

Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión

Manuel Núñez Encabo

Catedrático de Ciencias Jurídicas.

Facultad de Ciencias de la Información.

UCM. Catedrático europeo Jean Monnet.

Research Director J. B. Conant Advanced Group.

Harvard University

RESUMEN: La divergencia entre EE.UU. y Europa en el tratamiento de la libertad de expresión radica en las diferentes bases filosóficas y políticas del artículo 10 del Convenio Europeo de los derechos fundamentales, y la primera enmienda de la Constitución Norteamericana. Frente a los límites previos legales del texto europeo, la Primera enmienda defiende la libertad ilimitada de palabra-discurso en un mercado libre de ideas desde la neutralidad del Estado-Gobierno. Por el contrario desde Europa se defiende la intervención de los Gobiernos-Estados para garantizar a través de las leyes el derecho a la información veraz plural, respetuosa con los derechos fundamentales de las personas que constituye límites legales a la libertad de expresión.

A pesar de las diferencias existen también semejanzas entre Europa y América Latina en base a una cultura histórica común. En el futuro, dada la transformación de los medios de comunicación, es necesario revisar el concepto de la libertad de expresión y sus condicionantes tanto en Estados Unidos como en Europa.

PALABRAS CLAVES: Libertad ilimitada de expresión. Derecho a la información. Mercado libre de ideas. Neutralidad del gobierno. Límites legales. Retos del futuro.

ABSTRACT: The divergence between the United States and Europe on the Freedom of Speech's treatment lies in the different philosophical and political basis of the Article 10 of the European Agreement of the fundamental rights, and the First Amendment of the Northamerican Constitution. In front of the previous legal boundries of the European text, the First Amendment defends

the unlimited freedom of speech in a market of free ideas from the neutrality of the State-Government. On the other hand, Europe defends the intervention of the Governments-States to guarantee through laws the right of truthful and plural information, which respects people's fundamental rights, that sets legal boundaries to the freedom of speech.

Despite the differences there are also similarities between Europe and Latin America according to a shared historical culture. In the future, given the transformation of the mass media, a revision of the concept of freedom of speech is needed.

KEY WORDS: Unlimited freedom of speech. Right of information. Free market of ideas. Neutrality of the Government. Legal boundaries. Challenges of the future.

ZUSAMMENFASSUNG: Die Nichtübereinstimmung zwischen den Vereinigten Staaten und Europa in der Behandlung der Meinungsfreiheit liegt in den verschiedenen philosophischen und politischen Grundlagen des Art. 10 des europäischen Abkommen über Grundrechte und den ersten Abänderungsantrag des amerikanischen Grundgesetzes. Im europäischen Text gibt es gesetzliche Regelung, aber der erste Abänderungsantrag des amerikanischen Grundgesetzes erlaubt die unbegrenzte Freiheit des Wortes-Vortrags in einem freien Markt der Ideen, vom Ausgangspunkt der Parteilosigkeit der Staatsregierung. In Europa sucht man die Beteiligung der Staatsregierung um das Recht zur glaubwürdigen und pluralitäten Information durch Gesetze zu sichern, mit Achtung auf die Grundrechte der Personen, die eine gesetzliche Grenze der Meinungsfreiheit darstellen. Es gibt Verschiedenheiten, aber auch Ähnlichkeiten zwischen Europa und Südamerika, die sich auf eine gemeine historische Kultur begründen. Es ziemt sich, wegen der Umwandlung der Massenmedien, in der Zukunft das Konzept der Meinungsfreiheit und ihre Umstände in den Vereinigten Staaten und Europa nachzuprüfen.

SCHLÜSSELWORTE: Unbegrenzte Meinungsfreiheit. Informationsrecht. Freier Markt der Ideen. Parteilosigkeit der Staatsregierung. Gesetzliche Grenzen. Zukünftige Herausforderungen.

