

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA REPRESIÓN PENAL DE IDEOLOGÍAS EN EL DERECHO ARGENTINO

**Julio César Rivera**

*Prof. de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Austral  
y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad  
Católica de Argentina*

### RESUMEN:

La historia de la Argentina está marcada por la intolerancia respecto de los que piensan diferente. El retorno a la democracia, en 1983, cambió parcialmente este escenario de intolerancia. Sin embargo, existe todavía una problemática tendencia a utilizar el derecho penal para perseguir a quienes expresan ideas que escandalizan, irritan u ofenden. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, este artículo propone que los tribunales controlen estrictamente las regulaciones dirigidas contra determinadas ideas en particular. Además el artículo delinea los aspectos fundamentales de este control. Resulta esencial que los ciudadanos puedan discutir cuestiones delicadas y trascendentes como el aborto, la inmigración, el terrorismo y las creencias religiosas sin quedar sometidos a un proceso penal.

**Palabras claves:** Argentina; libertad de expresión; delitos de opinión; expresiones ofensivas; tolerancia

### ABSTRACT:

Argentine history is marked by serious acts of intolerance against those with different views. The return to democracy, in 1983, has partially changed this culture of intolerance. However, there is still a problematic tendency to resort to criminal law to punish and silence those who offend, shock or disturb. Based on the U.S. Supreme Court's decisions, this paper argues that Courts should scrutinize closely content-based laws that punish the expression of a particular idea. The paper further delineates the main aspects of such scrutiny. It is essential that citizens be able to discuss delicate and important issues such as abortion, immigration, terrorism and religious beliefs without being subject to criminal proceedings.

**Keywords:** Argentina; freedom of speech; speech crimes; offensive speech; tolerance



## *La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el Derecho Argentino*

### 1.- INTRODUCCIÓN

La historia de la Argentina está marcada por la intolerancia respecto de los que piensan diferente. Hemos sufrido la prohibición de exhibición de obras de arte y de películas, la clausura de diarios que cuestionaban las políticas del gobierno de turno, la persecución de la oposición, la quema de iglesias y la proscripción de partidos políticos. Estos actos de intolerancia culminaron, en la década del 70, en un espiral de violencia en donde muchos creyeron que la única solución era eliminar al que pensaba distinto.

El retorno de la democracia cambió parcialmente este escenario de intolerancia. La situación de la prensa mejoró ostensiblemente; en parte gracias a la fuerte protección constitucional otorgada por la Corte Suprema a la actividad informativa<sup>1</sup>. Sin embargo, se siguieron produciendo graves actos de intolerancia contra aquéllos que piensan distinto. Frente a una expresión ideológica que escandaliza, irrita u ofende, la primera reacción consiste, muchas veces, en el intento de censura<sup>2</sup> o en la denuncia penal<sup>3</sup>.

En este trabajo, me propongo delinear las bases esenciales del derecho a la libre difusión de ideas. Ésta es una cuestión cuyo estudio ha sido sistemáticamente omitido por la Corte Suprema argentina, que se ha limitado a sostener que "... si la publicación

1 La Corte Suprema argentina ha sostenido que la tutela constitucional de la libertad de prensa no puede limitarse a las afirmaciones verdaderas. La Corte entiende que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre y que resulta necesario otorgar a los medios de prensa algún margen de protección frente al error, a los fines de evitar la autocensura (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/1996, "Ramos, Juan J. c/ LR3 Radio Belgrano y otros", *La Ley* 1998-B-299, considerando n° 10 del voto de la mayoría). Por lo tanto, la Corte Suprema ha desarrollado dos doctrinas constitucionales (la doctrina "Campillay" y la doctrina de la "real malicia") cuya finalidad es eximir de responsabilidad a los medios de prensa por la difusión de noticias inexactas cuando su conducta se ajusta a determinadas pautas.

2 Por ejemplo, un conocido periodista intentó censurar una solicitada en donde un grupo de ciudadanos expresaban su "reconocimiento y solidaridad con el teniente general don Jorge Rafael Videla, quien como Presidente de la República y comandante en jefe del Ejército, junto a la totalidad de las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, defendieron a la Nación en la guerra desatada por la agresión subversiva y derrotaron a las organizaciones terroristas que pretendieron imponernos un régimen marxista". De la misma manera, asociaciones católicas buscaron prohibir la exhibición de una película ("La última tentación de Cristo") y una exposición artística. Lo más notable es que estos intentos de censura encontraron amparo en los jueces de primera instancia, cuyas decisiones debieron ser posteriormente revocadas por las Cámaras de Apelaciones (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 10/11/1987, "Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, 6/6/1997, "Arias, Darío F. C/ Imagen Satelital Canal Space s/ amparo" y Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala 1°, 27/12/2004, "Asociación Cristo Sacerdote y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", *Jurisprudencia Argentina* 2005-I-437).

3 Por ejemplo, en los últimos años se denunció por apología del delito: (i) a los generales retirados Reynaldo Bignone, Ramón Díaz Bessone y Albano Harguindeguy por reivindicar las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura (*Clarín*, 3/9/2003) (ii) a un piquetero por declarar que "si no le daban soluciones a los reclamos de la gente no quedaba otro camino que la violencia" (*Infobae*, 26/11/2003); (iii) a Monseñor Antonio Baseotto por sostener que el Ministro de Salud –por su postura a favor de la despenalización del aborto– "merece que le cuelguen una piedra al cuello y que lo tiren al mar" (*Página 12*, 23/2/2005); (iv) al ministro de Salud por apología del crimen del aborto (*Página 12*, 23/2/2005); (v) a Carmen Argibay por sus declaraciones a favor de la despenalización del aborto y del consumo de marihuana (*La Voz del Interior*, 8/8/2005); (vi) a León Gioco por una canción escrita en favor de Romina Tejerina, que había sido condenada a 14 años de prisión por la muerte de su hija recién nacida (*Infobae*, 19 de septiembre de 2005); (vii) a un general retirado –Miguel Giulano– por reivindicar la represión durante la última dictadura (*Clarín*, 6/6/2006).

es de carácter perjudicial, y si con ellas ... se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales no pueden existir dudas acerca del derecho del estado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa..."<sup>4</sup>.

