

## **DECLARACION DE DERECHOS: PROBLEMAS BASICOS (III): LIBERTAD DE EXPRESION**

**Geoffrey Marshall**

Profesor del *Queen's College* de Oxford

1. Lo que a veces se denomina el derecho a la libertad de expresión, *free speech* o *free expression*, es un grupo de derechos que protegen la facultad de difundir y recibir información, opiniones e ideas mediante medios verbales y no verbales. Las Declaraciones de Derechos a veces utilizan términos tales como libertad de pensamiento, de conciencia, o de creencias y a menudo agrupan estas libertades con los derechos de reunión, asociación, manifestación, petición, libertad de prensa y libertad religiosa. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Convención Europea afirman que estos derechos a recibir y dar información deben ejercitarse sin que se tengan en cuenta las fronteras. La Ley Fundamental de Bonn protege en términos específicos «la libertad de informar por radio y mediante películas» y prohíbe la «censura» así como declara la libertad de «arte y ciencia, investigación y cátedra».<sup>1</sup>

La Constitución española protege la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y también el derecho a recibir «información veraz» (limitación que establece una aparente y severa restricción al derecho del ciudadano como receptor de información). En la URSS la Constitución ofrece una garantía de derechos para efectuar en la calle procesiones y manifestaciones y para celebraciones de culto religioso o propaganda atea. El ejercicio de estas actividades «queda asegurado poniendo edificios públicos, calles y plazas a disposición de los trabajadores». A los trabajadores se les concede también «la oportunidad de utilizar la prensa, radio y televisión». En la constitución anterior la prensa impresa y el suministro de papel eran tam-

<sup>1</sup> El artículo 5 de la Ley Fundamental afirma que la libertad de cátedra «no exime de la lealtad a la Constitución». Pero al incluir los principios constitucionales a la libertad de expresión, esta restricción contiene un argumento circular.

bién puestos a su disposición, pero ésto fue retirado del texto de la Constitución de 1977, ya que se pensó que la televisión era quizá el instrumento más efectivo de comunicación para los trabajadores en una sociedad socialista desarrollada.

Al mismo tiempo está universalmente reconocido que estos derechos, así como todas las demás garantías constitucionales, no deben disfrutarse de una forma absoluta, ni falta de matizaciones. En la Unión Soviética este disfrute no debe serlo «en detrimento de los intereses de la sociedad o del Estado, ni en perjuicio los derechos de otros ciudadanos» (art. 39). Sin embargo, en cualquier sitio y de igual manera, los derechos sobre libertad de expresión están sometidos a una serie de restricciones administrativas y legislativas establecidas por la ley con el propósito de proteger un número de intereses potencialmente conflictivos. Muchas declaraciones de derechos de la *Commonwealth* añaden a sus garantías de libertad de expresión ciertas limitaciones basadas en el texto de la Convención Europea, y referentes (entre otras) a las restricciones impuestas en interés de la seguridad nacional, seguridad ciudadana, prevención de la delincuencia y protección de la salud y la moralidad. La libertad de expresión, como el juez Holmes dijo una vez, no es una garantía de locuacidad ilimitada. Además de no extenderse hasta el derecho de gritar ¡fuego! en un teatro lleno de público, tampoco nos permite difamar a nuestros enemigos, divulgar secretos de estado, violar derechos de autor, llevar a cabo escenas obscenas, defraudar a los consumidores, o incitar la comisión de actos criminales.

## *2. Actos de libertad de expresión no protegidos*

Podría ser posible al menos intentar hacer una lista de las formas de limitación legítima o argumentablemente legítima que pueden ser impuestas sobre la libertad de expresión o comunicación. Quizá entonces podríamos ver si tienen algo en común y sobre qué consideraciones se basan. Los siguientes casos o ejemplos de objetivos o finalidades a perseguir por el legislador que conllevan limitaciones sobre lo que permisiblemente podría decirse o escribirse están tomados del derecho del Reino Unido. Pero podrían darse también en otros países.

*Caso 1.* Castigo de la inducción general a la comisión de delitos.

*Caso 2.* Mantenimiento de la paz y el orden público.

*Caso 3.* Prevención de la inducción al racismo.

*Caso 4.* Control de la pornografía y la indecencia.

*Caso 5.* Prevención del libelo sedicioso.

*Caso 6.* Prevención del libelo blasfemo.

*Caso 7.* Prevención del libelo ordinario (y de la calumnia).

*Caso 8.* Salvaguardia de la información oficial sobre la defensa y seguridad nacional.

*Caso 9.* Protección de datos confidenciales (privados y públicos).

*Caso 10.* Protección de la intimidad (en sentido amplio).

*Caso 11.* Rehabilitación de condenados (supresión de los antecedentes sobre antiguos delitos).

*Caso 12.* Protección de los procesos judiciales contra el desacato.