1. LA BASE FOLOSÓFICA Y POLÍTICA DE LA DIVERGENCIA

En Estados Unidos la base de la protección de la libertad ilimitada de expresión radica en que su ejercicio desde

los medios de comunicación debe ser protegida frente a las restricciones desde los poderes públicos, los Gobiernos, en base principalmente a tres argumentaciones: La primera parte de que el ejercicio no limitado de la libertad de expresión es el mejor camino para preservar la verdad. La segunda argumentación indica que el ejercicio no condicionado de la libertad de expresión hace posible un mejor desarrollo de la democracia. Y la tercera argumentación se fundamenta en que el ejercicio de la libertad de expresión debe basarse únicamente sin restricciones en la autonomía y libertad del individuo.

En relación con la defensa de la verdad se parte del argumento de Stuart Mill de que la libertad de expresión es una condición necesaria para permitir que la verdad se revele. Por ello se necesitan alternativas a las versiones dominantes para poder considerar distintos puntos de vista y poder alcanzar la verdad. Si se silenciase una opinión podría ocurrir que a posteriori fuera verdad y entonces se estaría ocultando la verdad de manera directa. Y no somos infalibles. Alternativamente aun cuando creamos que sabemos que la versión dominante es correcta podría ser que sólo lo fuese parcialmente. Sólo a través de acumular verdades parciales se puede averiguar la verdad. Aunque haya versiones falsas la verdad tiene la oportunidad de rebatirlas. Estas y otras explicaciones similares se resumen en que la verdad sale de la discusión dentro de un “mercado libre de ideas” como lo definió el juez Holmes.

La verdad se puede averiguar en cada contexto a través de exponerse en el “mercado libre de ideas”. El papel del Gobierno es el de proteger el funcionamiento del “mercado libre de ideas” y tener una posición neutral en cuanto a las diversas concepciones de la verdad y permitir que la verdad se revele con el paso del tiempo. En definitiva esta concepción de la libertad de expresión está basada en la primera enmienda de la Constitución.

De entrada, el punto débil que se reconoce desde la propia doctrina norteamericana es que no se puede garantizar que se revelará la verdad desde la simple proliferación de opiniones y hechos ya que las innumerables ideas alter-

nativas pueden impedir más bien que ayudar a alcanzar la verdad. Otras críticas provienen del escepticismo de que las buenas versiones expulsarán a las malas automáticamente.

En Europa la garantía de la verdad radica en argumentos muy diferentes, con diferencias que parten de que la consecución y la transmisión de la verdad por los ciudadanos y los medios de comunicación que no se encuentran en un mercado sin límites de ideas sino que la veracidad en la información es una exigencia de un derecho fundamental que los ciudadanos pueden exigir a todos los medios de comunicación distinguiendo claramente las informaciones de las opiniones: “las opiniones son libres, las informaciones sagradas”. En todo caso sólo las opiniones y no las informaciones dependerían únicamente de un mercado, por el contrario en EE.UU. en el mercado libre de las ideas se confunden informaciones y opiniones.

En la argumentación de la libertad ilimitada como garantía de la democracia se parte de que la democracia implica que el pueblo es soberano. Se indica que se pueden elegir los representantes pero la soberanía queda en el pueblo. El argumento basado en la democracia considera la libertad de expresión como una parte necesaria del pueblo soberano en tres aspectos particulares. Primero, la libertad de expresión ilimitada es crucial para que toda información pueda estar disponible para la buena información del pueblo. La falta de libertad de expresión afecta al proceso deliberativo. En segundo lugar hace que los representantes elegidos sean informados sobre las opiniones del pueblo soberano. Frente a esta libertad los límites de la información o de los puntos de vista desde el Gobierno serían contradictorios porque implicarían que “el criado restringe al amo y no al revés”. Además desde un punto de vista democrático se garantizaría la opinión de las minorías involucrándoles en el proceso democrático ya que negarles la opinión debilitaría este proceso...