Así como la Corte Suprema ha desarrollado un fuerte marco de protección constitucional para la actividad informativa, resulta ahora imprescindible crear un marco de protección similar para la difusión de ideas. El propósito de este artículo es ofrecer las bases esenciales de dicho marco constitucional.

## 2.- LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA LIBRE DIFUSIÓN DE IDEAS

La tolerancia de las ideas que consideramos erróneas no es impulso natural. Por el contrario, la mayoría de las personas tiene una fuerte inclinación a la supresión de las ideas no ortodoxas<sup>5</sup>. Como sostuvo el *Justice* Holmes en su célebre disidencia en el caso *Abrams*, "[I]a persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si uno no tiene dudas acerca de sus opiniones o de su poder y si desea un resultado con todo su corazón, uno naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre toda oposición"<sup>6</sup>. La historia nos enseña que las personas son propensas a la intolerancia e incluso al fanatismo<sup>7</sup>. En este sentido, Sánchez González expresa que "la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas, después, y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos"<sup>8</sup>. En sentido coincidente, Schauer subraya que el proceso de regulación de la libertad de expresión, a través de la historia, está marcado por lo que ahora vemos como errores evidentes: la condena de Galileo, la persecución religiosa en los siglos XVI y XVII, la persecución de las expresiones sediciosas o la prohibición de numerosas obras de arte porque alguien las consideró obscenas<sup>9</sup>.

De esta manera, uno de los fines esenciales de la libertad de expresión es contrarrestar esta tendencia natural a la intolerancia. La eliminación de la censura estatal de las ideas políticas –y en menor medida la de la censura eclesial– constituyó uno de los objetivos esenciales del Constitucionalismo<sup>10</sup>. Así como "la libertad religiosa es inicialmente una liberación de la religión oficial, impuesta por las iglesias institucionalizadas, la libertad de expresión es una liberación de la política oficial. Si aquéllas se valían del Índice, de la herejía y de la excomunión para condenar a los discrepantes, esta última

4 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7/7/1992, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", considerando n° 12, La Ley 1992-C-543; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/8/1998, "Locche, Nicolino c/ Míguez, Daniel A. y otros", considerando n° 11, La Ley 1998-E-542.

5 Cfr. Emerson, Thomas I., *The system of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970, p. 9.

6 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-631 (1919).

7 Cfr. Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey, "Dialogue", en Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey (eds), *Eternally vigilant*, The University of Chicago Press, Chicago, 2002, p. 30.

8 Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 16.

9 Cfr. Schauer, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge (Massachusetts), 1982, p. 81.

10 Cfr. Villaverde Menéndez, Ignacio, "Introducción histórica a las libertades de información y expresión", en *Las libertades de información y expresión: Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.19.

—la política oficial— se servía de las leyes penales y de la cárcel para disuadir a los críticos<sup>11</sup>. La reivindicación de la libertad de expresión apuntó a proteger al disidente político, de forma tal que “quien pensara y expresara su pensamiento no temiese al castigo por su disidencia”<sup>12</sup>. En este sentido, se ha sostenido que la libertad de expresión consagra el principio de la anti-ortodoxia, según el cual cada persona debe poder expresarse libremente, sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una verdad oficial, establecida por el gobierno<sup>13</sup>. De esta manera, la libertad de expresión tutela especialmente al disidente, a los desaventajados, a los oprimidos<sup>14</sup>. Como observa Shiffrin, el símbolo por excelencia de la libertad de expresión es el disidente, el proscripito, el paria, el que se aparta de la ortodoxia<sup>15</sup>.

En otras palabras, el reconocimiento de la libertad de expresión busca evitar que el Estado restrinja el libre intercambio de ideas y opiniones, característico de una sociedad abierta. Ello no significa que el Estado deba ser ideológicamente neutral<sup>16</sup>. El Estado puede válidamente difundir sus valores e implementarlos. Lo que no puede es imponer verdades ideológicas oficiales y castigar al que piensa distinto.

Es en este marco que debe interpretarse el derecho de toda persona a difundir sus ideas por la prensa sin censura previa —consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional— y el derecho a la libre difusión de opiniones e ideas de toda índole reconocido en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional<sup>17</sup>. De conformidad con estas disposiciones, el Estado no puede castigar o molestar a una persona por sus ideas u opiniones.

### 3.- FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL DERECHO A LA LIBRE DIFUSIÓN DE IDEAS

El fundamento del derecho a la libre difusión de ideas radica en la oportunidad que debe otorgarse a cada persona para participar en la formación de la opinión públi-

---

11 Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, cit., p. 66.

12 *Ibidem*.

13 Rubinfeld, Jeb, “The First Amendment’s Purpose”, 2001, en *Stanford Law Review*, 2001, vol. 53, p. 767, 821.

14 Cfr. Karst, Kenneth L., “Equality as a Central Principle in the First Amendment”, en *The University of Chicago Law Review*, 1975, vol. 40, p. 20, 30.

