no va a ejercer censura sobre ellas, sino que eventualmente tales manifestaciones pueden ser objeto de un proceso penal y/o civil a fines de determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad por las manifestaciones hechas. En esta condición tiene un rol fundamental el estado. Es garante obligatorio de estos derechos debiendo asegurar todas las condiciones de un ejercicio democrático o lo más plural posible. Sin perjuicio, que el estado reconozca y admita las responsabilidades ulteriores para quienes realicen un ejercicio abusivo del derecho libertad de expresión- derecho a la información.

Comparando el derecho de daños en Argentina como forma de reparación ulterior en el caso de injurias y la libertad de expresión en el derecho comparado puede dilucidarse que, a diferencia de Estados Unidos y Europa, Argentina se encuentra en un punto bastante equilibrado, ya que más allá de que la ley se incline a la protección del mentado derecho no reconoce la libertad de expresión como derecho absoluto o derecho de mayor jerarquía que los demás como lo fue en la concepción norteamericana hasta el caso "Citizen", no debe olvidarse que en su momento la libertad de expresión llegó a estar por encima de un órgano encargado de la seguridad nacional como lo es El Pentágono (*New York Times v. United States*). Ni tampoco es un derecho más, sujeto a tantas consideraciones como lo es en Europa donde en determinadas situaciones se permite la censura previa, pero que más allá de eso ha recibido consideraciones importantes como por ejemplo que la libertad de prensa ha de proteger a los periodistas contra las sanciones cuándo éstos no pueden divulgar sus

Valentina Barrera

fuentes de información, porque en ello está en juego su libertad de expresión, y esta protección constituye un interés público capital (sentencia Goodwin v. Reino Unido de 1996).²⁴

²⁴ Costa, Jean Paul. La libertad de expresión según la jurisprudencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.