*Caso 13.* Protección de los privilegios parlamentarios (castigo del desacato mediante expresión escrita u oral).

*Caso 14.* Protección de la propiedad literaria y derechos de autor.

*Caso 15.* Prevención del fraude y equivocaciones provocadas (descripciones comerciales, control de los anuncios publicitarios e información al consumidor).

*Caso 16.* Mantenimiento de la imparcialidad en servicios públicos (funcionariado, policía, fuerzas armadas, cadenas de radiotelevisión, etc.).

*Caso 17.* Protección del medio ambiente contra el ruido, los residuos o molestias.

*Caso 18.* Prevención de la información que puede generar obstrucción a la acción de la justicia.

*Caso 19.* Mantenimiento del orden del procedimiento y del decoro en reuniones y asambleas públicas.

*Caso 20.* Mantenimiento de la limpieza del proceso electoral preservándolo de influencias inadecuadas.

*Caso 21.* Restricciones a la distribución de información físicamente peligrosa.

*Caso 22.* Restricciones a las comunicaciones maliciosas o angustiosas (por ejemplo, la Ley de Comunicaciones Maliciosas de 1988, cartas con pluma envenenada).

La longitud de esta lista podría hacer que nos preguntáramos de qué manera exponer cuál es la regla y cuáles las excepciones. Quizá la moderación debería ser el principio de gobierno natural y la libertad, la excepción. ¿Podría ser verdad la observación de que «como noción jurídica la libertad de expresión no existe más de lo que existe el amor libre»? Esto era una afirmación de uno de los jueces de ficción de Sir Alan Herbert. Su punto de vista era que «nada es más difícil de hacer que una observación verbal que no ofenda y que provoque más beneficio que daño; y muchos hombres han muerto de viejos sin haberlo hecho nunca». «Podría muy bien argumentarse —continuaba— que si a todos los hombres públicos se les persuadiera para permanecer en silencio durante seis meses la nación entraría

en una era de prosperidad tal, que incluso sería difícil que sus subsecuentes expresiones la dañaran<sup>2</sup>»

De todas formas, asumimos que algunos o todos estos casos son excepciones a un principio de libertad, más que pensar que la libertad de expresión es una excepción residual a una norma general que asume la legitimidad del control. Pero ¿tienen estos supuestos algo en común? Parece que sólo comparten la no muy interesante característica de que todos ejemplifican situaciones en que el derecho a comunicar plantea un conflicto potencial, bien con algún derecho no de libertad con el que entran en competencia (como el derecho a la reputación, a un juicio justo, a la seguridad o decencia), o bien (por ejemplo, en los casos 19 y 2), al menos en parte, con la necesidad de compartir la misma libertad entre personas con poder para ejercerla.

No parece provechoso buscar una fórmula simple que en todas estas áreas de actividad describa o explique el grado o la manera en que la libertad de expresión pueda delimitarse adecuadamente. Lo mejor que podemos hacer es agrupar los casos en un número determinado de áreas problemáticas y examinar el modo como se lleva a cabo el proceso de contrapeso en esa área. Las consideraciones a tener en cuenta, ya sea en el área del libelo o de la obscenidad, puede que no tengan mucha relevancia directa en temas tales como la intimidad, la seguridad o el orden público. Cualquier estudio minucioso de la aplicación de las garantías de libertad de expresión debe llevarse a cabo de forma separada en cada una de estas áreas<sup>3</sup>. Tomemos aquí un área a modo de ejemplo.

### *La cláusula de orden público*

Históricamente, gran parte de la discusión acerca de los límites a la libertad de expresión se ha concentrado expresa o implícitamente en los límites impuestos por motivos de orden público o para suprimir la inducción a la comisión de delitos. Los ejemplos de las restricciones legítimas de la libertad de expresión mencionados por Mill en su ensayo *On Liberty* (origen de la teoría de la libertad de expresión de la que parten sus discusiones casi todos los británicos) se producen en este área. Al discutir el asesinato político afirma que una «inducción» al asesinato puede ser castigada en los casos en que de hecho se ha cometido el acto y se puede establecer como mínimo una conexión probable entre el acto y la inducción<sup>4</sup>. Por otro lado,

<sup>2</sup> *Uncommon Law* (Sexta edición, 1948), pág. 93.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la obra *Freedom of Expression* (1985, 1987), de Eric BARENDT. Para los Estados Unidos, véase Thomas EMERSON, *The System of Freedom of Expression* (1970); Laurence TRIBE, *American Constitutional Law* (1978), capt. 12. Para Canadá, véase Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (2 ed.) 1985, cap. 31.