15 Shiffrin, Steven H., *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1990, p. 5.

16 Cfr. Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola (New York), 1988, p. 804.

17 Véase el Art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de *opinión* y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”; el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Todo individuo tiene derecho a la libertad de *opinión* y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus *opiniones*, el de investigar y recibir informaciones y *opiniones*, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”); el art. 13, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos (“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e *ideas* de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”); el art. 19, incisos 1 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus *opiniones*. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e *ideas* de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección). Énfasis añadido en todos los casos.

ca<sup>18</sup>. Como sostiene Dworkin, toda persona tiene el derecho a participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada<sup>19</sup>. En otras palabras, toda persona tiene derecho a tratar de “influir sobre la colectividad”<sup>20</sup>. Ello implica el derecho a defender, justificar, cuestionar o atacar las normas morales y jurídicas que rigen en una sociedad determinada, tales como la forma de gobierno, las costumbres morales y religiosas de la mayoría y de las minorías, las normas que rigen las relaciones de familia, la organización del sistema económico, los requisitos de ingreso en una determinada comunidad o cualquier otra cuestión vinculada con el medio ambiente moral y político de la sociedad.

Asimismo, el derecho a la libre difusión de ideas y opiniones se vincula con el principio de igualdad<sup>21</sup>. En efecto, en la medida que el Estado debe tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto, no puede negar a determinadas personas el derecho a participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de la sociedad, con el argumento de que sus ideas o convicciones los hacen indignos de participar en dicho proceso<sup>22</sup>. El principio de igualdad exige que todas las personas, sin importar cuán excéntricas o despreciables sean, tengan la oportunidad de influir en las políticas públicas, en las elecciones y en el medio ambiente moral en que viven<sup>23</sup>.

Este derecho de cada ciudadano a participar en el proceso de formación de la opinión pública y de influir en la colectividad es lo que distingue el sistema democrático de los sistemas totalitarios. En un sistema totalitario, es el Estado el que define qué ideas pueden o no ser recibidas por el público. En cambio, como explica Post, la característica distintiva del proceso democrático es su apertura a todas las ideas y opiniones posibles<sup>24</sup>. La democracia constituye un proceso comunicativo, en el cual cada ciudadano tiene derecho a participar y a exponer su punto de vista acerca de un determinado asunto<sup>25</sup>. La voluntad general es creada a través de un proceso permanente de discusión ente las mayorías y las minorías. De esta manera, el sistema democrático reconcilia la autonomía individual con la autodeterminación colectiva: cada ciudadano concibe al gobierno como “propio” (a pesar de que no comparta todas y cada una de las decisiones gubernamentales) puesto que puede participar de ese proceso comunicativo<sup>26</sup>. El rol de la

18 Cfr. Cfr. Post, Robert, “Community and the First Amendment”, *Arizona State Law Journal*, 1997, vol. 29, p. 473, 481.

19 Cfr. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1996, p. 238.

20 La expresión es tomada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *Herrera Ulloa c/ Costa Rica* sostuvo que la libertad de expresión es “*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y en general, quienes desean influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/7/2004, *Herrera Ulloa c/ Costa Rica*, § 112. Énfasis añadido.

21 En este sentido, véase Dworkin, Ronald, *Freedom's Law...*, *cit.*, pp. 237-238; Kagan, Elena, “Private Speech, Public Purpose: The Role of Government Motive in First Amendment Doctrine”, en *University of Chicago Law Review*, 1996, vol. 63, p. 413, 511; Karst, Kenneth L., “Equality as a Central...”, *cit.*, p. 20; Rubinfeld, Jeb, “The First Amendment's...”, *cit.* p. 821.

22 Cfr. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law...*, *cit.*, p. 200.

23 *Ibidem*, p. 237.

24 Cfr. Post, Robert, “Racist Speech, Democracy and the First Amendment”, en *William and Mary Law Review*, 1991, vol. 32 p. 267.

25 Para un desarrollo de esta noción de la democracia como un proceso comunicativo, véase Post, Robert, “Racist Speech...”, *cit.* En el mismo sentido, véase Kelsen, Hans, *General theory of law and state*, trad. de A. Wedberg, Rusell & Rusell, New York 1961 pp. 284-288; Barber, Benjamin R., *Strong democracy: participatory politics for a new age*, University of California Press, Berkeley (California), 1984, p. 136, Lamont, Corliss (ed), *Dialogue on John Dewey*, Horizon, New York, 1959, p. 58; Rawls, John, “Justice as fairness: political not metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs*, 1985, vol. 14, p. 223, 230.

26 Cfr. Post, Robert, “Managing Deliberation: The Quandary of Democratic Dialogue”, en *Ethics*, 1993, vol. 103 p. 654, 660.

libertad de expresión radica justamente en proteger este proceso comunicativo de la interferencia de la mayoría<sup>27</sup>. La legitimidad del sistema democrático depende de la apertura de ese proceso comunicativo a todas las ideas posibles, porque si se permitiera al gobierno prohibir la difusión de una determinada idea, éste se transformaría en antidemocrático respecto de los individuos que profesan dicha idea, que se verían impedidos de participar en el sistema<sup>28</sup>. De esta forma, la democracia es entendida como el sistema en el que las normas son hechas por aquéllos a quienes están dirigidas (puesto que todo individuo participa de la formación de la voluntad general) mientras que la autocracia es definida como el sistema en el que el redactor de la norma no coincide con aquéllos a quienes las normas están dirigidas (por ello las normas son heterónomas)<sup>29</sup>.

#### 4.- LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE DIFUSIÓN DE IDEAS

El derecho a la libre difusión de ideas no es absoluto. Como todo *principio*, este derecho constituye un mandato de optimización, que puede ser cumplido en distintos grados, según las posibilidades jurídicas y reales existentes<sup>30</sup>. Por lo tanto, sus alcances pueden ser válidamente limitados a los fines de hacer compatible este derecho con otros derechos constitucionales y con bienes colectivos.