La diferente argumentación europea en relación con la libertad de expresión tiene sus raíces en la diferente concepción del Estado y de los poderes públicos. De acuerdo

con Rousseau, por pacto social, el pueblo soberano elige sus representantes públicos precisamente para garantizar sus derechos fundamentales individuales que no se podrían dejar a una defensa solo individual por su indefensión frente al mercado sin reglas. Por eso el estado tiene un papel de garantía de la libertad de expresión y el derecho a la información en democracia. También la diferencia europea estriba en que en realidad el pueblo-los ciudadanos no son emisores reales de información ni ejercen la libertad de expresión, son los medios de comunicación, porque los ciudadanos han sido reducidos a meros receptores de la información. La teoría americana confundiría a los medios de comunicación con los ciudadanos y a los que los haría representantes de los propios ciudadanos ejerciendo en su nombre la libertad de expresión que les correspondería a estos.

El argumento de la autonomía consiste en señalar que las personas individuales no podrán tomar decisiones políticas y sociales si previamente no existiese un mercado libre de ideas sobre los temas en cuestión. Se deberían posibilitar condiciones ilimitadas para que esto fuera posible. La libertad de expresión es un elemento necesario para que se den condiciones óptimas. En definitiva se basan en la necesidad de proteger la libertad de expresión ilimitada, porque lleva a la verdad, a la democracia y a la autonomía personal. Se argumenta que el hecho de poder hablar libremente nos permite expresar nuestra personalidad y además es a través de la palabra lo que permite diferenciarnos a unos y a otros. Limitar la libertad de palabra va contra el individuo y el ideal de que debe ser autónomo.

En Europa por el contrario se argumenta siguiendo a Kant que la libertad ilimitada de expresión de cada uno y de los medios de comunicación que son los que ejercen realmente esta libertad con efectos sociales y públicos pueden herir el derecho a la información veraz de los demás y que el fin de la verdad, de la democracia o de la autonomía personal no justifican los medios, y que es la libertad ilimitada de expresión sin reglas. Otra diferencia esencial es

que la ética de la libertad de expresión de los medios de comunicación es pública desde la óptica europea, no privada, porque en el uso de la libertad de expresión se es responsable no sólo ante la conciencia individual autónoma de cada emisor de información sino ante los ciudadanos en su conjunto porque influye en la opinión pública.

1.2. LA BASE JURÍDICA DE LA DIVERGENCIA

Los criterios y argumentos filosóficos y políticos sobre la libertad de expresión señalados anteriormente deben relacionarse con los textos históricos y jurídicos que sintetizan la diferencia entre Estados Unidos y Europa y que dan lugar a los diversos enfoques posteriores del Tribunal europeo de derechos humanos y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Históricamente la concepción europea parte de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en su artículo 11, que señala:

11. “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley”.

Se configura en este artículo la seña de identidad europea del tratamiento jurídico de una amplia libertad de expresión (sin emplear esta palabra) y sus claros límites *a priori* legales. El imperio de la ley limita *a priori* la libertad de expresión a diferencia del modelo jurisprudencial anglosajón-norteamericano que sólo actúa *a posteriori*.

Las líneas maestras de esta Declaración (reflejo de las corrientes que en ella influyen) son:

- a) Búsqueda de la certeza del derecho, dando primacía absoluta a la ley; era típico de los autores franceses de la época decir que los jueces no deben interpretar la ley: el juez es la boca que pronuncia la ley, ser inanimado que no puede moderar ni su fuerza ni su

- rigor, afirmará Montesquieu, que además señala que la Ley es la expresión de la voluntad general.
- b) La distinción entre estado natural y estado de sociedad.
 - c) La concepción de la ley como expresión de la razón natural (o de las leyes naturales que, al igual que el resto del universo, rigen al hombre, según los fisiócratas).

La ley debe ser la expresión de la razón natural; intentan que la legislación positiva sea la plasmación del sistema racionalista del Derecho natural, como un derecho ideal producido por la razón humana, de tal manera que se llegaba a afirmar que la función del poder legislativo no era la de crear leyes sino simplemente la de declararlas.

Se contraponen estas señas de identidad europea de la libertad de expresión con la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 donde se señala en su artículo 12: “que la libertad de prensa es de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida por gobiernos despóticos”.