<sup>4</sup> Esta sugerencia no parece satisfactoria porque el primer requisito es dema-

debe existir «la mayor libertad para *profesar y discutir* como materia de convicción ética» cualquier doctrina por muy inmoral que pueda ser considerada (e incluso presumiblemente por muy inmoral que sea). Así, podemos profesar o discutir o intentar persuadir a otros acerca de la conveniencia de matar o de cualquier otro acto, pero podemos ser objeto de las medidas adecuadas que tratan de prevenir esos actos de inducción: es decir, la instigación, iniciación o incitación a su comisión.

Pero, ¿cómo puede trazarse la distinción entre inducción y persuasión, invitación, discusión o apología inocente? En los Estados Unidos, el juez Holmes propuso algo muy parecido a esta visión «milliana». Aunque afirmó por un lado que todo tipo de apología constituía una forma de inducción y que la única diferencia entre la inducción y la expresión de una opinión era el entusiasmo del orador por el resultado, Holmes también creía que era necesario permitir «la expresión de opiniones que aborrecemos y creemos que están cargadas de muerte» —a menos que (añadió)— «amenacen una interferencia inmediata de forma tan inminente con los fines legítimos y apremiantes del ordenamiento que se necesite un control inmediato para salvar al país»<sup>5</sup>. Este era el sentimiento que se encontraba tras el test de constitucionalidad del «peligro claro y presente», formulado por Holmes en 1919 y que permitió al Congreso limitar la libertad de expresión cuando se utilizan las palabras «en tales circunstancias y teniendo tal naturaleza que acarreen los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir»<sup>6</sup>. Matizaciones posteriores de esta fórmula han puesto de relieve, como hizo Holmes, que los peligros relevantes deben ser próximos e inminentes en el tiempo, incluso aunque se trate de una acción ilegal. «Las garantías constitucionales de libertad de expresión y libertad de prensa no permiten a un Estado prohibir o proscribir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto en aquellos casos en los que dicha apología se dirija directamente a inducir o producir inminentemente una acción ilegal y probablemente induzca o produzca dicha acción»<sup>7</sup>.

De ello se deriva que lo que constituye el carácter inductor de la expresión de que se trate es la probabilidad de que acarreará como consecuencia, junto con la intención de que debería acarrearla, un resultado ilegal, inmediato e inevitable por otros medios. Otros tests de constitucionalidad se han fijado más en el carácter del lenguaje utilizado. En 1942, el Tribunal Supremo hablaba de «palabras

siado amplio (dado que tiende a hacer de la tentativa de inducción o de la inducción frustrada algo imposible) y el segundo requisito es demasiado restringido (dado que podría perfectamente haber una conexión causal entre un delito y la mera discusión o persuasión). No está claro si Mill discute aquí la inducción o instigación al crimen en general o sólo al asesinato político (véase *On Liberty*, cap. 2).

<sup>5</sup> *Abrams v. US*, 250 US 616, p. 630 (1919).

<sup>6</sup> *Schenck v. US*, 249 US 47, p. 52 (1919).

<sup>7</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444, p. 447 (1969).

combativas» que no formaban parte de ninguna exposición de ideas y que eran simplemente una invitación a la lucha<sup>8</sup>. Tales palabras no eran fórmulas de expresión constitucionalmente protegidas. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha mostrado más recientemente una apariencia de mayor tolerancia hacia las palabras que eran quizás a la vez tanto combativas como faltas de delicadeza. «A tomar por saco el alistamiento»<sup>9</sup> es una expresión que puede ser clasificada por casi todos los filólogos como de naturaleza amenazante y, si formara parte de una exposición de ideas estructurada, como una observación que no añade señaladamente ninguna contribución nueva así como una expresión que carece de algún refinamiento. El Tribunal Supremo, sin embargo, entendió que las palabras merecían protección puesto que podían haber contenido un elemento de comunicación política inexpressable de otra forma (al menos por personas dadas a imprimir *slogans* obscenos en sus pertenencias personales). Los poderes públicos no podían, dijo el juez Harlan, «prohibir el uso de determinadas palabras sin correr un riesgo importante de suprimir, por este sistema, las ideas mismas». En otro caso, en el que el acusado había dicho que «si consiguen que alguna vez tenga que llevar un rifle el primer hombre a quien apuntaré es LBJ»<sup>10</sup>, el Tribunal Supremo declinó encontrar idea alguna de comunicación y pensó que las palabras eran mera exageración (o quizás alegóricas). Parte de la doctrina que ha discutido la inducción ha supuesto que algo de diferencia hay entre el que un ciudadano use las palabras para ayudarse en la argumentación de forma que puedan ser sopesadas por un agente racional y el operar normalmente por medio de amenazas, intimidaciones o proporcionando medidas o instrumentos para ayudar a la comisión de un acto ilegal<sup>11</sup>. Los tribunales norteamericanos no parecen sin embargo, haber prestado mucha atención a este criterio. Sin duda, el énfasis en la libertad del *receptor* de las palabras potencialmente inductoras a la hora de tomar su propia decisión sobre la base de consideraciones racionales (y, por consiguiente, de asumir su única responsabilidad por su acto) parece tener una aplicación similar a la oferta de medios o instrumentos de ayuda para la comisión de un acto ilegal, dado que el actor principal es racionalmente libre de aceptar o rechazar la ayuda. Parte de la doctrina acepta esta conclusión<sup>12</sup> y no rechazarían un derecho a publicar manuales de asesinato o libros de instrucciones para la fabricación de venenos o explosivos, o información facilitando la comisión de fraudes mediante computadoras, o las ofertas de recompensas por la comi-

<sup>8</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

<sup>9</sup> *Cohen v. California*, 400 US, 15 (1971).