La cuestión consiste en determinar en qué casos se debe presumir la inconstitucionalidad de la reglamentación estatal y en qué casos se puede otorgar cierta deferencia al legislador y presumir la validez de dicha reglamentación. En este sentido, resulta útil adoptar la distinción que realiza la Corte Suprema estadounidense respecto de *content-based regulations* (reglamentaciones basadas en el contenido de la expresión) y *content neutral regulations* (reglamentaciones neutrales)<sup>31</sup>. La Corte Suprema estadounidense distingue entre:

- (i) las reglamentaciones que buscan prevenir un daño vinculado con una determinada idea o mensaje. Se trata de normas que castigan la difusión de ideas o mensajes que el legislador considera nocivos o peligrosos. En la Argentina, quizás el ejemplo más claro –y más grotesco– de esta clase de normas haya sido el Decreto-ley 4161/56 que –como consecuencia de la “Revolución Libertadora”– prohibió la difusión de toda clase de propaganda peronista<sup>32</sup>. En

27 Post, Robert, “Racist Speech...”, *cit.*, p. 284.

28 *Ibidem.*, p. 290.

29 *Ibidem.*, p. 280.

30 El concepto de *principio* es tomado de Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

31 Para un estudio profundo de esta distinción, véase Alexander, Larry A., “Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory”, *Hastings Law Journal*, vol. 44, p. 921; Kagan, Elena, “Private Speech...”, *cit.*; Stone, Geoffrey R., “Content regulation and the First Amendment”, *William & Mary Law Review*, 1983, vol. 25, p. 189 y “Content-Neutral restrictions”, *University of Chicago Law Review*, 1987, vol. 54, p. 46; Williams, Susan H., “Content Discrimination and the First Amendment”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1991, vol. 139, p. 615

32 En su artículo 1º, el citado Decreto prohibía en todo el territorio de la Nación: “a) la utilización con fines de afirmación ideológica peronista efectuada públicamente o de propaganda peronista, por cualquier persona, ya se trate de individuos aislados, grupos de individuos, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, sociedades, personas jurídicas públicas o privadas, de las imágenes, símbolos, signos, expresiones significativas, doctrinas, artículos y obras artísticas que pretendan tal carácter o pudieran ser tomadas por alguien como tales, pertenecientes o empleados por los individuos representativos u organismos del peronismo. Se considera especialmente violatorio de esta disposición la utilización de la fotografía, retrato o escultura de



la actualidad, entran en esta categoría las normas que reprimen la apología del delito, la incitación pública a la violencia colectiva y el ultraje a la bandera al escudo y al himno de la Nación.

- (ii) las reglamentaciones que buscan prevenir un mal que carece de toda relación con el contenido de la expresión. Consisten, generalmente, en normas que regulan el tiempo, lugar y modo en que debe ejercerse la libertad de expresión. Por ejemplo, la prohibición de realizar una manifestación a las cinco de la mañana, o la obligación de solicitar un permiso previo para realizar una reunión en una vía o plaza pública.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, las primeras gozan de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y quedan sometidas a un “escrutinio estricto” según el cual el gobierno debe demostrar que la restricción a la libertad de expresión es necesaria para alcanzar un apremiante interés de la sociedad y que no existe otro medio menos restrictivo<sup>33</sup>. En cambio, las segundas quedan sujetas a un test de constitucionalidad que resulta más sencillo de superar<sup>34</sup>.

El reconocimiento de la utilidad de esta distinción no implica favorecer la adopción automática de todos los estándares establecidos por la Corte estadounidense. Sin embargo, es innegable que constituye un punto de partida válido para analizar la constitucionalidad de las reglamentaciones del derecho a la libre difusión de ideas ya que se ajusta perfectamente a los fines perseguidos por la libertad de expresión. En la medida en que su reconocimiento busca evitar que el Estado imponga verdades ideológicas oficiales –de forma tal que toda persona pueda expresar sus ideas sin miedo a ser castigado o molestado por ello– resulta lógico presumir la inconstitucionalidad de las reglamentaciones dirigidas contra determinadas ideas en particular. Además, existe una fuerte probabilidad de que estas reglamentaciones basadas en el contenido de la expresión estén inspiradas en el deseo del gobierno de reforzar su propio poder y de silenciar a los disidentes<sup>35</sup>. En estos casos, no podemos confiar en el Estado porque está en juego su propio interés<sup>36</sup>. En cambio, las reglamentaciones neutrales no generan el mismo grado de sospecha pues se aplican a todas las ideas u opiniones sin distinción y por lo tanto disminuye el riesgo de que exista un intento de persecución ideológica por parte del Estado<sup>37</sup>.

---

los funcionarios cronistas o sus parientes, el escudo y la bandera peronista, el nombre propio del presidente depuesto, el de sus parientes, las expresiones ‘peronismo’, ‘peronista’, ‘justicialismo’, ‘justicialista’, ‘tercera posición’, la abreviatura ‘p. p.’, las fechas exaltadas por el régimen depuesto, las composiciones musicales ‘Marcha de los muchachos peronistas’ y ‘Evita capitana’, o fragmentos de las mismas, la obra ‘La razón de mi vida’ o fragmentos de la misma’, y los discursos del presidente depuesto y de su esposa o fragmentos de los mismos...’.

33 Cfr. *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 270 (1981). Mediante la aplicación de este estrictísimo test de constitucionalidad, la Corte Suprema estadounidense ha declarado inconstitucional casi todas las restricciones a la libertad de expresión basadas en su contenido (cfr. Stone, “Content Regulation and the First Amendment”, *cit.*, p. 196). Según la Corte estadounidense, la libertad de expresión significa, antes que anda, que el gobierno no tiene poder para restringir una expresión debido a su mensaje, sus ideas, su temario o su contenido (*Police Department v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 [1972]).

