

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)
pp. 228-249

ESTADO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ANÁLISIS DE UNA RELACIÓN CONFLICTIVA

*Ramiro Manuel FIHMAN**

*2^{do} Premio del 1^{er} Concurso de Ensayos de **EN LETRA** sobre Derecho
Constitucional en la Categoría "Estudiantes"*

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2016

Fecha de aprobación: 28 de febrero de 2017

Resumen

La libertad de expresión es un derecho reconocido internacionalmente que debe ser protegido. Sin embargo, no existe consenso respecto de cuál es la manera más adecuada para que los estados lo hagan. En este ensayo se analiza cada una de las teorías, que presentan distintos problemas políticos, normativos, éticos, etcétera. Además, se propone pensar la posibilidad de tener en cuenta un rol que puede tomar el estado frente a la libertad de expresión que consiste en intervenir en el debate público como una voz más, es decir ser un generador de contenido y no simplemente un regulador (o espectador) de la lucha de ideas.

Palabras clave

Libertad – expresión – estado – democracia – igualdad – roles

STATE AND FREEDOM OF EXPRESSION: ANALYSIS OF A CONFLICTIVE RELATIONSHIP

* Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
Correo electrónico de contacto: ramirofihman@gmail.com

Abstract

Freedom of expression is an internationally recognized right that must be protected. However, there is no agreement about the better way for states to do it. In this paper it is analyzed the different theories, which have different normative, ethical, and political problems. In addition, it is proposed to consider a role for the state in freedom of expression that consists in participating in the public debate as a different voice. This means to be a content generator and not just a regulator (or spectator) of struggle of ideas.

Keywords

Freedom – expression – state – democracy – equality – roles

I. Introducción

Este trabajo gira en torno a la discusión acerca de cuál es el rol más deseable para el estado en materia de libertad de expresión. El objetivo principal del mismo es dilucidar las ventajas y desventajas de cada una de las posibles actitudes que éste puede adoptar, para luego intentar introducir una variable no muy trabajada por la academia jurídica, que tiene que ver con el momento en que el estado pasa a ser no sólo un “árbitro” -o espectador- en la lucha de discursos, sino un generador de contenido, es decir una voz más, que parte desde su subjetividad propia y que utiliza para esto las herramientas materiales de las que dispone.

En este sentido, el ensayo ha sido estructurado de la siguiente manera: i) lineamientos generales sobre la conceptualización de la libertad de expresión en el mundo del derecho; ii) introducción a las distintas posturas teóricas en relación los posibles roles del estado frente a la libertad de expresión; iii) críticas fundamentales de las que son objeto cada una de las posturas del punto anterior; iv) aproximación a la idea de un “nuevo” rol a tener en cuenta: el estado como generador de contenido; v) problemas constitucionales que se generan al adoptar esa postura y posibles soluciones.

II. Desarrollo

A) La libertad de expresión como derecho fundamental en los estados modernos. Marco jurídico y funciones.

La libertad de expresión se ha consagrado en el mundo moderno como uno de los derechos fundamentales que deben ser garantizados en cualquier sociedad para el debido respeto de los valores democráticos. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es uno de los que más pretende proteger este derecho, analizándolo comparativamente (CIDH, 2009: 223).

En lo que respecta al marco jurídico que rige a nuestro país,¹ podemos mencionar que la libertad de expresión está regulada por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana, el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 14, 32 y 75 in. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.

En este sentido, es dable resaltar que diversos instrumentos internacionales obligan a los estados a garantizar el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, no queda tan claro el significado de la libertad de expresión, siendo esto fundamental para poder condenar a aquellos estados que incumplan su deber. La COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante, "CIDH") (2009) señaló que las funciones que tiene la libertad de expresión son principalmente tres (p. 224):

[e]n primer lugar, se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña —y caracteriza— a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.

¹ Si bien existen numerosas normas protectorias de la libertad de expresión en todo el mundo, mencionaremos -por cuestiones de brevedad- sólo aquellas que tienen injerencia en la Argentina.

[...] Se trata entonces de un derecho individual sin el cual se estaría negando la primera y más importante de nuestras libertades: el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento.

Aquí puede verse que la primera función parece ser individual, es decir que le pertenece a cada persona el derecho de pensar y compartir lo que piensa.

La segunda función tiene que ver con la relación estructural del derecho en cuestión con la democracia misma (CIDH, 2009: 225):

[e]s tan importante el vínculo entre la libertad de expresión y la democracia que, según ha explicado la CIDH, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole.

Por último, la tercera utilidad que tiene la libertad de expresión se relaciona con su importancia para garantizar otros derechos protegidos por el sistema interamericano (CIDH, 2009: 226):

[l]a libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. En efecto, se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos.

Resta mencionar en este apartado qué tipo de derechos específicos están contenidos dentro del amplio concepto de “libertad de expresión”, dado que claramente se trata de un derecho marco dentro del cual están contenidas muchas posibles situaciones que pueden darse en las sociedades del mundo. Así, identificamos -en concordancia con la recopilación de diversos pronunciamientos de la CIDH y la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (en adelante, “Corte IDH”) realizada en el Informe Anual 2009 de la

Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- las siguientes manifestaciones de la libertad de expresión: i) derecho a hablar; ii) derecho a escribir; iii) derecho a difundir las expresiones; iv) derecho a la expresión artística o simbólica, como así también la difusión y el acceso a la misma; v) derecho a buscar, a recibir y a acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole; vi) derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo contenida en bases de datos o registros públicos o privados; y vii) derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla (CIDH, 2009: 229-231).

B) El debate en cuestión

La discusión que para este trabajo nos compete gira en torno a cuál es el rol que debe ocupar el estado —comprendiendo los tres poderes— en el derecho constitucional a la libertad de expresión. Debe tenerse presente a lo largo de todo el ensayo que el concepto de "libertad de expresión" abarca más de un concepto, como se explicó en el apartado anterior.

En este sentido, realizando un primer análisis general y siguiendo los lineamientos desarrollados por Roberto GARGARELLA (2012) es posible sostener que existen tres grandes alternativas por las que puede optar el estado² al existir una sociedad en la que los sujetos necesitan comunicarse constantemente y debatir los asuntos públicos.

La primera es la "neutralidad". Este rol es pasivo, es decir que consiste en que el estado no intervenga en nada que tenga ver con las expresiones de las personas o grupos de personas. Puede esbozarse una analogía entre esta posición y el pensamiento liberal económico. Impera el concepto de *laissez faire, laissez passer*, que implica que el estado se abstenga de entrometerse en las cuestiones que, aparentemente, se regularán por sí mismas, lo que remite al pensamiento de Adam Smith acerca de la "mano invisible" que regularía el mercado. Según esta teoría, la misma lógica se aplicaría a la libertad de expresión. Lo que promete es que cuando existe plena libertad de expresión ganan los

² Es necesario aclarar que cuando hablamos de "estado" no debemos olvidar que no se trata de un ente por sí mismo que toma decisiones o puede actuar libremente, sino que consiste en jueces, legisladores, funcionarios del poder ejecutivo, que tienen ideología y poder y toman decisiones constantemente en nombre del mismo.

mejores discursos.

Uno de los autores³ clásicos más influyentes dentro de esta corriente fue John MILTON (1644), quien se dedicó por sobre todas las cosas a tratar en particular la libertad de prensa. En su obra *Areopagítica* —que es su alegato en contra de una orden parlamentaria que disponía la creación de licencias para imprimir libros, folletos y demás medios comunicativos, dándole la facultad al estado de decidir quiénes podían y quiénes no— manifiesta su fuerte oposición a la intervención estatal en la libertad de expresión. En dicho texto expresa: “matar a un buen libro es casi matar a un hombre. Quien a un hombre mata quita la vida a una criatura racional, imagen de Dios; pero quien destruye un libro mata la razón misma, mata la imagen de Dios” (p. 13). Es claro que este autor, si bien se sitúa dentro de la corriente que considera que el estado no debe intervenir, aborda la cuestión desde un punto de vista de supremacía de la libertad de prensa para evitar la censura estatal.

Otro exponente fundamental de esta concepción de la libertad de expresión fue John Stuart MILL (1859), quien planteaba que nunca es deseable suprimir una expresión, puesto que competirían todos los discursos e indefectiblemente ganaría el que fuera mejor. Sostenía esta afirmación con una lógica que podría considerarse utilitarista mediante la cual argumentaba que mediante la libertad de expresión y la contraposición de ideas la sociedad podía aproximarse cada vez más a la “verdad”.

Oliver Wendell Holmes, reconocido juez norteamericano, retoma la ideología de Mill y la aplica -por supuesto teniendo en cuenta algunas variables del mundo moderno- a sus memorables sentencias en la Suprema Corte de los Estados Unidos. Así, a modo de ejemplo, en el caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 1919),⁴ expresa el concepto de “libre competencia de ideas” como el mejor camino para llegar a la verdad. En este sentido, mediante este fallo, limitó el poder del gobierno para censurar bajo el pretexto del peligro o los agravios. Esto se correspondía con la ideología liberal —incluso en sentido económico— que tenía Holmes (TORRES, 2007).

3 A los efectos de facilitar la lectura, en este ensayo se utilizarán diversas palabras en género masculino, lo cual no quiere decir que su significado esté estrictamente limitado a dicho género.

4 Este caso giraba en torno a un grupo de ciudadanos rusos en Estados Unidos, que habían difundido por las calles mensajes en contra de ciertas decisiones de quien era entonces presidente Wilson.

Es necesario tener en cuenta que estos autores están, como todos, situados en un determinado momento histórico. Es sumamente ilustrador el ejemplo de MILTON (1644), quien esboza su teoría acerca de la libertad de expresión en un alegato en contra de una disposición parlamentaria de Inglaterra. Se trata de una lucha política e ideológica coyuntural, que además estaba signada por una guerra civil una y fuerte disputa de poder entre el catolicismo y el protestantismo —sin ni siquiera hablar de la posición que recientemente la burguesía había tomado en la realidad europea quitándole poder a la nobleza—.

En este sentido, es destacable que esta corriente en principio funciona como respuesta a la pretensión de censura por parte del estado hacia aquellas ideas o expresiones disidentes del gobierno de turno. En otras palabras, resulta muy sencillo para el estado censurar las opiniones distintas, por lo cual la doctrina que pone a la libertad de expresión por encima de todo parece ser entendible a tales efectos.

Retomando el análisis de los papeles que puede ocupar el estado, la siguiente corriente sería *-grosso modo-* la opuesta a la que acabamos de desarrollar, es decir la "no neutralidad". Puede afirmarse *a priori* que quienes creen que el estado no debe ser neutral afirman que el mismo debe meterse e intervenir en este "mercado de ideas", pero por distintas razones. Puede decirse que se abren dos grandes caminos teóricos: a) la corriente que cree que el rol intervencionista del estado radica en utilizar deliberada y racionalmente la censura para ciertos casos; y b) aquella que considera que el estado debe intervenir proactivamente asegurando un debate robusto donde se garantice la pluralidad de voces (GARGARELLA, 2012).

Se comenzará con el desarrollo de la primera de estas corrientes, que consiste en afirmar que hay ciertos discursos o ideas que, por diversos motivos, deberían ser censurados por parte del estado.

El primer autor relevante que aparece dentro de esta corriente es Owen M. Fiss (1996), constitucionalista norteamericano, quien en primer lugar refuta la visión del "libre mercado de ideas" con el argumento de que este mercado no es tan libre como parece, puesto que está viciado de falencias que lo hacen desigualitario. Sostiene que es falsa la premisa de que sin intervención estatal se garantiza la pluralidad, porque existen discursos que producen lo que él llama un "efecto silenciador". En este sentido los identifica como "*hate speeches*" o "discursos del odio", que consisten en expresiones que

tienen por objetivo agraviar a un determinado conjunto de personas –o emisores- generando que las mismas dejen de ser oídas por prejuicios generados en la comunidad. Adicionalmente habla de la pornografía y de las campañas políticas electorales (en términos de la igualdad de posibilidades) como discursos que deberían ser, de algún modo, censurados en virtud de un “bien mayor”.

También están comprendidos en esta corriente aquellos autores que consideran que existen discursos que deberían ser prohibidos porque -además de ser puramente ofensivos para con un grupo de personas- instigan a la comisión de uno o más delitos. Esto se relaciona con la idea de que los discursos violentos tienden a “erosionar” la democracia (TSESIS, 2009: 503-6). Así, sostienen que la libertad de expresión personal no puede ponerse por encima del interés general que tiene la sociedad en salvaguardar la pluralidad cultural y la tolerancia (p. 508).

En esta discusión se puede encontrar el típico caso de un hipotético diario con ideología nazi, que se dedica a realizar únicamente publicaciones destinadas a agraviar, entre otros, a las personas de origen judío. Supongamos que este medio implica la constante descalificación y por lo tanto silenciamiento de un determinado grupo de personas. En este ejemplo, la doctrina que se está analizando aceptaría censurar este medio de prensa.

Para ilustrar mejor esta posición puede mencionarse el artículo 13, inciso 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reza:

[e]stará 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 otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

De manera muy similar lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 20 numeral 2. También puede mencionarse el artículo 4 de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que establece que todos los estados que la ratifiquen

[d]eclararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

Estos son ejemplos de límites a la libertad de expresión fundados en los llamados *hate speeches*. En este sentido, confirmamos la hipótesis de que efectivamente existen límites a la libertad de expresión en razón del contenido -lo cual a priori hubiera parecido aberrante desde el punto de vista moral-.

Dentro de esta misma corriente se inscribiría Catherine A. MACKINNON (1996), quien sostiene que las mujeres se ven perjudicadas por el valor "sagrado" que se le da al derecho a la libertad de expresión, dado que éste mismo es el fundamento que avala la opresión (en muchos sentidos) sufrida por el género femenino (pp. 70-112). En particular se refieren a la pornografía como discurso de reproducción de las relaciones de desigualdad, en el cual se cosifica a la mujer, se la denigra, y se la somete a exposiciones degradantes. Sin embargo, debe destacarse que también dentro del feminismo existen posturas más moderadas como la de Judith BUTLER (1977), que propone utilizar el lenguaje como vía subversiva, dado que éste es performativo. En este sentido, no hace falta prohibir la pornografía ni los discursos racistas, dado que eso sería una actitud paternalista que victimiza a los grupos agredidos y pretende protegerlos cuando esto no es enteramente necesario (pp. 125-69).

La tercera gran corriente es la que plantea que el papel que debe desempeñar el estado no es el de censurar determinados discursos por razones de contenido, sino que tiene la obligación de garantizar la pluralidad de voces. Esta manera de entender la problemática de la libertad de expresión parte de la base de que los sujetos o conjuntos de sujetos no tienen siempre las mismas oportunidades para expresarse, dado que las condiciones del libre mercado potencian a quienes, por ejemplo, tienen un monopolio de un medio de comunicación. En ese caso, el mercado ya no es tan libre, porque hay voces que están siendo acalladas por la simple y objetiva razón de que los medios necesarios para expresarse están en manos de unos pocos. Es la misma CIDH (2015) la que reconoce la necesidad de diversificar las voces en el mundo de los medios de comunicación, ya que todas las personas tienen derecho a acceder a todo tipo de información. Sostuvo que es

obligación de los estados garantizar la pluralidad y diversidad en los medios (pp. 23-5). Esto implica, en principio, un límite claro al “libre mercado de ideas”, dado que, si se librara todo a la autorregulación, no se estaría priorizando la diversidad.

Roberto GARGARELLA (2013) señala la necesidad de un debate público robusto para fortalecer la democracia deliberativa, basándose fundamentalmente en la misma Constitución argentina. Afirma en ese orden de ideas que librar la libertad de expresión al “dejar hacer” impide un debate robusto ya que existen desigualdades históricas injustificadas que condicionan el mismo (pp. 1-7). A su vez, Carlos NINO (2012) sostiene que la pasividad del poder público no implica neutralidad, sino que favorece los planes de vida de quienes se ven amparados por el *status quo*. La verdadera neutralidad consiste en proveer recursos a aquellos que se ven impedidos de concretar su plan de vida por culpa de “lotería natural” o la estructura social (p. 2). Esta corriente de pensamiento defiende la intervención del estado en el “mercado de ideas” con fundamentos de igualdad y democracia, buscando que en las sociedades se logre el mayor nivel de participación posible en el debate público. Esto es así ya que entiende que la democracia está atravesada por la inclusión social y política, como así también que existen condiciones previas a la lucha de discursos, que limitan la capacidad de llegada de ciertas voces, cercenando en términos prácticos el real derecho a la libertad de expresión (entendido en todos sus sentidos).

C) Críticas

En este apartado se intentará analizar desde un punto de vista crítico cada una de las posturas explicadas en el apartado anterior desde la óptica constitucional según el ordenamiento jurídico argentino y la praxis moderna.

La primera corriente, que es la que sostiene el “libre mercado de ideas” no admite ningún tipo de censura por parte del estado. Ahora bien, librar la libertad de expresión a su propia suerte, ¿realmente es un método eficaz para garantizarla?

Frente a este interrogante resulta relevante comenzar analizando de qué manera está organizada la estructura comunicacional en nuestra región, para lo cual se debe conocer cómo están distribuidos los medios masivos de difusión, y cuál es la capacidad de

cada uno para impregnar su visión de la realidad y su discurso en la opinión pública,⁵ a los efectos de confirmar o rebatir la hipótesis de que los discursos en la sociedad no parten de un pie de igualdad sino que existen condiciones previas que se convierten en factores determinantes. Para eso, corresponde citar el trabajo realizado por Guillermo MASTRINI y Martín BECERRA (2011), en el cual afirman que (p. 57):

en Brasil, los ingresos sumados de los cuatro mayores diarios no alcanzan al 40% del total, en la Argentina superan el 60%, y en Chile y Uruguay exhiben indicadores aún más altos. [...] En el mercado televisivo también se registra una elevada concentración de los ingresos. De acuerdo a los datos obtenidos este mercado es de carácter oligopólico. En todos los países del Cono Sur, los cuatro mayores canales de televisión de cada país registra controlan al menos el 50% del total de los ingresos del sector. De esta forma, se puede afirmar que se registran niveles de concentración muy altos.

De estos datos se infiere que, dado que efectivamente existe la concentración mediática y los oligopolios son una realidad fáctica, la premisa de que el "dejar hacer" por parte del Estado generaría pluralidad, parece ser falsa.

Continuando en el campo de las prácticas no debe pasarse por alto que, en los estados modernos, no es cierta la premisa de que pudiera siquiera existir una total abstención de regulación estatal, debido a que el propio sistema requiere controles sumamente aceptados como subsidios, licencias, tratamiento sobre el papel para los diarios, fomento de determinadas industrias, etcétera (LORETI y LOZANO, 2012: 32) En este sentido, sería adecuado sostener que, si bien puede discutirse teóricamente si es deseable la no intervención del estado en la comunicación social, la realidad es que la "mano invisible" difícilmente exista y, menos aún, garantice la pluralidad.

⁵ Si bien es sumamente interesante el debate acerca de cuál es la influencia real que puede tener un medio de comunicación en la conformación de la opinión pública, no es un tema que abordaremos en el presente trabajo. En este sentido, daremos por sentado que los medios masivos -en mayor o menor medida- inciden en el criterio de los ciudadanos.

En este sentido, GARGARELLA (2006) afirma que respetar el status quo no necesariamente es promover la libertad de expresión, dado que en algunos casos hay voces sistemáticamente silenciadas y otras sobrerrepresentadas (p. 30). Asimismo, afirma que (*id.*):

[r]espetar la libertad de expresión no es sinónimo de mantenerse inactivo frente a un estado de cosas que consagra una gravísima e injustificada desigualdad de voces. Respetar la libertad de expresión exige, por el contrario, de acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, de acciones que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, de acciones que rompan una inercia que castiga a quienes están peor por razones completamente ajenas a su responsabilidad.

En este orden de ideas, una de las críticas más fuertes a la concepción liberal-conservadora del rol del estado en la libertad de expresión es la que sostiene que la formación de monopolios y oligopolios es inevitable en el mercado de los medios de comunicación, dado que los recursos son escasos y se requiere una capacidad económica muy amplia para poder acceder a los mismos. Además, no sólo se produce desigualdad en el emisor sino también -en menor medida- en el receptor: el que menos recursos tiene, con la lógica del mercado, puede acceder a menos información que el resto (NINO, 2013: 6-7).