<sup>10</sup> *Watts v. US*, 394 US 705 (1969).

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Thomas SCANLON, «A Theory of Free Expression» (en R. M. DWORKING, *Legal Philosophy*). También, «Freedom of Expression and Categories of Expression», 40», en *Univ. of Pittsburgh Law Rev.*, p. 519 (1979).

<sup>12</sup> Véase Franklyn S. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society* (1981).

sión de actos violentos. El ofrecer este tipo de información a seres humanos que pueden libremente ejercitar su voluntad para rechazarla puede considerarse, sin embargo, que ofrece riesgos inaceptables. El que los hombres sean responsables de sus propias acciones delictivas no hace que desaparezca la posibilidad de que otros tengan una responsabilidad conjunta con ellos, especialmente si una audiencia que es libre de rechazar una información de hecho no lo hace y la información está lo suficientemente próxima al delito cometido con su ayuda.

En el Reino Unido los tribunales, en ausencia de una garantía de la libertad de expresión, no han desarrollado una línea de argumentación racional para la limitación de la libertad de expresión, aunque reconocen en tiempos recientes la existencia de una línea del *common law* que califica como un interés protegible la libertad de expresión<sup>13</sup>. En los casos antiguos relacionados con los libelos sediciosos se decía que el test para determinar cuáles constituían o no delito, consistía en si el lenguaje utilizado estaba calculado para promover desórdenes públicos, el uso de la fuerza física o la violencia contra el Estado<sup>14</sup>. La «promoción» es algo que, sin embargo, puede ser llevado a cabo mediante diferentes tipos de lenguaje. En los casos en los que es aplicable la Ley de Orden Público, el lenguaje objeto de castigo se caracteriza de la siguiente manera: «palabras amenazantes, abusivas o insultantes, o comportamiento calculado o que probablemente provoque una ruptura de la paz». Aquí el énfasis parece haberse puesto en la probabilidad real de violencia o de desorden proveniente de aquellos a quienes se dirigen las palabras, aunque se ha trazado una distinción entre «decir cosas desagradables» y «golpear con las palabras»<sup>15</sup>, una frase no claramente definida. La distinción, cualquiera que ella sea, tiene relevancia para las distintas formas de inducción prohibidas por ley, tales como la inducción a la rebeldía (inducción a los miembros de las fuerzas de Su Majestad para que abandonen su lealtad), o incitación racial (incitación al odio en razón del color, raza, etnia, origen o nacionalidad). Se ha prestado poca atención a la distinción entre incitar a la rebeldía y al odio racial y su apología, o el persuadir a otros para que lo hagan. Conforme a la Ley de Relaciones Raciales de 1976, una *intención* de promover el odio no es ya necesaria para poder condenar por el delito siempre que

<sup>13</sup> Véase A. BOYLE, «Freedom of Expression as a Public Interest in English Law» (1982) en *Public Law*, p. 574.

<sup>14</sup> *R. v. Aldred* (1909) 22 Cox 1.

<sup>15</sup> *Jordan v. Burgoyne* (1963) 2 Q.B. 744. Hablando en Trafalgar Square, Jordan había dicho: «cada vez viene más gente a decir con nosotros que Hitler tenía razón». Compárese con el caso americano *Terminiello v. Chicago*, 377 US 1, p. 4 (1949), en el que un orador provocó el desorden al referirse a la «escoria comunista» y a «las 57 variedades de rosas y rojos y sombras de pastel responsables del *new deal*». El Tribunal Supremo levantó su condena resaltando el juez Douglas que «una de las funciones de la libertad de expresión consiste en invitar a la discusión. Sin duda sirve a este alto propósito cuando... levanta la ira de la gente».

«teniendo en cuenta todas las circunstancias» pueda suscitarse el odio contra cualquier grupo racial. Por otro lado, parecería que ese suscitar el odio debe implicar la utilización de palabras que son amenazantes, abusivas o insultantes. Puede darse a estas palabras (especialmente a la palabra «insultante») un sentido tan amplio que incluso las palabras escritas en una obra académica caerían dentro de su ámbito de aplicación. Si, por otro lado los estándares americanos se aplicasen para distinguir entre «palabras combativas» vacías de contenido argumentativo y palabras que, incluso aunque ofensivas por su contenido o efecto, tienen por finalidad comunicar o argumentar, la distinción entre apología o inducción que constituye un elemento central de la teoría liberal de la libertad de expresión en relación con el orden público podría preservarse y utilizarse dentro del marco de la legislación de Relaciones Raciales y Orden Público. Por desgracia todavía no hay jurisprudencia. La adopción de la Declaración Británica de Derechos sin duda cambiaría rápidamente esa situación.