34 Ésta es una interpretación un poco simplificada de la jurisprudencia estadounidense. Para un estudio más detallado, véanse los autores citados en la nota n° 31.

35 Cfr. Williams, Susan H., “Content Discrimination and..”, *cit.*, p. 691.

36 Cfr. Fried, Charles, “The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty”, *University of Chicago Law Review*, 1992, vol. 59, p. 225, 239; Sullivan, Kathleen M., “Discrimination, Distribution and Free Speech”, *Arizona Law Review*, 1995, vol. 37, p. 439, 445.

37 Sin embargo, hay ciertas reglamentaciones neutrales que resultan particularmente problemáticas y que deben generar un fuerte grado de sospecha acerca de su validez constitucional, como si se tratara de una reglamentación basada en el contenido del mensaje (Cfr. Kagan, Elena, “Private Speech...”, *cit.*, pp. 456-473). Véase, en este sentido, lo explicado más adelante en el punto 4.2 de este trabajo.



#### 4.1.- Las reglamentaciones basadas en el contenido de la expresión

Como sostuve en el apartado anterior, el intérprete debe presumir la inconstitucionalidad de toda reglamentación que busca restringir una idea o un mensaje determinado. Esta presunción de inconstitucionalidad se extiende solamente a la difusión de ideas que, de alguna manera, se vinculan con el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada<sup>38</sup>.

En la medida en que el Estado siempre va a argumentar que la idea u opinión reglamentada causa un daño, la tarea del intérprete consiste en:

- (i) determinar si ese daño puede o no justificar una restricción al derecho a la libre difusión de ideas (hay ciertos daños que nunca puede ser invocados por el Estado a los fines de restringir dicho derecho);
- (ii) analizar cuidadosamente si ese daño efectivamente existe; es decir, si hay una relación de causalidad entre la expresión castigada y el daño al bien jurídico tutelado;
- (iii) evaluar si existen otros medios menos restrictivos para evitar ese daño y
- (iv) analizar si la medida adoptada es proporcional a los fines perseguidos.

Paso a estudiar a continuación cada una de estas cuestiones.

*(i) Los daños que el Estado no puede invocar a los fines de reglamentar el derecho a la libre difusión de ideas*

Como señalé en el párrafo anterior, hay determinados daños que el Estado no puede válidamente invocar para justificar las restricciones a la libertad de expresión. En primer lugar, el Estado no puede prohibir una idea determinada simplemente porque la desapruéba o la considera errónea y quiere evitar que el público sea persuadido por ella<sup>39</sup>. Como sostuvo la Corte Suprema estadounidense, de acuerdo con la Primera Enmienda, “no hay algo así como ideas falsas”<sup>40</sup>. Esto no significa adherir a una postura relativista, según la cual todas las ideas son iguales ya que no es posible determinar objetivamente cuál idea es mejor que otra<sup>41</sup>. Cuando la Corte Suprema estadounidense sostiene que no hay ideas falsas, está destacando la incapacidad del Estado de determinar, *de forma irrevocable*, si una idea es correcta o no<sup>42</sup>. Esto no implica negar al gobierno de turno la facultad de adoptar las políticas públicas que considere convenientes,

---

38 Como explica Schauer, una persona puede expresar una determinada idea a los fines de contribuir a la discusión pública acerca de la necesidad de preservar o cambiar ciertos valores morales, culturales, religiosos, sociales, políticos (es decir, por motivos ideológicos) o puede hacerlo simplemente con el ánimo de obtener un beneficio determinado (o sea, por motivos vinculados exclusivamente al interés personal del emisor del acto de comunicación y de su oyente). Cfr. Schauer Frederick, “Mrs. Palsgraf and the First Amendment”, en *Washington and Lee Law Review*, 1990, vol. 47, p. 161, 167. Resulta evidente que, desde el punto de vista de la libertad de expresión, no es lo mismo exhortar al derrocamiento de un gobierno por razones políticas que incitar a un pariente a matar a un tío para poder heredar. Mientras que la primera expresión vincula con el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada, la segunda carece de toda relación con dicho proceso. La presunción de inconstitucionalidad existe solamente respecto de las reglamentaciones a las expresiones que tienen algún contenido ideológico.

39 Kagan, Elena, “Private Speech...”, cit., p. 428.

40 *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).

41 Cfr. Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey, “Dialogue”, en Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey (eds), *Eternally vigilant*, cit., p. 29; Smith, Steven D., “Skepticism, Tolerance and Truth in the Theory of Free Expression”, *Southern California Law Review*, 1987, vol. 60, p. 649, 663.

42 Cfr. Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey, “Dialogue”, en Bollinger, Lee y Stone, Geoffrey (eds), *Eternally vigilant*, cit., p. 29.

según sus preferencias ideológicas. Por ejemplo, como explica Stone, el gobierno puede considerar que la discriminación privada es algo malo y sancionar una norma para castigarla. Lo que el gobierno no puede es clausurar de forma irrevocable el debate acerca de la bondad o maldad de la discriminación privada y prohibir la difusión de ideas contrarias a su política antidiscriminatoria<sup>43</sup>. Esta facultad no puede ser confiada al Estado porque está en juego su propio interés y por ende va a actuar de forma partidista o prejuiciosa, como nos enseña la historia. Por ello, como señaló el Justice Jackson “cada persona debe ser su propio guardián de la veracidad porque nuestros antepasados no confiaron en el gobierno para separar lo verdadero de lo falso para nosotros”<sup>44</sup>. En sentido coincidente, el juez Petracchi afirmó que “[s]ólo los propios hombres deben tener y ejercer el control de su ignorancia, y no puede pretender el Estado, so color de origen mayoritario, y aun en la mentada hipótesis de que su postura expresara la verdad, privar a una minoría del ejercicio de ese control”<sup>45</sup>. Desde este punto de vista, es innegable que el derecho a la libre difusión de ideas y opiniones es manifiestamente antipaternalista, en la medida que el Estado no puede suplantar el juicio de cada persona respecto a la validez o invalidez de las ideas que circulan<sup>46</sup>.

En segundo lugar, el Estado no puede prohibir una determinada idea u opinión porque resulta ofensiva para ciertas personas<sup>47</sup>. Como observaron dos jueces de la Corte Suprema argentina, con cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, una de las principales funciones de la libertad de expresión es “inducir a la disputa” y “[e]l mejor modo de alcanzar ese alto propósito se logra cuando aquélla provoca incertidumbre, cuando crea insatisfacción acerca del estado de cosas o aun cuando suscita irritación en la gente. El discurso es muchas veces provocativo y desafiante”<sup>48</sup>. Por lo tanto, el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea a los fines de evitar justamente el malestar o la irritación que dicha expresión genera porque ello importaría una restricción intolerable de la discusión política. Si la difusión de ciertas ideas pudiera ser restringida con el argumento de que dicha difusión causa un daño emocional a una parte del público, ningún significativo intercambio de ideas quedaría a salvo

43 *Ibidem*.

44 *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516, 545 (1945). En este mismo sentido, véase Fried, Charles, “The New First Amendment...”, *cit.*, p. 239

45 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/11/1991, *Comunidad Homosexual Argentina*, considerando n° 19 de la disidencia del juez Petracchi, *La Ley* 1991-E-679.

46 Cfr. Stone, Geoffrey R., “Content Regulation and the First Amendment”, *cit.* pp. 213-214. En este mismo sentido, véase, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 262.

47 Este principio fundamental ha sido reconocido de forma unánime por los tribunales. En este sentido, la Corte Suprema estadounidense ha sostenido que “[s]i hay un principio fundamental inherente a la libertad de expresión, es que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad encuentra esa idea ofensiva o desagradable” (*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 [1989]). En sentido coincidente, la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha señalado que la libertad de expresión tutela no solamente las ideas e informaciones que son recibidas favorablemente, o vistas como inofensivas, sino también aquellas que ofenden, escandalizan o molestan (Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, 23/9/1998, *Leideux e Isorni c/ Francia*, § 55). En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, con cita de la jurisprudencia de la Corte Europea, que la libertad de expresión debe garantizarse también respecto de las ideas “que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática...” (*Herrera Ulloa*, *cit.*, § 113). Sin embargo, este principio no ha sido aplicado de forma consistente por la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha sostenido que, en materia religiosa, existe una obligación de evitar el uso de expresiones que son gratuitamente ofensivas para otras personas y que no contribuyen a ninguna forma de debate público (Corte Europea de Derechos Humanos, 23/8/1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Austria*, § 49).

48 Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Amarilla, Juan H*, 29/9/1998, considerando n° 12 de los jueces Petracchi y Bossert, *La Ley* 1998-F-118.

del cuchillo del censor<sup>49</sup>. Como explica Gargarella, si se reconociera la posibilidad de usar el aparato coercitivo estatal contra los supuestos ofensores de nuestra sensibilidad, “la discusión política de todos los días debería ser suspendida, porque en ella cada instante se entrecruzan críticas brutales, porque es de la esencia de ella que agrupaciones con ideologías contrarias confronten, se peleen, se desmerezcan o aún se denigren las unas a las otras”<sup>50</sup>. La prohibición del “discurso ofensivo” dejaría a las minorías disidentes especialmente desprotegidas frente a la natural tendencia de las mayorías a silenciar al que ataca, cuestiona o ridiculiza los valores comunitarios<sup>51</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el derecho a la libre difusión de ideas busca proteger a los disidentes no sólo frente al gobierno de turno sino también frente a las mayorías opresivas<sup>52</sup>.

Algunas personas pueden encontrar particularmente ofensivas o irritantes la justificación de los crímenes de la última dictadura militar, el elogio de la homosexualidad, los ataques a una religión determinada, la quema de la bandera nacional, la defensa del aborto o la apología de los actos terroristas. Pero si una idea ofende, escandaliza o irrita, la solución no es silenciar y castigar penalmente al que predica dicha idea, sino tratar de persuadirlo de que está equivocado. Como observó el *Justice Brandeis* en el caso *Whitney v. California*, “[s]i hay tiempo para exponer, mediante la discusión, las falsedades y las falacias, para evitar el mal a través de los procesos de educación, el remedio que debe aplicarse es *más expresión*, y no el silencio impuesto. Sólo una emergencia puede justificar la represión”<sup>53</sup>.

(ii) *Los daños que justifican la reglamentación del derecho a la libre difusión de ideas: la necesidad de demostrar su existencia de forma clara y convincente*

Existe otra clase de daños cuya prevención justifica, en determinadas circunstancias, la restricción a la difusión de una idea u opinión determinada. Así, por ejemplo, el Estado puede legítimamente prohibir la difusión de una idea u opinión a los fines de preservar el orden público y prevenir actos de violencia, o evitar la lesión a otros derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad.

La tarea del intérprete consiste, en primer lugar, en determinar si ese daño efectivamente existe. El punto de partida del intérprete debe ser un fuerte grado de sospecha acerca de la efectiva existencia del daño invocado por el Estado. La historia muestra que cuando el legislador restringe la difusión de una idea determinada, hay

49 Cfr. Braun, Stefan, *Democracy Off Balance*, University of Toronto Press, Toronto, 2004, p. 63

50 Gargarella, Roberto, “Una justicia bárbara”, *Página 12*, 20/12/2004.

51 Para un claro ejemplo de esta tendencia a silenciar al que cuestiona los valores comunitarios, véase la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Otto-Preminger-Institut*, en donde la Corte consideró que no importaba una violación a la libertad de expresión el secuestro y la confiscación de una película que “ofendía” los sentimientos religiosos de la mayoría (Corte Europea de Derechos Humanos, *Otto-Preminger-Institut c/ Austria*, cit.). La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que: (i) aquellos que profesan una determinada religión, deben tolerar y aceptar el rechazo o la oposición a sus creencias e incluso la difusión de doctrinas hostiles a su fe; (ii) sin embargo, ciertas formas de oposición o rechazo pueden inhibir a quienes profesan la religión atacada (§ 47); (iii) es legítimo pensar que el respeto por los sentimientos religiosos de los creyentes, garantizado por el art. 9 de la Convención, puede haber sido violado por el retrato provocativo de objetos de veneración religiosa y ese retrato provocativo puede ser visto como una violación maliciosa del espíritu de tolerancia, que es una de las características de una sociedad democrática (ibidem); (iv) el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención engendra deberes y responsabilidades, entre las cuales se encuentra la obligación de evitar el uso de expresiones que son gratuitamente ofensivas para otras personas y que no contribuyen a ninguna forma de debate público (ibidem, § 49); (vi) no puede soslayarse el hecho de que religión católica es profesada por la gran mayoría de la región del Tirol. Al ordenar el secuestro de la película, las autoridades austriacas buscaban asegurar la paz religiosa y evitar que algunas personas sufrieran un ataque a sus creencias religiosas en una forma injustificada y ofensiva (ibidem, § 56).

52 Cfr. Kagan, “Private Speech...”, cit., pp. 429-430.

53 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927). Énfasis añadido.

una fuerte probabilidad de que haya sobredimensionado los posibles daños que dicha difusión puede causar<sup>54</sup>. Por lo tanto, el intérprete debe “dudar” de la existencia de dicho daño y analizar si efectivamente existe una relación de causalidad estricta entre la expresión que se busca castigar y el daño invocado por el Estado<sup>55</sup>. La carga de la prueba recae sobre el Estado, que debe adjuntar evidencia confiable acerca de esta relación de causalidad<sup>56</sup>.

Por ejemplo, el Estado tiene un interés legítimo en prevenir la violencia y, por lo tanto, puede prohibir la difusión de ciertas ideas susceptibles de provocar actos de violencia. Sin embargo, como señalé anteriormente, es muy probable que el legislador sobredimensione este riesgo. Por lo tanto, el intérprete debe analizar estrictamente si efectivamente la difusión de dicha idea va a provocar actos de violencia. Ello explica el alto grado de protección constitucional que la jurisprudencia ha otorgado a la difusión de ideas subversivas, que sólo pueden ser castigadas cuando existe un peligro real y concreto de que se produzcan actos de violencia. En este sentido, la Corte Suprema estadounidense sostuvo, en *Brandenburg v. Ohio*, que el Estado no puede prohibir la prédica del uso de la fuerza o la violación de la ley excepto cuando “tal prédica estuviere dirigida a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción”<sup>57</sup>. Según la Corte estadounidense, “la mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aún la necesidad moral del recurso a la fuerza no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción”<sup>58</sup>. En Argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal adoptó, en materia de expresiones subversivas, el estándar del caso *Brandenburg v. Ohio*<sup>59</sup>. Al interpretar los alcances del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 Código Penal), la Cámara señaló que “no cabe atribuir a la categoría de incitación a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento, sino que las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en esa norma”<sup>60</sup>. La Cámara interpretó que “[n]o puede considerarse incitación a aquello que bien puede calificarse de un vaticinio, profecía, afirmación, o aun una justificación cuando éstas carecen de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas...”<sup>61</sup>. La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó esta interpretación en un caso más reciente<sup>62</sup>.

---

54 El mejor ejemplo de ello es la experiencia estadounidense durante la Primera Guerra Mundial y durante la época del peligro rojo y el macartismo. Hasta la década del 60, la Corte Suprema utilizó un test de constitucionalidad demasiado vago que permitió la persecución penal de disidentes políticos. Durante la primera guerra mundial, miles de estadounidenses fueron encarcelados por criticar la participación de Estados Unidos en la guerra. De la misma forma, durante el macartismo, numerosos miembros de partidos de izquierda fueron perseguidos penalmente por cuestionar el sistema capitalista y pregonar la doctrina comunista (Cfr. Strossen, Nadine, “Incitement to Hatred: Should There Be a Limit?”, *Southern Illinois University Law Journal*, 2001, vol. 25, p. 243, 250).

55 Cfr. Post, Robert, “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy and the First Amendment”, *California Law Review*, 1988, vol. 76 p. 297, 322.

56 Cfr. Sumner, Leonard Wayne, *The Hateful and the Obscene. Studies in the Limits of Free Expression*, University of Toronto Press, Toronto, 2004, p. 181.

57 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

58 *Ibidem*, p. 448.

59 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 8/7/1994, *Ortiz, Sergio, La Ley* 1995-D-524.

60 *Ibidem*, p. 525.

61 *Ibidem*, p. 526.

62 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 27/4/2006, *Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento*.

(iii) *La existencia de otros medios menos restrictivos de la libertad de expresión*

Un vez determinado que la expresión reglamentada causa efectivamente un daño que el Estado puede –legítimamente– intentar prevenir, el intérprete debe analizar si no existe un medio menos restrictivo de la libertad de expresión para alcanzar dicha finalidad. La restricción de la libertad de expresión debe ser el último recurso del Estado y no el primero<sup>63</sup>. En consecuencia, si otras medidas menos restrictivas permiten alcanzar el mismo objetivo, dichas medidas deben ser preferidas<sup>64</sup>. Por ejemplo, en materia de represión penal de las expresiones de odio, el Estado debe demostrar que no puede alcanzar los objetivos perseguidos por otros medios alternativos no penales, tales como la educación o más expresión (“*counterspeech*”).

(iv) *La proporcionalidad entre la medida adoptada y los fines perseguidos*

Por último, el intérprete debe estudiar la proporcionalidad entre la restricción a la libertad de expresión y el objetivo perseguido por el Estado. Ello implica:

- (i) analizar la importancia de las expresiones alcanzadas directamente por la norma;
- (ii) evaluar el efecto disuasivo (“*chilling effect*”) que la norma puede tener sobre las actividades expresivas de los ciudadanos respetuosos de las leyes<sup>65</sup>. Desde este punto de vista, son particularmente peligrosas las normas penales excesivamente vagas que impiden conocer qué clase de expresiones pueden ser sancionadas penalmente;
- (iii) efectuar un análisis de costo-beneficio de la reglamentación estatal y determinar si los beneficios justifican la restricción del derecho a la libre difusión de ideas<sup>66</sup>.

## 4.2.- La reglamentaciones neutrales de la libertad de expresión

A diferencia de las reglamentaciones basadas en el contenido de la expresión, las reglamentaciones neutrales no deben estar sometidas a un escrutinio estricto y deben

63 Cfr. Sumner, Leonard Wayne, *The Hateful and the Obscene...*, cit. p. 34.

64 Ibidem.

65 La noción de *chilling effect* hace referencia al efecto disuasivo que produce una determinada regulación gubernamental respecto de ciertas actividades expresivas que no están alcanzadas directamente por dicha regulación. Cfr. Schauer, “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the ‘Chilling Effect’”, en *58 Boston University Law Review* 685, 693 (1978). Si la regulación gubernamental restringe de forma directa una actividad expresiva, carece de sentido hablar de *chilling effect*, porque el objetivo de la regulación es justamente impedir la realización de dicha actividad (ibídem, p. 690). La noción de *chilling effect* es relevante cuando la regulación no tiene por objeto restringir una determinada actividad expresiva, pero la efectiva realización de dicha actividad se ve afectada indirectamente por la regulación en cuestión. Por ejemplo, si una norma penal que castiga la difusión de material obsceno disuade a una persona de difundir una película con escenas eróticas, esa consecuencia es un *chilling effect*. El objetivo de esta hipotética norma penal es prevenir la difusión de material obsceno, pero la norma indirectamente también disuade de difundir una obra cinematográfica. Las razones para atender este *chilling effect* pueden encontrarse en la incertidumbre que genera la aplicación de la norma (por ejemplo, porque sus alcances no están claramente delimitados), en la falibilidad del sistema legal y de sus operadores (que pueden erróneamente concluir que una determinada actividad expresiva está prohibida), o en el deseo de evitar los costos relativos a un litigio (ibídem, pp. 698-700). La existencia del *chilling effect* es perjudicial para la sociedad, en la medida en que algo que podría ser legalmente expresado no lo es, por miedo al castigo (ibídem, p. 693). Por ello es que la Corte Suprema estadounidense ha tenido especialmente en cuenta la existencia del *chilling effect* al momento de delinear los tests de constitucionalidad que se aplican a cada clase de expresiones y de delimitar las expresiones protegidas de las no protegidas por la Primera Enmienda (ibídem., p. 687).

66 Cfr. Sumner, Leonard Wayne, *The Hateful and the Obscene...*, cit. p. 69.

presumirse constitucionales. Sin embargo, hay ciertas reglamentaciones neutrales que resultan particularmente problemáticas y que deben generar un fuerte grado de sospecha acerca de su validez constitucional, como si se tratara de una reglamentación basada en el contenido del mensaje.

En primer lugar, debe presumirse la invalidez constitucional de las reglamentaciones que confieren facultades discrecionales a funcionarios administrativos en materia de libertad de expresión, ya que permiten decisiones basadas en las preferencias ideológicas del funcionario que debe aplicar la norma<sup>67</sup>. Por ejemplo, si bien es válido exigir un permiso previo para la realización de reuniones o manifestaciones en lugares públicos (tales como calles y plazas), los requisitos para el otorgamiento del permiso deben estar claramente establecidos en una norma, a fin de evitar que el funcionario público otorgue o rechace el permiso según sus preferencias ideológicas.

Asimismo, debe presumirse la inconstitucionalidad de las reglamentaciones neutrales que cierran por completo un determinado canal de comunicación, en especial cuando dicho canal de comunicación es utilizado por personas menores recursos que no pueden acceder a la radio o a la televisión. En este sentido, es correcta la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Schneider v. State*, en donde declaró la inconstitucionalidad de reglamentaciones municipales que prohibían la distribución de panfletos en la vía pública por razones de limpieza<sup>68</sup>.

## 5.- CONCLUSIÓN

Las reglamentaciones de la libertad de expresión basadas en su contenido deben gozar de una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Sólo en casos excepcionales pueden aceptarse la represión penal de la difusión de una idea determinada.

Resulta imprescindible terminar con la tendencia a utilizar el derecho penal para silenciar a todo aquel que expresa una idea que ofende, irrita o escandaliza. Todas las personas deben poder participar en el debate de las cuestiones de interés público, sin miedo a terminar sometidas a un proceso penal. Es inaceptable que no puedan debatirse temas particularmente sensibles como la inmigración, el aborto, el terrorismo o las creencias religiosas sin que alguno de los participantes en este debate termine denunciado por apología del delito, incitación a la violencia colectiva o incitación al odio racial o religioso.

---

67 Cfr. Kagan, Elena, "Private Speech...", cit., pp. 456-461,

68 Cfr. *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939).