Se configura así una libertad ilimitada sin restricciones legales que es la base posterior de la Primera enmienda de la Constitución americana.

En relación con los textos actualmente vigentes; el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos dice:

“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 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 inte-

gridad 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”.

La Primera Enmienda de 1791 señala:

“El Congreso no formulará ninguna ley... que limite la libertad de palabra, o la libertad de prensa; o el derecho de las personas a reunirse pacíficamente, y pedir que el Gobierno estatal les compense para resolver una demanda”.

La estructura y terminología del Artículo 10 es muy distinta a la de la Primera Enmienda, y esto lleva a enfoques muy diferentes de las dos jurisdicciones. Por ejemplo, el Artículo 10 se refiere a la libertad de expresión que es un término y un concepto más amplio que el de palabra, mientras que la Primera Enmienda se refiere a la libertad de una palabra-discurso. El uso del concepto ‘palabra-discurso’ ha ocasionado un debate en Estados Unidos sobre lo que significa este término.

Está claro que para la Primera Enmienda la idea de una palabra-discurso entiende a la vez más y menos del significado que se entiende en el sentido ordinario del lenguaje porque no todo palabra-discurso está protegido. Por ejemplo, no hay ninguna protección en la práctica que venga acordada en la Primera Enmienda para aquellos casos en los que se quiera cometer un crimen, tampoco los hay para el soborno o la intimidación, ya que éstos últimos se llevan a cabo al hablar. Tampoco se protege lo que bajo la Primera Enmienda va más allá de la idea de una palabra-discurso (en el sentido ordinario del lenguaje). Además de hecho algunos tipos de comunicación no verbal, tales como pintar un dibujo, llevar un signo o una chapa o quemar una bandera están protegidos bajo la Primera Enmienda como “discurso simbólico”.

Este debate está fuera de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que, como hemos visto, protege la ex-

presión, más allá de la palabra. La amplitud de esta protección está basada al definir que el derecho a la libertad de expresión “incluye la libertad de opiniones y de recibir y comunicar ideas”. Por tanto, bajo el Artículo 10, toda expresión (no sólo la palabra), lo que sea su contenido, cae dentro del Artículo 10 (1). Una consecuencia práctica es que en Europa se evitan debates tales como si los dibujos se incluyen en la libertad de expresión.

Hay otras diferencias textuales importantes entre la Convención y el Proyecto de Derechos de los Estados Unidos que afectan al enfoque empleado en los asuntos a los que atañe la libertad de expresión. Especialmente el hecho de que no hay equivalente en la Primera Enmienda al párrafo (2) limitaciones a los derechos dados en el Artículo 10 (1). La falta de tal provisión en la Primera Enmienda pone de manifiesto la importante cuestión acerca de si estas limitaciones están implícitas o no dentro de lo que se conoce como interpretación judicial. En síntesis a veces desde EE.UU. para matizar el carácter ilimitado de la libertad se señala que es necesario aclarar lo que es un discurso y lo que no lo es, porque sólo a través de clasificar algunas cosas como no discurso era posible, como he indicado antes, mantener dentro de límites razonables la protección absoluta atribuida al discurso.

Esta posición de absoluta protección sin límites nunca ha obtenido de hecho el apoyo de la mayoría del Tribunal Supremo, ya que algunas limitaciones del derecho de la libertad de expresión están implícitas pero se hace a través de distinciones muy sutiles “¿Si el discurso en cuestión se puede clasificar con ‘un valor bajo o alto’?”; “¿Si el gobierno ha regulado el discurso pertinente de una manera suficientemente neutral?”.

La primera cuestión distingue entre discursos de valor alto y bajo. Las restricciones de los discursos de valor alto sólo serán defendidas si están justificadas por un interés convincente gubernamental. Además, las ventajas ganadas por la restricción deben superar la pérdida de la libertad de expresión. Los discursos de valor bajo “podrán ser regulados si el gobierno demostrara una justificación

legítima y plausible”. Todo ello plantea la interrogación de si el método del Gobierno para clasificar las palabras es o no correcto y si sirve más a la verdad y a la democracia que la libertad de expresión pueda ser limitada de hecho por el Gobierno o es preferible que lo sea a través de las leyes. Desde la argumentación europea se está claramente a favor de las leyes que suponen un debate previo y amplio de todos los representantes de los ciudadanos. El modelo norteamericano se basa en que la jurisprudencia estadounidense determinará a posteriori cuáles de las limitaciones del Gobierno son permisibles. Basta, en este momento, decir que la libertad de la Primera Enmienda es ilimitada sin existir normas jurídicas previas a diferencia del Artículo 10, en el cual el párrafo (2) señala una lista larga de limitaciones posibles. Estas diferencias influyen en el enfoque empleado por los Tribunales respectivos.

En Europa además de las restricciones específicas del párrafo 2 del Artículo 10, lo más deseable es el acceso a la prensa en casos concretos en los Tribunales de Justicia, Artículo 6.1 y que el Artículo 15 permite la suspensión del Artículo 10 (entre otros derechos) en épocas de guerra u otras emergencias públicas que amenacen la vida de la nación. Dónde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ratificado restricciones de la libertad de expresión por razones parecidas ha sido en la base de la construcción de doctrinas judiciales tales como “el peligro presente y claro”.

Pero la diferencia esencial entre las dos jurisdicciones se encuentra en el enfoque empleado sobre lo argumentado acerca del “mercado libre de ideas”. El enfoque del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a menudo atribuye el peso de la libertad de expresión en el enfoque del “mercado de ideas libres”. Bajo este enfoque, el gobierno no debe favorecer o ignorar ninguna opinión. Desde el punto de vista del Estado, todo discurso es igual. Es dentro del mercado de ideas, que el bueno florecerá y el malo se rechazará. La solución para los discursos malos son más discursos.

La decisión tomada con lo que se debe hacer con la pornografía en la red (Internet), es un buen ejemplo. El 10 de junio de 1996, el Tribunal del distrito federal de Pensilvania (ACLU v Reno, Lexis 7919) declaró que la legislación federal americana prohibía la transmisión de materiales indecentes en Internet y que dicha acción era inconstitucional de acuerdo con la Primera Enmienda. El tribunal señala que “La fuerza de Internet es un caos, y entonces la fuerza de nuestra libertad depende del caos y la cacofonía del discurso desencadenado protegida por la Primera Enmienda”.

En todo caso una gran diferencia estriba en que el único límite de la libertad de expresión en Estados Unidos se objetiviza *a posteriori* por el Tribunal Supremo mientras que en Europa los límites expresos son *a priori* impuestos por la legislación que regula la libertad de expresión y por supuesto también *a posteriori* por el Tribunal de Estrasburgo que tiene la última palabra.

2. LA NEUTRALIDAD DEL ESTADO-GOBIERNO

Las tres argumentaciones señaladas al principio del trabajo para la defensa de la libertad ilimitada de palabra-discurso conducen a un punto esencial de la teoría norteamericana: La neutralidad del Estado-Gobierno: desde el modelo norteamericano si el Estado limitara el discurso sobre la base de que emplea una concepción de lo bueno, estaría en desacuerdo con el gobierno e incluso con lo que la mayoría de los ciudadanos prefieren. Entonces el Estado no estaría tratando a sus ciudadanos como individuos, ni de una manera libre y moral en cuanto a la concepción de lo bueno se refiere. Para que el Estado actuara de forma neutral, se necesitaría que el Estado se abstuviera de limitar el discurso sobre la base de su contenido o punto de vista. Un ejemplo interesante de este enfoque, influido por la doctrina de la Primera Enmienda, es la decisión del Tribunal Supremo de Canadá en *RJR-MacDonald* (127 DLR 4th) al crear una prohibición

de la publicidad y promoción a la que un individuo se enfrenta al fumar estos paquetes de tabaco. Esto mismo ocurre en muchos países europeos. Pero el ejemplo no es válido ya que estaríamos en un caso de publicidad diferente al de la libertad de expresión relacionado con la emisión de informaciones, que es de lo que estamos tratando.

La intervención del Gobierno, aunque limitada, en EE.UU. conecta con el punto de vista europeo de garantías previas que permiten de hecho que la intervención del Gobierno pueda, y en algunos contextos debería, tener un papel fundamental en la limitación del discurso de acuerdo con el punto de vista reflejado en varios de los críticos estadounidenses acerca de la posición actual del Tribunal Supremo.

El enfoque neutral del Estado defendido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos recibe críticas porque coloca el mercado libre de ideas como el centro de la Primera Enmienda. La crítica señala que la neutralidad que el Tribunal considera como la base de su enfoque podría no tener efectos neutrales, ya que decisiones sobre un contenido neutral pueden, tomando en cuenta un *status quo* desigual, tener efectos perversos en algunas formas de libertad de palabra contra grupos que por ejemplo no tiene acceso a recursos financieros para el ejercicio de la libertad de palabra la imposibilidad de modos de comunicación de los menos ricos aumenta la voz de los ricos que excluiría a los demás en el diálogo público del mercado de las ideas con serias amenazas a los derechos y libertades de expresión de los menos afortunados. Entonces el Estado podría intervenir de manera legítima para proporcionar unas bases iguales sobre los distintos puntos de vista y esto podría legítimamente comprender las restricciones de algunas formas de libertad de palabra.

Este argumento de protección del Estado desde la ley está legitimado en Europa en base a la garantía del pluralismo informativo y el derecho fundamental de los ciudadanos a la información veraz y plural.

3. MATIZACIONES A LA DIVERGENCIA

En relación a las diferencias entre los enfoques del Artículo 10 y la Primera Enmienda es importante tener en cuenta que, aunque estas diferencias sean importantes, hay que señalar que también existen similitudes ya que, a pesar de las diferencias, también Europa y EE.UU. tienen estructuras políticas parecidas, idiomas y religiones comunes, lo que da lugar en ocasiones de hecho a decisiones judiciales semejantes

Por ejemplo los mandatos judiciales para impedir la publicación de artículos de periódicos (previamente restringida) han sido muy desaprobados en ambas jurisdicciones: la prohibición de publicar las memorias oficiales de seguridad han sido eliminadas por ambas jurisdicciones. La imposición de castigos por la crítica de políticos es inaceptable por ambos Tribunales. Actualmente, despedidos de un empleo público sobre la base del ejercicio de la libertad de expresión, está sujeto a limitaciones parecidas en ambas jurisdicciones. Ambas jurisdicciones dan más libertad a la acción gubernamental tomada para proteger niños de la pornografía. La prohibición de publicar información sobre la disponibilidad de facilidades para el aborto es inaceptable en los Estados Unidos y en la Convención Europea. Sin embargo, hay que resaltar las diferencias ya que el Tribunal Europeo tiene más claramente marcados los límites de actuación en base a las limitaciones previas del Artículo 10.2. Señaladas las diferencias básicas hay que matizar que no hay una única interpretación del Tribunal Europeo sobre la libertad de expresión, igual que el Tribunal Supremo norteamericano no tiene una única interpretación de la Primera enmienda ya que su significado y alcance son debatidos constantemente. El enfoque actual empleado por cada Tribunal ha evolucionado y cambiado a lo largo de 20 años o aún 10 años, y esta posición está sujeta a cambiar (o aun invertir) en el futuro. El cambio de la posición del Tribunal de Derechos Humanos en el asunto de la libertad de expresión de las personas en trabajos públicos es un buen ejemplo.

3.1. DIFERENCIAS DE ESTRUCTURA Y ÁMBITO DE LOS DOS TRIBUNALES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un Tribunal Supremo para Europa. Aunque su papel esté evolucionando y cambiando, por supuesto, esencialmente queda un mecanismo auxiliar crucial para la aplicación de la Convención Europea que permite un nivel de discreción de los Estados en cuanto a cómo poner en práctica e interpretar los derechos de la Convención, una discreción que el Tribunal de Derechos Humanos considera como implícita en la estructura de la Convención. El “margen de apreciación” ha tomado a veces diferencias importantes y polémicas en la interpretación de las limitaciones del párrafo (2) del Artículo 10.