Los casos relativos a la expresión racista son los más difíciles a la hora de aplicar el principio de la libertad de expresión. Los desfiles del partido nazi americano con el emblema de la esvástica en una comunidad judía no llegaron al Tribunal Supremo, pero tribunales inferiores tanto estatales como federales trataron a la esvástica y los uniformes nazis como manifestaciones protegidas de la libertad de expresión política<sup>16</sup>.

### 3. *Actos que no constituyen libertad de expresión y sin embargo están protegidos*

Nos introducimos ahora en un campo de dificultad notable dentro del ámbito de aplicación de la teoría de la libertad de expresión. Además de la existencia de una multiplicidad de tipos o ejemplos de actos que constituyen expresión y que no están cubiertos por el principio de libertad de expresión, existe un número indefinido de lo que en un sentido literal son actos que no constituyen expresión pero que, aun así, se ha sostenido que entran dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión. Judicialmente puede reconocerse este hecho tratando el término «libertad de expresión constitucional» como una fórmula amplia no limitada a los actos que constituyen expresión o usando términos tales como «acción expresiva», «expresión combinada (o acompañada), de conducta», o «expresión simbólica».

Desde luego, no constituye novedad alguna considerar dentro del ámbito de la libertad de expresión actividades que no constituyen literalmente lenguaje hablado. Producir una película o llevar un póster o

<sup>16</sup> *Collin v. Smith*, 578 F. 2d. 1197, 1200 (1978).

cartel no son en sentido ordinario formas de expresión, aunque pueden comunicar ideas o propuestas. También puede hacerlo un acto que no tiene concomitancias verbales en absoluto, como marchar en una procesión o llevar un brazalete<sup>17</sup>. Una compulsión que evite comportamientos verbales o no verbales de naturaleza simbólica, frecuentemente ha sido considerada como infractora de la libertad de expresión (o quizá más adecuadamente de la libertad de conciencia) junto con una denegación del deseo de llevar a cabo dicha conducta. Aunque la primera enmienda de la Constitución norteamericana no contiene referencia alguna a la libertad de conciencia, su garantía de libertad de expresión ha sido utilizada para proteger a los escolares de la obligación de saludar a la bandera nacional<sup>18</sup> y a los motoristas de la obligación de suprimir de sus vehículos un *slogan* que se alegaba tenía contenido ideológico<sup>19</sup>.

Un acto voluntario que *prima facie* es ilegal puede ser, sin embargo, objeto de protección si puede ser descrito adecuadamente como un acto de expresión constitucional o simbólico. Expresar el descontento mediante la quema de la bandera nacional puede ser considerado un acto de esa naturaleza<sup>20</sup>. También es concebible que constituya un acto de tal naturaleza la destrucción, como gesto político, de bienes o propiedades del Gobierno, tales como un certificado de impuestos o la cartilla militar de alistamiento. En *US v. O'Brien*<sup>21</sup>, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mantuvo una condena a cuatro manifestantes que habían destruido su certificado de registro en el servicio selectivo delante de una muchedumbre en el exterior de un tribunal de Boston. El Tribunal Supremo no aceptó el punto de vista consistente en que una variedad de conductas aparentemente ilimitada puede ser calificada como «expresión» siempre que la persona que realiza esa conducta intente de esa forma expresar una idea.

Existen, sin embargo, dos aproximaciones posibles a casos de este tipo. Ciertamente, hay una gran variedad de actos ilegales (incluyendo el asesinato o el terrorismo) que obedecen a motivos políticos, ideológicos o religiosos. El sabotaje de un avión, una emboscada del IRA, o el asesinato de los blasfemos instigado por el líder espiritual de Irán son un ejemplo. Un tribunal puede rechazar de plano que

<sup>17</sup> *Tinker v. Des Moines School Board*, 393 US 503 (1969) era un caso en el que se habían usado brazaletes negros como protesta simbólica contra la guerra.

<sup>18</sup> *West Virginia School Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943).

<sup>19</sup> En *Wooley v. Maynard*, 430 US 705 (1977), el Tribunal Supremo amparó las pretensiones de los motoristas de New Hampshire contra la obligación de que todas las matrículas llevaran el *slogan* estatal «live free or die» (lo que —no siendo usual en los motoristas— éstos creían que constituía una alternativa desagradable).