Por otra parte, desde el punto de vista normativo constitucional, puede decirse que existe un deber del estado en garantizar la pluralidad de voces, y por lo tanto de evitar la concentración de los medios masivos de comunicación. Se encuentra el fundamento de esta afirmación en que el derecho a la libertad de expresión también comprende el acceso a la información y al conocimiento. En este sentido, si existen monopolios mediáticos, no habría libertad para el ciudadano de acceder a la información. Estas afirmaciones están respaldadas normativamente por los artículos 14, 42 y 75, inciso 19, de la Constitución de la Nación Argentina, artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 19, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CORTI, 2012: 17-28).

En relación a la segunda corriente -aquella que sostiene que es correcto censurar determinados discursos por su contenido- la principal crítica, claro está, es la vulneración

de la libertad de expresión. En este sentido, se argumenta que los discursos ofensivos son parte de la democracia y por lo tanto deben ser tolerados dentro del debate público. Si se censuran discursos, entonces se estaría cayendo en la misma crítica que se realiza a los discursos ofensivos. Ronald DWORKIN (2006), por ejemplo, sostiene que, si el estado censurara los *hate speeches*, se estaría cayendo en un profundo problema moral, dado que sería equivalente a decidir qué puede decir la persona y qué no; claramente, atentando contra la dignidad humana de manera directa. Este autor, como puede verse, adopta una postura muy amplia de la libertad de expresión. El problema de esta respuesta es que con el valor de la "dignidad" también podría defenderse a quienes son agraviados por los discursos silenciadores (BURGOS, 2013: 167).

Otro argumento interesante es aquél que contrapone libertad e igualdad -lo cual es una estrategia peligrosa argumentativamente- y alega que debe priorizarse la libertad dado que, de lo contrario, se caería en una "policía del pensamiento" que censuraría todo discurso que le produzca una ofensa a un sujeto (BURGOS, 2013: 170). Construir esta dicotomía implica tomar partido en una disyuntiva sumamente compleja: ¿vale la pena sacrificar la igualdad en pos de garantizar la libertad?

Por último, resta plantear las críticas a la corriente que sostiene que el estado debe intervenir para garantizar la pluralidad de voces —para lo cual podría llegar a ser necesario "censurar" pero no en virtud del contenido—. El pilar fundamental de esta corriente es el hecho de que en la realidad moderna es falsa la premisa de que en el libre mercado de ideas se llegará a conclusiones positivas. Esto es así porque en el mundo existen los monopolios y los discursos no parten de un pie de igualdad.

Ahora bien, ¿sería justo quitarle lugar por la fuerza en el debate a un sujeto que posee muchos medios comunicativos y que silencia a los demás en virtud de garantizar una pluralidad de voces? En principio parece que sí. Sin embargo, no se puede dejar de tener en cuenta cuáles serían los derechos vulnerados a los efectos de poder ponderarlos con los que se quiere garantizar.

Parecería que a quien se está "censurando" también se le vulnera su derecho a la libertad de expresión e incluso —si hablamos del problema de los monopolios— a la libertad económica. ¿No tiene derecho a tener más "llegada" quien posee más medios? ¿es justo quitarle lo que ganó a través del tiempo en pos de darle oportunidades a quienes no tienen los recursos para plantear su discurso en iguales condiciones? Estos interrogantes

remiten a un reciente fallo judicial de un caso de nuestro país, el caso “Clarín”,⁶ sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26.522. Allí se debatió si correspondía quitarle licencias al Grupo Clarín (propietario de una gran parte de los medios de comunicación existentes en el país) para garantizar que otras voces pudieran acceder a los medios, que son de enorme importancia en las democracias modernas. El criterio de la mayoría en la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue que el derecho a la libertad de expresión comprende también el derecho a la información y, por lo tanto, debe asegurársele a la sociedad una pluralidad de voces suficiente como para que la deliberación democrática sea posible. Si un solo medio controla todo el “mercado de ideas” entonces no hay democracia posible puesto que las voces del debate público —y, por lo tanto, la opinión general— están concentradas en un solo sujeto.

Contrariamente, en su disidencia, Juan Carlos Maqueda argumenta que la Ley en cuestión viola los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de expresión. A grandes rasgos, dice que la propiedad alcanza también a quienes son propietarios de licencias de comunicación y es por ello que no pueden ser despojados de las mismas en razón de la distribución de los medios de comunicación. Claramente, esta podría entenderse como una posible crítica a la corriente de la intervención del estado a los fines de garantizar la pluralidad de voces.⁷

D) El estado como generador de contenido

En este apartado se pretende establecer algunos lineamientos para una alternativa posible por la que puede optar -y, de hecho, lo hace- el estado, de la cual se realizarán las críticas pertinentes. Es necesario aclarar que este posible papel no necesariamente excluye a todos los demás, sino que, en principio, podría llegar a ser compatible.

Hasta ahora se han expuesto las posiciones que puede tomar el estado frente a la llamada “lucha de ideas” (cuyos elementos, como vimos, son muy diversos). Se ha

6 CSJN (29.10.2013), *in re* “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa” (G. 439. XLIX. REX).

7 Con el ejemplo del caso “Clarín” no pretendo sostener que la ley 26.522 sea la expresión normativa de la corriente de pensamiento desarrollada, sino que intento encontrar en el caso en cuestión argumentos que sirvan como crítica a esta postura.

analizado si debe intervenir o no, y en caso de que creamos lo primero, con qué objetivo debe hacerlo y cuáles son los medios deseados. Asimismo, se han planteado los problemas que podría generar cada uno de los roles.

El interrogante propuesto en este trabajo es el siguiente: ¿qué ocurre cuando el estado se plantea como un discurso más? ¿tendría éste interés en participar como una voz adicional dentro del debate, es decir, generando contenido sustancial? Desde luego que sería necesario asumir un rol no imparcial, puesto que se fomentaría una posición en particular.

Antes que nada, es necesario recordar que, en nuestro país, esto ocurre con suma frecuencia. El estado es propietario de medios de comunicación que utiliza para diversos fines.⁸ Cuando se piensa en esta alternativa, no se debe dejar de tener en cuenta que el estado no es un ente abstracto, sino que son funcionarios públicos que, desde ya y como cualquier ser humano, tienen ideología y la aplican constantemente.

Para poner un ejemplo que ilustre la propuesta para analizar, podría imaginarse un debate público acerca de la cultura machista y la consecuente violencia de género. Seguramente se observarían canales de televisión, diarios, revistas, páginas *web*, que pregonen una posición conservadora, tradicional, que se niegue a admitir la problemática moderna y reproduzca una lógica misógina. También, quizás, podrían encontrarse grupos que incentivarán la violencia y descalificarán a los movimientos feministas. Además, probablemente habría una fuerte corriente vanguardista que apoyará las causas relacionadas con la lucha de las mujeres por salir de la opresión y buscará la igualdad entre los géneros.

Llevando este caso a las teorías de los roles del estado, podría afirmarse que, en principio, cabría cualquiera de las tres analizadas hasta ahora. Si éste adoptara la postura de la pasividad, se abstendría por completo de intervenir en el debate público y dejaría que el "mercado de ideas" se desenvuelva por sí solo. Tal vez lo que ocurriría es que los

8 Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado (RTA S.E.) es la empresa pública que administra los medios de comunicación estatales, entre los cuales se encuentra la TV Pública, LRA Radio Nacional, Unidad de Negocios de Radio Nacional y Radiodifusión Argentina al Exterior (RAE). Fuente: [www.radioytelevisión.com.ar] consultado por última vez: 20.09.2016.

grandes medios de comunicación y publicitarios ganarían la “batalla” dado que podrían continuar reproduciendo las relaciones patriarcales de nuestra sociedad. Eso es así porque, al fin y al cabo, quien más poder y más llegada tiene por sus condiciones materiales, suele triunfar con su discurso.

Por el contrario, el estado también podría adoptar la postura intervencionista censuradora de los discursos silenciadores. Si lo hiciera, entonces quizás decidiría prohibir las campañas de marketing de productos de limpieza en donde siempre la que se encarga de las tareas domésticas es la mujer, o bien aquellos programas de televisión cuyo contenido versa exclusivamente sobre la cosificación y mercantilización del cuerpo de las mujeres.

También el estado podría reconocer las desigualdades preexistentes entre los participantes de la lucha de ideas y decidir darle más espacio a aquellos sectores que no lo tienen, distribuyendo las “plazas” a los efectos de generar un debate público robusto que contribuya a la solución más deseable.

Ahora bien, en este caso podría encuadrar también el cuarto rol analizado en este trabajo, que es el de generación de contenido sustancial. Así, el estado intervendría como una voz más del debate, utilizando los poderosos medios de los que dispone para hacer penetrar su propio discurso que podría ser en pos de la igualdad de género y combativo contra los discursos patriarcales y misóginos. Dependiendo del poder de turno -por supuesto- la ideología matriz en el discurso sería distinta y por lo tanto contribuiría en diferentes sentidos al debate público.

Otro caso hipotético que podría ayudar a comprender esta idea puede consistir en un futuro referéndum sobre una propuesta de que las personas con dificultades motrices deben ser trasladadas a barrios cerrados diseñados específicamente para ellas, con el fundamento de que el estado gastaría menos presupuesto en construcción de rampas.

Aquí ¿no podría el estado —por ejemplo, mediante campañas de igualdad y no discriminación— impregnar su propio discurso tendiente a que el pueblo no tome una determinada decisión? Más allá de las dificultades filosóficas, políticas y normativas que esto podría generar, ¿no es acaso un rol posible frente a la libertad de expresión? Este trabajo pretende afirmar que sí. Se vislumbra en ambos casos que, en lugar de -por ejemplo- censurar discursos de odio (para lo cual estamos aceptando que el estado debe

tomar partido), se interviene como un discurso que le da batalla a aquellos, lo cual no viola la libertad de expresión —ya veremos si por otro lado viola algún otro deber constitucional—.

Del sentido común surge que no en todos los casos "molesta" que el Estado tenga voz en el debate público. Es decir, existen situaciones en las que éste actúa como transmisor de información fundamental (como campañas de salud, información de las políticas públicas, etc.) y, en principio, nadie dudaría que es deseable que estas comunicaciones se efectúen. El problema está cuando el estado utiliza sus herramientas para participar en una temática sobre la cual existe cierto grado de desacuerdo o polémica, o bien cuando es para generar propaganda política del gobierno de turno. Allí, seguramente habría personas que se opondrían -probablemente con razón- a que el estado incida subjetivamente en el debate, ya que esto distorsionaría la discusión y, además, afectaría la imparcialidad del mismo. Aquí puede citarse el ejemplo de que días antes de un referéndum sobre la despenalización del aborto, el ministro de salud ordene colocar pancartas en cada esquina del país con la frase "Sí a la vida, no al aborto. Ministerio de Salud de la Nación". La fuerza de "lo oficial" es sumamente difícil de combatir.

De todas formas, es necesario reiterar que esta posición del estado frente a la libertad de expresión no es en ningún punto excluyente -en términos teóricos- de todas demás, sino que podrían convivir en armonía. Por ejemplo, el estado podría dejar librada la libertad de expresión al mercado de ideas, pero intervenir con su discurso y con sus recursos; también podría participar del debate y a la vez censurar los discursos silenciadores; por último, podría asegurar un debate público robusto garantizando el acceso al mismo de todas las voces posibles, y a la vez participar del mismo.

E) Problemas constitucionales y ¿soluciones?

Si bien es cierto que en la práctica cotidiana de los estados modernos éstos intervienen activamente en la "lucha de ideas" utilizando sus herramientas públicas, no se puede dejar de hacer un análisis constitucional sobre este tipo de decisiones —al fin y al cabo— enteramente políticas.

La Corte IDH ha señalado que los funcionarios públicos, en lo que respecta la libertad de expresión, tienen, entre otros, el deber de asegurarse de que sus

pronunciamientos no constituyan una injerencia arbitraria, directa o indirecta, en los derechos de quienes contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento.⁹ Esto implica reconocer que el estado no es un ente autónomo sino que está integrado por funcionarios que tienen una determinada ideología, la cual no puede ser utilizada arbitrariamente con recursos públicos para interferir en el debate. Distinto sería si el funcionario interviniera en el debate desde un lugar expresamente personal, dejando de lado su cargo para el caso en concreto. La Corte IDH aclaró que este deber aparece en situaciones de conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política. Esto está en sintonía con lo enunciado anteriormente, acerca de que nadie se opondría a que en un contexto en el que no existe un grado de desacuerdo razonable el estado intervenga con su propio discurso.

Parecería ser que el único límite constitucional a la intervención del estado como una voz más en el debate público está dado por el deber que tienen los funcionarios de no influir en los derechos del resto de las personas que participan del debate. Esto quiere decir que -dejando de lado los posibles problemas éticos que puede generar la utilización de recursos públicos para la construcción de un discurso que al fin y al cabo también representa intereses- no existen problemas constitucionales que impidan la simple participación del estado como generador de contenido sustancial.

Cabe preguntarse entonces si lo afirmado en el párrafo anterior es deseable o si, por el contrario, es una situación que debería ser -de alguna manera- modificada. En este ensayo se sostiene que necesario regular en algún sentido la participación del estado en el debate público. Esto es así dado que se deriva del principio republicano de gobierno (artículo 1º de la Constitución de la Nación Argentina) el deber del estado de ser imparcial en lo que respecta a los debates de la esfera pública. Con esto no se pretende sostener que el partido de gobierno no pueda emitir opiniones y participar del debate -nada más alejado- sino que los recursos públicos (canales de televisión, radios, diarios, cadenas oficiales, etc.) no pueden ser utilizados para difundir posturas o discursos sobre cuestiones sobre las cuales existe un grado considerable de desacuerdo en la sociedad (partiendo de la base de que cualquier enunciado es ideológico por el hecho de que no hay

9 Corte IDH (28.01.2009) *in re* “Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C No. 194, párr. 139; y (28.01.2009) *in re* “Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”.

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

FIHMAN, R. (2017) "Estado y libertad de expresión...", pp. 228-249

2do Premio del 1er Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional – Categoría "Estudiantes"

discurso sin sujeto, y no hay sujeto sin ideología).

De la misma manera que los grupos económicos concentrados se encuentran en una posición de ventaja para diseminar su discurso y posiblemente triunfar en la lucha de ideas, el estado también goza de enormes beneficios en caso de que quiera participar del debate de ideas con sus herramientas (como ocurre en nuestro país). Sería sumamente conflictivo que se utilicen canales de televisión estatales para hacer, por ejemplo, un programa en el horario con más audiencia que consista en un grupo de figuras públicas alineadas con el partido de gobierno que se dediquen a hablar en contra de un hipotético juicio político en contra del presidente de turno.