En el caso *Marka intern Verlag*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó: “Está claro que las opiniones pueden diferir en cuanto a si la reacción del Tribunal (alemán) es adecuada o si las declaraciones hechas por *Marka intern* en este caso se deberían permitir o tolerar. Sin embargo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no debería sustituir su propio interrogatorio por el de los tribunales nacionales, los cuales, sobre bases razonables, consideran las restricciones como necesarias”.

También se encuentran diferencias en el papel del Tribunal de Derechos Humanos como Tribunal de Derecho internacional. El efecto de esta posición resulta en que a menudo hay intentos de limitar los conflictos entre las interpretaciones de éste y la manera en la cual el Derecho internacional evoluciona en general. Un ejemplo específico de esto se nota en el peso entregado por el Tribunal de Derechos Humanos a otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Tribunal de Derechos Humanos se ha referido a los Artículos 19 y 20 del ICCPR en su interpretación del Artículo 10. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene más difícil referirse a instrumentos internacionales para la interpretación de los derechos individuales, especialmente la Primera Enmienda. Efectivamente, los Estados Unidos no han ratificado el ICCPR.

4. EL CAMBIO MODERNO EN EL TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Después de señalar las principales divergencias y en algunos casos las semejanzas del concepto de libertad de expresión en EE.UU. y Europa hay que señalar la dificultad que tiene un análisis del derecho comparado en este tema especialmente complejo y cambiante por lo que el debate queda abierto para futuras matizaciones

Para efectuar un tratamiento correcto de la libertad de expresión hay que partir del proceso histórico de cambio que se produce en nuestros días. En este nuevo marco histórico, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión de carácter individual en la primera etapa de finales del siglo XVIII, se va transformando en libertad de información a través de publicaciones en la prensa no por personas individuales, sino por asociaciones de personas en relación con sus ideas o pensamientos con multiplicidad de emisores que garantizan un cierto pluralismo informativo y una cierta libertad de información. Sin embargo, va avanzando el siglo XIX y quienes se van apropiando de la libertad de prensa-información como emisores son determinados grupos más poderosos que otros. Frente a la utopía del ejercicio individual de la libertad de expresión-información individual de la primera etapa histórica de las Declaraciones francesa y de Virginia y la falta de representación social de grupos de prensa cada vez más influyentes y poderosos, el Estado en Europa tuvo en una segunda etapa que intervenir lo mismo que intervino en las relaciones laborales para garantizar el derecho al trabajo, un nuevo derecho fundamental, lo mismo que tuvo que intervenir para, desaparecido de hecho el ejercicio de la libertad de expresión individual, garantizar el derecho a la información de los ciudadanos que se van a convertir únicamente en objeto de la libertad de expresión-información, en receptores más que en emisores. La

libertad de expresión individual queda reducida al ámbito privado de las relaciones interindividuales sin efecto en lo público o social.

El deber del Estado de garantizar el nuevo derecho fundamental a la información veraz, plural y respetuosa con los derechos fundamentales de la persona es la base de las limitaciones legales de la libertad de expresión, ya que el mercado por sí mismo no garantiza los derechos fundamentales de la libertad de expresión y el derecho a la información de los ciudadanos. La información en una sociedad distinta, colectivizada es ya un valor predominantemente social no solamente individual como en la primera generación de los derechos fundamentales. Las personas individuales antes potencialmente emisores de información necesitan ahora estar informados, ser receptores de la información para saber lo que pasa en su entorno social. El derecho a la información es un derecho cultural para tener conocimientos básicos y saber lo que sucede socialmente y participar pública y políticamente. Por ello la prioridad no es seguir defendiendo retóricamente una libertad de expresión individual con efectos públicos ahora imposibles sino garantizar al menos el derecho fundamental a la información por parte de las personas individuales.

En una nueva sociedad colectivizada en que el individuo forma parte de la nueva sociedad de masas, la libertad de expresión y el nuevo derecho a la información se convierten en derechos culturales y sociales predominantemente públicos y no solamente privados. Por eso tiene que ser garantizada por el Estado como representante de los ciudadanos, para que desde los medios de comunicación se ejerza la libertad de expresión compatible con el derecho fundamental de los ciudadanos a una información respetuosa con sus derechos fundamentales.

Desde la etapa histórica de la segunda generación de derechos, el concepto de la libertad de expresión-información y sus titulares, los ciudadanos individuales como emisores de la libertad de expresión-información-difusión con efectos públicos, han sido desplazados por el concepto

de libertad de información-difusión pública y social que en la realidad únicamente pueden ejercer los medios de comunicación públicos y privados, por lo que la libertad de expresión de los ciudadanos, al no poder ejercerse como libertad de información-difusión, queda reducida al ámbito de su entorno privado por lo que para protegerles, como titulares y propietarios de la información pública, surge un nuevo derecho fundamental: el derecho a la información como receptores de lo que emiten los medios de comunicación públicos y privados, que debe ser garantizado por leyes, y normas jurídicas que limitan previamente la libertad de expresión. Esta nueva situación histórica debe ser tenida en consideración en el tratamiento actual de la libertad de expresión en cualquier ámbito territorial, sea EE.UU. o Europa. En el momento actual del máximo poder de los medios de comunicación en base a la extraordinaria potencia de las nuevas tecnologías de la información no es admisible democráticamente que los medios de comunicación se consideren propietarios de la información sin límites en el ejercicio de la libertad de expresión y se siga reivindicando que la mejor ley de prensa “es la que no existe” confundiendo de época y de la naturaleza y condicionantes actuales de la propia libertad de expresión y de información. Esta etapa actual de la tercera generación de derechos fundamentales necesita las garantías del Estado, que además debería regular la estructura de las empresas informativas, salvaguardando los contenidos multimedia. En estos momentos de convergencia digital entre telecomunicaciones, audiovisual e internet, a veces se producen las paradojas de que desde Europa los grandes grupos multimedia se resisten a una regulación por ley que garantice el pluralismo informativo y prefieren seguir la senda del tratamiento ilimitado norteamericano de la primera enmienda, cuando, por otra parte, en EE.UU. cada vez se debate más la importancia de intervención de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) que en la práctica es el marco regulador audiovisual. Pero estas son cuestiones para trabajos posteriores.

5. BIBLIOGRAFÍA

EUROPA-ESTADOS UNIDOS

- FIRESTONE, Charles M., REINA SCHEME, Jorge; *Toward an Information Bill of Right & Responsibilities*, The Aspen Institute, Communications and Society Program, 1995. New York.
- NAPOLI, Philip M.: *Foundations of Communications Policy: Principles and Process in the Regulation of Electronic Media*, Hampton Press, Inc, 2001. New York.
- JENKISN, Henry y THORBURN, David: *Democracy and New Media*, MIT Press, 2003.
- BAKER, William F. y DESSART, George: *Down the Tube: An inside Account of the failure of American Television*, Basic Books, 1998. Boston.
- MCCHESENEY, Robert W. and SCOTT, Ben: *Our Unfree Press: 100 Years of Radical Media Criticism*. Editors, The New Press, 2004. New York.
- SNOW, Nancy: *Information War: America Propaganda, Free Speech and Opinion Control Since 9-11*, Seven Stories Press, 2003. New York.
- AUFDERHEDE, Patricia: *Communications Policy and the Public Interest: The Telecommunications Act of 1996*, the Guilford Press, 1999. New York
- GRIEDER, William: *Who will Tell de People: The Betrayal of American Democracy*, Touchstone/Simone&Shuster, 1992, Boston.
- BAKER, C. Edwin: *Media, Markets and Democracy*. Cambrige University Press, 2002.