<sup>20</sup> Véase *Street v. New York*, 394 US 576 (1969) (aunque la absolución parece haber dependido aquí de la falta de naturaleza inflamatoria de las palabras pronunciadas que sugerían que «no necesitamos la maldita bandera»).

<sup>21</sup> 391 US 367 (1968).

muchos de estos casos constituyan ejemplos de lenguaje simbólico. No queda realmente claro si en el caso *O'Brien* el Tribunal Supremo caracterizó su comportamiento como un ejemplo de la variedad ilimitada de formas de conducta que no podrían ser calificadas como expresión. Su punto de vista parece más bien haber sido que *aunque* se categorizara esa conducta como expresión simbólica, o como una combinación de elementos que contienen y no contienen expresión, tales actos pueden ser regulados siempre que la legislación favorezca un interés público importante o sustancial no relacionado directamente con la supresión de la opinión, y siempre que la restricción en el elemento que contiene expresión no vaya más allá de lo estrictamente requerido para la protección de ese interés. No está claro si realmente se persigue alguna finalidad concreta mediante este análisis en dos fases. La primera analiza si una actividad contestada puede ser tratada como lenguaje simbólico o constitucionalmente protegido, y la segunda, de aplicación posterior, determina si esa forma de lenguaje en esas circunstancias concretas merece protección<sup>22</sup>. Si la importancia del interés público requerido para justificar la legislación realmente constituye algo diferenciador —como quizás ocurría en *O'Brien*— entonces puede merecer la pena intentar distinguir analíticamente entre actos que no son expresión, actos que constituyen una expresión pura y actos que constituyen expresión simbólica. En otro caso, la utilidad de las distinciones se limitaría a evitar que los jueces se planteasen ese problema como constitucional por no darse siquiera en principio un supuesto cubierto por la libertad de expresión.

#### 4. *Nuevas categorías de libertad de expresión constitucional*

Una característica digna de atención de la garantía de la libertad de expresión es que en muchas jurisdicciones su ámbito y aplicación se ha ido extendiendo en los últimos años con independencia de la composición, conservadora o liberal, de los tribunales que han aplicado esas garantías. Una forma de describir este fenómeno consiste en hacer una lista de las variadas nuevas categorías de expresión que han sido reconocidas como dignas de tutela constitucional.

Una de estas nuevas categorías es la *expresión cultural o artística*. En 1968 el Tribunal Supremo de California señaló que «la primera enmienda no puede ser introducida en una camisa de fuerza para aplicarla sólo a la libertad de expresión política. Se extiende a todas las formas de comunicación»<sup>23</sup>. Este *dictum*, como otros muchos,

<sup>22</sup> Si así fuera, la separación de ambos exámenes ilustraría adecuadamente la distinción entre el ámbito de un derecho y su protección. Algunos actos que entran en el ámbito de un derecho como la libertad de expresión pueden no siempre recibir protección al amparo de dicha garantía. Véase Frederick SCHAUER, *Free Speech: a Philosophical Inquiry* (1982) cap. 7.

<sup>23</sup> *In Re Gianni*, 446 P 2d. 535, 540 (1968).

supone un reconocimiento de la plasticidad del concepto de expresión en su sentido más amplio. Los límites de la comunicación cultural o artística no aparecen, sin embargo, marcados con nítida claridad. El caso en cuestión en California suponía una alegación de los derechos de la Primera Enmienda por una bailarina de un club nocturno a la que se había acusado de exhibicionismo indecente. Su especialidad había sido descrita como «Treinta segundos de movimiento sinuoso de sus manos y rodillas con los pechos descubiertos».

Otra forma de actividad, que ciertamente tiene una parte de comunicación, son los piquetes masivos o individualizados que en su forma más corriente pueden ser calificados como *expresión industrial*. Se han dado distintas respuestas al problema de si los piquetes constituyen un supuesto protegible de libertad de expresión. En un caso de piquetes no industriales constituidos por manifestantes americanos antisegregacionistas, en 1965, el juez Black dijo que «los piquetes, aunque puedan ser utilizados para comunicar ideas, no constituyen expresión y no están en sí mismos protegidos por la Primera Enmienda<sup>24</sup>». Objetaba, sin embargo, a la idea de un piquete en el exterior inmediato de un tribunal y a la extensión de una protección ilimitada a la actividad de «piquetes y patrullas en calles públicas o en propiedad privada». La garantía de la libertad de expresión —sugería— protegía dicha libertad y la libertad de reunión «en aquellos sitios donde la gente tiene el derecho a estar con esa finalidad y no en todas partes». Este caso, como el de *O'Brien*, no deja claro si la ausencia de protección de la Primera Enmienda se basa en que los piquetes no estaban dentro del concepto de expresión cubierto por la garantía de la libertad de expresión, o si se trataba de expresión constitucionalmente válida cuyo ejercicio puede ser adecuadamente limitado mediante leyes o reglamentos que pueden variar en función del lugar, forma y momento de ejercicio del derecho. En Gran Bretaña, los piquetes industriales, tanto primarios como secundarios, están cuidadosamente regulados y no gozan de la protección de la libertad de expresión. En Canadá, sin embargo, el Tribunal Supremo ha querido considerar al piquete industrial como una categoría potencialmente protegida por la libertad de expresión<sup>25</sup>. Incluso la expresión pura está sujeta a regulación en cuanto al tiempo, forma y lugar de ejercicio, pero pudieran bien ser que las formas de expresión más simbólicas están sujetas a regulaciones más frecuentes y que pueden incidir más en su contenido sustantivo.