Identificada esta problemática, que tiene que ver enteramente con el contenido sustancial de lo que se dice en los medios de comunicación estatales, se pretende resaltar la necesidad de regularlo legalmente, a los efectos de establecer qué tipo de contenidos puede el estado generar con los recursos que posee. *A priori*, podría adelantarse que, del lado de lo permitido, estaría la difusión de las políticas públicas, campañas de salud, programas educativos (que deberían ser lo más imparciales posible), transmisión de debates legislativos, difusión de información relevante para la justicia, ficciones, programas de debate de actualidad (siempre y cuando esté asegurado que estará abierto —en la medida de lo posible— para todas las voces que deseen participar), etcétera. Por otra parte, del lado de lo no permitido estarían los discursos que versen sobre temas de la esfera pública, como comunicados de funcionarios con opiniones sobre proyectos legislativos, programas de equipos de periodistas que construyan un blindaje mediático a un determinado líder político, propagandas para el partido gobernante, y todos aquellos pronunciamientos unánimes (es decir en donde no existan discusiones con voces diversas) sobre temas de debate público.¹⁰

III. Conclusiones

En primer lugar, debe recordarse que este ensayo no pretende brindar soluciones al longo debate en torno a cuál es la actitud más deseable por parte del estado frente a

¹⁰ Si el estado hubiese adoptado una postura intervencionista con los *hate speeches*, entonces éstos también estarían incluidos dentro de lo no permitido (el estado tampoco podría pregonar discursos de odio).

la libertad de expresión. De hecho, probablemente este tipo de soluciones no existan, ya que al fin y al cabo se trata de una cuestión sustancialmente ideológica.

Al analizar las distintas posturas teóricas sobre esta discusión —pasando por distintos autores de cada corriente— se llegó a la conclusión de que todas tienen sus ventajas como así también aspectos negativos. Fundamentalmente, los derechos más vulnerados tomando los distintos enfoques son la libertad económica, la propiedad, la dignidad humana, la igualdad, e incluso la misma libertad de expresión. Evidentemente se trata de una cuestión profundamente sensible y delicada, dado que los derechos a ponderar están todos reconocidos y protegidos en nuestro bloque constitucional.

En relación a la propuesta de análisis de un posible cuarto rol -no excluyente-relacionado con la generación de contenido sustancial por parte del estado, se concluyó que no existen límites constitucionales expresos que marquen si esto puede ocurrir o no. Por eso, y con la convicción de que el estado no debería poder intervenir con sus recursos en el debate público como una voz más, se sostuvo que resulta necesario pensar una regulación normativa para el contenido producido por el mismo.

Bibliografía

BURGOS, B. (2013) “El lenguaje sexista y el hate speech: un pretexto para discutir sobre los límites de la libertad de expresión y la tolerancia liberal”, en *Revista Derecho del Estado*, volumen 30, Lima.

BUTLER, J. (1977) *Lenguaje, Poder e Identidad*. Madrid, Editorial Síntesis.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (2009) “Informe Anual 2009, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión)”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. (30.12.2009).

— (2015) “Informe N° 13/15, Relatoría para la Libertad de Expresión, Estándares de libertad de expresión para la transición a una televisión digital abierta, diversa, plural e inclusiva”.

CORTI, A. (2012) “Acerca de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la Cláusula de Desinversión”, en BARCESAT, E. y CORTI, A. (dirs.) *Derecho Público*, año I, número 1, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

FIHMAN, R. (2017) "Estado y libertad de expresión...", pp. 228-249

2do Premio del 1er Concurso de Ensayos sobre Derecho Constitucional – Categoría "Estudiantes"

Dworkin, A. y Mackinnon, C. (1988) *Pornography and Civil Rights: A New Day for Woman's Equality*. Minneapolis, Organizing Against Pornography.

DWORKIN, R. (2006) *Is Democracy Possible Here?* Princeton, Princeton University Press.

Fiss, O. (1996) *The Irony of Free Speech*. Cambridge, Harvard University Press.

— (1997), *Libertad de expresión y estructura social*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (Traducción de Jorge Malem Seña).

GARGARELLA, R. (2006) *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.

— (2012) "Constitucionalismo y libertad de expresión", en ÁVILA, M., ÁVILA, R. *et al.*, *Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda*. Quito, Organización de las Naciones Unidas para la Educación.

— (2013) "La concepción constitucional de la libertad de expresión", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 14, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho.

LORETI, D. y LOZANO, L. (2012) "El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación", en BARCESAT, E. y CORTI, A. (dirs.) *Derecho Público*, año I, número 1, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

MACKINNON, C. (1996) *Only words*. Minneapolis, Harvard University Press.

MASTRINI, G. y BECERRA, M. (2011) "Estructura, concentración y transformaciones en los medios del Cono Sur latinoamericano", en *Revista Científica de Comunicación y Educación*, número 36, volumen XVIII. Disponible en [<http://www.revistacomunicar.com/verpdf.php?numero=36&articulo=36-2011-07>].

MILL, J. (2004) *Sobre la libertad*. Madrid, Edaf, 2004 (versión original de 1859).

MILTON, J. (2000), *Areopagitica*, México, Fondo de Cultura Económica (versión original de 1644).

NINO, C. (2013) "La filosofía de una Ley de Radiodifusión", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 14, Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho.

TORRES, M. (2007) "El 'mercado libre de ideas' de O. W. Holmes", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid.

TSEISIS, A. (2009) "Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy", en

EN LETRA - año IV, número 7 (2017)

1^{er} Concurso de Ensayos de En Letra sobre Derecho Constitucional – Categoría “Estudiantes”

The Wake Forest Law Review, volumen 44. Disponible en [http://wakeforestlawreview.com/wp-content/uploads/2014/10/Tesis_LawReview_01.09.pdf].