Una tercera categoría, recientemente descubierta, es la *expresión electoral*. Tanto en Canadá como en Estados Unidos se ha declarado el derecho de un ciudadano a gastar dinero en apoyo de su candidato

<sup>24</sup> *Cox v. Louisiana*, 379 US 536, 560 (1965); confróntese con *Greer v. Spock* 424 US 828 (1976), en el que se sostuvo que el intento de celebrar manifestaciones en una base militar no estaba amparado por la Primera Enmienda.

<sup>25</sup> Véase *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.* (1986) 2 S.C.R. 573.

en una elección cuando se había declarado que algunas restricciones del legislador de ciertas formas de financiación electoral infringían la Primera Enmienda<sup>26</sup> o el artículo referente a la libertad de expresión en la Carta canadiense<sup>27</sup>. Muchos no están de acuerdo con lo que estas decisiones representan en principio. En palabras del autor de un comentario, «el dinero habla, ¿pero constituye expresión?»<sup>28</sup>. De nuevo aquí la respuesta consiste probablemente en que en principio dichos gastos constituyen expresión o están dentro del ámbito de la libertad de expresión pero que, sin embargo, pueden ser sometidos a regulación de forma que el valor libertad de expresión sea contrapesado con otros valores sociales en competencia, que son los que se encuentran tras la regulación de los sistemas financieros de las campañas electorales. Puede llevarse a cabo una gran variedad de contrapesos y pueden imaginarse numerosas formas de regulación para diferentes situaciones. El argumento se transformará entonces en uno de proporcionalidad de la medida legislativa cuya finalidad general es aceptada en principio como legítima. La situación en Gran Bretaña no permite ese contrapeso. No se permite en absoluto gasto alguno para los que apoyan a determinado candidato parlamentario con la finalidad de tratar de conseguir su elección<sup>29</sup>. De la misma forma ningún ciudadano puede gastar su dinero oponiéndose a determinado candidato en particular<sup>30</sup>.

Allí donde corporaciones privadas o públicas llevan a cabo actividades políticamente expresivas aparece una variante de la categoría anterior que podríamos denominar *expresión electoral corporativa*. Algunas actividades expresivas de esta naturaleza han sido prohibidas para las corporaciones locales en el Reino Unido, donde la legislación les ha prohibido publicar material diseñado para buscar el apoyo para un partido político, así como actividades tendentes a la promoción de la homosexualidad. En los Estados Unidos, sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que la Primera Enmienda otorga estos derechos tanto a las corporaciones públicas como a las privadas. En *First National Bank of Boston v. Bellotti*<sup>31</sup>, se declaró el derecho a participar en una campaña de un referéndum y en *Consolidated Edison Corporation v. Public Service Commission of New York*<sup>32</sup>,

<sup>26</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 US 1 (1976).

<sup>27</sup> *National Citizens' Coalition v. A. G. Canada*, 1984 11 D.L.R. (4th) 481 (decisión del Tribunal de Alberta no apelada ante el Tribunal Supremo).

<sup>28</sup> Eric BARENDT, *Freedom of Speech* (1985, 1987); p. 48. Véase también J. SKELLY WRIGHT, «Politics and the Constitution: is Money Speech?», 85 *Yale Law Journal* p. 1001 (1976). Laurence Tribe comenta que *Buckley v. Valeo* era «una decisión judicial activista que apoyaba inusualmente la distribución de la riqueza existente» (*American Constitutional Law*, p. 1135).

<sup>29</sup> Ley de la Representación del Pueblo, 1983, s. 75 (1).

<sup>30</sup> *D.P.P. v. Luft* (1977) A.C. 962.

<sup>31</sup> 435 US 765 (1978).

<sup>32</sup> 447 US 530 (1980).

se permitió que una compañía concesionaria de servicios públicos propagara su punto de vista acerca de los beneficios de la utilización de la energía nuclear en los recibos destinados a sus clientes.

Una última y potencialmente importante categoría de expresión de tiempos recientes es la *expresión comercial*, mejor conocida en círculos no constitucionales como publicidad. La libertad de anuncios publicitarios podría estar implícita en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 protege la libertad «de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas», aunque igualmente la posibilidad de limitar tales derechos está implícita en la previsión de que este derecho «no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía, o de televisión a un régimen de autorización previa». En cualquier caso, se ha argumentado que muchas restricciones en el contenido de los anuncios publicitarios en televisión y también en los anuncios publicitarios de las corporaciones profesionales pueden entrar en conflicto con la garantía del Convenio<sup>33</sup>. A esta conclusión se ha llegado en numerosas sentencias norteamericanas que comenzaron con *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen's Council*<sup>34</sup>, en donde se sostuvo que una ley estatal, que prohibía que los farmacéuticos titulares hicieran anuncios publicitarios de los precios de las medicinas a administrar bajo receta, era inválida sobre la base de que violaba el interés de los consumidores consistente en el libre flujo de información comercial.

La publicidad, desde luego, no sólo implica un libre flujo de información sino que también intenta la persuasión y posiblemente el abandono, la exageración y la denuncia (crítica de los bienes y servicios de la competencia). ¿Y qué ocurre con el libre flujo de información falsa? En la teoría liberal tradicional de la libertad de expresión no se mira con buenos ojos la regulación de los contenidos de la expresión. En el caso de la libertad de expresión política, filosófica y religiosa se supone que imponer la prueba de la verdad equivaldría a helar todo vestigio de discusión. Y si la libertad de expresión garantiza a los ciudadanos y a los políticos el derecho a exagerar y mentir; y si se pretende que quienes hacen anuncios publicitarios gocen de la garantía de la libertad de expresión, ¿por qué debe su pretensión someterse a un estándar diferente?

Más recientemente, Canadá ha seguido a los Estados Unidos en el reconocimiento de que la garantía de la libertad de expresión se extiende a la expresión comercial. En *Ford v. A. G. Quebec*<sup>35</sup>, el Tribu-

33 Véase A. LESTER y D. PANNICK, «Advertising and Freedom of Expression in Europe» (1985) *Public Law*, p. 349.

34 425 US 748 (1976). Véanse también *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 US 557 (1980), y *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986).

35 Sentencia de 15 de diciembre de 1988. Quebec ha vuelto a promulgar sus normas sobre publicidad y marcas comerciales mediante legislación que prevalece sobre el precepto de su Carta así como sobre el mismo precepto de la Carta

nal Supremo sostuvo que la legislación de Quebec relativa a la lengua oficial, que restringía el uso del inglés en la publicidad comercial y en las señales y marcas comerciales, violaba la garantía de la libertad de expresión de la Carta de Derechos y Libertades de Quebec. También dijo el Tribunal que no podía limitarse la garantía de libertad de expresión de la Carta canadiense a la expresión política «que es sólo una de las muchas formas de expresión merecedora de protección constitucional» dado que «juega una función significativa al capacitar a los individuos para hacer elecciones económicas, un aspecto importante de la autonomía personal y de autorrealización».

La creación de estas nuevas categorías de libertad de expresión constitucional plantea numerosas cuestiones. ¿Cuál es el núcleo de los intereses protegido por las garantías de la libertad de expresión? No hay duda alguna de que históricamente el núcleo consistía en la libertad de expresión política —o quizás, más generalmente, la libertad de expresión político-filosófica-religiosa—. ¿Cuál es la relación entre estas distintas categorías de actividades relacionadas con la expresión? Por ejemplo, ¿debe protegerse a las formas económicas y comerciales de expresión menos rigurosamente que a la libertad de expresión política? La jurisprudencia norteamericana parece sugerir este efecto. Pero, ¿cuál es el fundamento para esa distinción? Se señala normalmente que el interés de los consumidores acerca de la información comercial puede tener más importancia que el relacionado con el debate político (sin duda casi todos los televidentes británicos votarían muy a gusto una prohibición de cualquier tipo de debate político en la televisión). Podría ser, sin embargo, que los tribunales acepten más gustosamente los juicios del legislador acerca de la necesidad de regular los flujos de información en algunas áreas si se comparan con otras, así como preferirían imponer niveles inferiores de control judicial. Además, estas categorías controvertidas muestran que podría haber (como ocurre con las campañas electorales) potencialmente un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad. Además, a veces existe una dificultad conceptual inicial para un tribunal a la hora de reconocer o clasificar determinada cuestión como relacionada con la libertad de expresión, e igualmente existe un problema adicional a la hora de decidir si hacer un análisis de la cuestión en dos fases sucesivas (ámbito o caracterización seguido posteriormente por la decisión acerca de la necesidad o no de protección) o resolver toda la cuestión con un solo examen. Se trata de cuestiones difíciles de resolver en la teoría de la libertad de expresión que ilustran las dificultades, todavía no resueltas, que se generan al aplicarse judicialmente los derechos constitucionales.

(Traducido por ANA RECARTE VICENTE-ARCHE)

Federal (lo que está permitido al amparo del artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades).