

IIDH

Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos
Tomo X

IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

**Estudios Básicos
de Derechos Humanos X**



Fundación Ford

Primera Edición, San José, 2000

Las opiniones que se presentan en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del IIDH ni las posiciones de las agencias de cooperación de los gobiernos u organizaciones internacionales que patrocinan esta publicación.

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000. Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio existente sin la autorización explícita y escrita del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Este material puede ser citado siempre que se dé el respectivo crédito.

341.481
E82e Estudios básicos de derechos humanos X/ Editado por el
Vol. X Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Presentado por Roberto
Cuéllar. -- San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos,
2000.
520 p. 8 1/4 x 5 1/4. -- (Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo X).

ISBN 9968-778-70-2

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 2. DERECHOS HUMANOS-SISTEMA
INTERAMERICANO. I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos,
ed. II. Cuéllar, Roberto, pr. III. Título. IV. Serie.

Edición a cargo de:

JAVIER MARIEZCURRENA
Asesor Dirección Ejecutiva

Portada: KARLA CASTRO

Diagramación, Artes Finales e Impresión: MARS EDITORES S.A.

**INSTITUTO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

Apartado Postal 10.081-1000
San José, Costa Rica

Tel.: (506) 234 0404 / Fax: (506) 234 0955 / (506) 234 7402

e-mail: ueditorial@iidh.ed.cr

<http://www.iidh.ed.cr>

INDICE

PRESENTACIÓN XI

Introducción

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS

Mónica Pinto 17

Capítulo I.

Libertad de expresión y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

EL PACTO DE SAN JOSÉ, CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA LOS ESTADOS PARTES

Horacio Verbitsky 51

LA RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Santiago Cantón 67

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SEGURIDAD NACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Viviana Krsticevic, José Miguel Vivanco,
Juan E. Méndez y Drew Porter* 77

**Capítulo II.
Libertad de expresión y régimen legal**

“NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN”
Y LA MALICIA REAL DE LA DOCTRINA
Eduardo Andrés Bertoni 121

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEY PENAL
Alfredo Chirino Sánchez 151

**Capítulo III.
Libertad de expresión
y sociedad democrática**

EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
SOCIAL EN EL FORTALECIMIENTO DE UNA
SOCIEDAD DEMOCRÁTICA
Fernando Rospigliosi..... 193

EL ROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.
UNA PERSPECTIVA DESDE LA SOCIEDAD CIVIL
Emilio Álvarez Icaza 219

LÍMITES Y CONTROLES A LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN
Juan Lozano Ramírez 241

**Capítulo IV.
Libertad de expresión
y medios de comunicación**

MÁS ALLÁ DE LAS FORMULACIONES
JURÍDICAS
Ignacio Gómez Gómez..... 269

MEDIOS Y PÚBLICO, EMPRESARIOS
Y PERIODISTAS Y REGLAMENTACIÓN
DEL PERIODISMO
Francisco García Gor 285

**Anexo Documental. Decisiones del Sistema
Interamericano de Derechos Humanos
sobre libertad de expresión**

RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Hernando Valencia Villa 303

INFORME SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE
LAS LEYES DE DESACATO Y LA CONVENCION
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 319

INFORME Nº 22/94 **CASO 11.012 ARGENTINA,**
SOLUCIÓN AMISTOSA (VERBITSKY)
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 341

INFORME Nº 11/96 **CASO 11.230 CHILE,**
(MARTORELL)
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 351

OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85 DEL 13 DE
NOVIEMBRE DE 1985, LA COLEGIACIÓN
OBLIGATORIA DE PERIODISTAS (ARTS. 13 Y 29
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS
HUMANOS)
Corte Interamericana de Derechos Humanos 383

OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86 DEL 29 DE AGOSTO
DE 1986, EXIGIBILIDAD DEL DERECHO DE
RECTIFICACIÓN O RESPUESTA (ARTS. 14.1, 1.1
Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS)
Corte Interamericana de Derechos Humanos 451

COLABORADORES DE ESTE TOMO 515

PRESENTACIÓN DE LA SERIE

Tomo X

Siempre es grato para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos presentar una nueva publicación, en este caso, un nuevo esfuerzo de una serie que lleva ya seis años de aparición continua, Estudios Básicos de Derechos Humanos. El presente tomo está dedicado al derecho a la libre expresión que, como ha sido señalado por la Corte y Comisión Interamericanas, resulta imprescindible para la vigencia de la democracia.

A pesar de que la libertad de expresión está garantizada de manera amplia y precisa en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹, ésta se ve amenazada de manera constante en varios de nuestros países. En efecto, nuestra región muestra, además de asesinatos y agresiones físicas a personas que quieren ejercer este derecho, principalmente periodistas, la persistencia de restricciones legislativas, censura judicial o, directamente embates de los primeros mandatarios. Particularmente en América Latina, el problema entre el poder

1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho “El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención Americana da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestran claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas”. Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 50.

político y la libertad de expresión no se centra en el conflicto que puede existir sobre el rol del Estado como distribuidor de recursos para garantizar que todas las voces sean escuchadas², sino en el conflicto “tradicional”: Estados que obstaculizan las libertades ciudadanas.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por su parte, procura dar respuesta a esta realidad, conforme a su capacidad de acción. Dentro del mecanismo de denuncias, los órganos de protección hacen esfuerzos considerables para desterrar, en la medida de sus posibilidades, los comportamientos estatales reñidos con la libertad de expresión, resolviendo casos contra aquellos Estados que no conforman su conducta a las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Sin embargo, el mecanismo de denuncia ha demostrado ser necesario pero insuficiente para enfrentar los ataques a este derecho. Si bien hay situaciones que se solucionan por medio del sistema de casos, para la resolución de muchos otros se necesitan capacitación, promoción e investigación, tareas para las que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos resulta el órgano especializado a nivel regional.

Con este convencimiento, el IIDH ha trabajado en los últimos años de manera intensa en educación y promoción de la libertad de expresión. Desde 1996, gracias a la colaboración de la Agencia Española de Cooperación Internacional –AECI–, el IIDH desarrolló para América Latina y el Caribe seis seminarios

2 Un análisis de este tipo de conflictos en Fiss, Owen, *La ironía de la Libertad de Expresión*, Barcelona, Ed. Gedisa, abril de 1999, (versión en español).

3 En 1998, en el ámbito regional se produjo una noticia de suma relevancia y que crea grandes expectativas: se trata de la creación de la Relatoría sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

llamados Medios de Comunicación y Sociedad Democrática. Un eje temático central de todos ellos fue el rol de la libertad de expresión en relación al control de la corrupción de funcionarios públicos y la incorporación de estándares internacionales de protección que garanticen un mejor sistema normativo para el ejercicio de este derecho.

El presente tomo de Estudios Básicos de Derechos Humanos reúne algunos de los mejores trabajos actualizados que fueron presentados originalmente en los seminarios Medios de Comunicación y Sociedad Democrática y ha incorporado, por primera vez en la serie, un anexo documental conteniendo las decisiones que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha emitido hasta la fecha. El IIDH agradece a la Fundación Ford que apoya con el presente volumen la difusión de este derecho en nuestra región.

Esta publicación es la continuación de otros esfuerzos editoriales del IIDH en la materia. En 1994, fue publicado “Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político en Centroamérica” y años más tarde, en diciembre de 1997, fue editada la revista de jurisprudencia nacional de América Latina en Derechos Humanos “Iudicium et Vita” N° 5, material educativo fundamental en nuestros seminarios y que ha servido como texto de estudio en eventos realizados por otras organizaciones internacionales dedicadas a la enseñanza de la libertad de expresión.

Creemos que esta nueva edición es, por demás, oportuna ya que en la actualidad, gracias al generoso aporte de la Fundación Robert R. McCormick Tribune, el IIDH podrá implementar un programa piloto en dos países donde tiene especial interés. Se trata de un proyecto de capacitación de un grupo concentrado de jueces, legisladores y representantes de la sociedad civil, combinando metodologías presenciales y a distancia, con el objeto de facilitar la incorporación de estándares internacionales de protección y mecanismos de defensa.

El IIDH considera que esta experiencia piloto permitirá profundizar la promoción de este derecho en los poderes legislativos, judiciales y la sociedad civil, donde se incluyen, con un rol central, quienes ejercen el periodismo. Ellos deben ser protagonistas del fortalecimiento de una cultura de vida en democracia. Indudablemente, el periodismo debe ejercer su rol tradicional de crítica y control de los tres poderes del Estado. Pero teniendo presente la debilidad institucional imperante en América Latina, la crítica debe tener un fuerte sustento en la profundización de la democracia; es decir, no debe atentar contra los valores democráticos o proponer “soluciones” autoritarias. A la vez, la sociedad civil en general debe controlar la vigencia de este derecho y, en caso de violaciones, debe estar en capacidad para recurrir a instancias internacionales de protección.

Por su parte, los funcionarios judiciales tienen un rol fundamental en la protección de la libertad de expresión pero, paradójicamente, en muchos casos las limitaciones ilegítimas a este derecho provienen de sentencias judiciales lo que produce un doble resultado disvalioso. En primer lugar, la limitación en sí misma del libre debate de ideas y opiniones que, como ha sido dicho reiteradamente, es la esencia de la vida democrática. En segundo lugar, estas decisiones erradas hacen incurrir a los Estados en responsabilidad internacional. Por el mismo motivo, es necesario que los funcionarios de los poderes legislativos asuman su rol en esta tarea, ya que son ellos quienes omiten incorporar estándares internacionales de protección o, directamente, elaboran normas contrarias a esos estándares. Por acción u omisión, se produce el mismo resultado disvalioso para la plena vigencia de este derecho y la responsabilidad internacional del Estado.

Esperamos sinceramente que este libro pronto quede desactualizado, que las situaciones que aquí se presentan sean materia de estudio de historiadores y no asuntos de abogados litigantes o jueces penales, y que en el próximo libro sobre

libertad de expresión, el IIDH pueda dar crédito a una mejor situación de este derecho en el continente, como parecen sugerir algunos procesos de reforma legal recientemente iniciados.

A modo de conclusión queremos destacar la multiplicidad de valores que comprende la libertad de expresión, tanto como medio como un fin en sí mismo. Es un fin, porque permite la autorrealización personal cuando se expresa la propia opinión en medio de todas las demás. Pero también es un medio –y uno de los más importantes– para la búsqueda colectiva de la verdad, del bien común y, en definitiva, para fortalecer la democracia como forma de organización política. Promover activamente una profunda libertad de expresión es el aporte que pretende hacer el IIDH, en su tarea de apoyar el fortalecimiento de la democracia en América Latina y El Caribe.

Roberto Cuéllar M.

Director Ejecutivo

San José, Costa Rica, septiembre de 2000

INTRODUCCIÓN

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHOS HUMANOS*

Mónica PINTO

* La versión original de este artículo fue presentada en el II Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 25 y 26 de agosto de 1997.

Introducción

En la capacidad de expresar una voluntad propia, distinta de la de otros entes, radica en buena medida uno de los criterios de la personalidad en derecho. Las personas tienen opinión y de ella hacen expresión. Si bien en todas las épocas hubo quienes pudieron expresar sus opiniones, difundir ideas propias y ajenas y recabarlas, sólo con el advenimiento de las políticas que hicieron de la persona, del ciudadano, el depositario del poder político, su capacidad para expresar tales ideas devino un patrimonio político. Por ello todo el movimiento del constitucionalismo clásico o liberal consagró a la libertad de expresión como una de las libertades públicas.

Así la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹, garantizó la libertad de expresión que la Tercera República permitió hacer efectiva. Es que libertad de expresión y régimen republicano coexisten interalimentándose.

En un pasaje hoy memorable, el Juez Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia dictada *in re* Whitney v. California en 1926, sostuvo:

1 Artículo 10.- Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Artículo 11.- La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre; por lo tanto, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley.

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el último fin del estado era hacer a los hombres libres de desarrollar sus facultades y que en su gobierno las fuerzas deliberantes deberían prevalecer sobre las arbitrarias. Ellos valoraban que la libertad de pensar como uno quiera y de hablar como uno piensa, son medios indispensables para el descubrimiento y la difusión de la verdad política; que sin la libertad de palabra y de reunión, la discusión sería fútil; que con ellas, la discusión suministra ordinariamente una adecuada protección contra la diseminación de doctrinas nocivas; que la más grande amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político; y que éste debería ser un principio fundamental del gobierno americano².

La soberanía del pueblo, básica en el sistema democrático-republicano, exige de la información, la representación exige de la información al menos como modo válido de requerir la rendición de cuentas. De allí la importancia central en el contexto democrático de la libertad de expresión y del derecho a la información en ella contenido.

Señalaba al respecto Lord Shawcross, Q.C.:

la libertad de prensa deriva del derecho fundamental que es propio a cada individuo de tener libre y pleno acceso a los hechos en todos aquellos asuntos que, directa o indirectamente, le conciernan y de su derecho particular a expresar y hacer pública su opinión sobre estos asuntos y de oír y leer sobre las opiniones de los demás. Por ser pues la libertad de la prensa solamente un aspecto, si bien de la más alta importancia, del derecho que incumbe al hombre libre de recibir y transmitir información, se deduce que no ha de ser afectado por las limitaciones que puedan establecer las fronteras nacionales³.

La segunda postguerra transformó las libertades públicas en derechos humanos⁴. La universalidad, la igualdad y su corolario de no discriminación transformaron el concepto de libertad de expresión hasta entonces sólo republicano y patrimonio del ciudadano, en un concepto democrático perteneciente a toda persona.

Desde que se instauraron las modernas democracias en el mundo, el derecho a la libre expresión ha convivido de un modo no muy estable con el derecho de la gente a ser informada con veracidad sobre cuanto ocurre a su alrededor. Hasta hace un tiempo, el acento caía invariablemente sobre el primero de tales derechos, pero ahora se va trasladando gradualmente al segundo en vista de la enorme y siempre creciente exposición del hombre actual a los grandes medios de comunicación.

El 14 de diciembre de 1946, antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos proveyera a la Carta de las Naciones Unidas de un catálogo de aquellos derechos sin los cuales resulta difícil referirse al desarrollo de la personalidad libre, la resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas refiere a la libertad de información como derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas:

La libertad de información –que implica el derecho a reunir, transmitir y publicar noticias en todo lugar sin trabas– es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para promover la paz y el progreso en el mundo. La libertad de información requiere como elemento indispensable la voluntad y la capacidad de utilizar estos privilegios sin abuso y, como disciplina básica, la obligación moral de tomar los hechos sin prejuicios y de diseminar el conocimiento sin intención maliciosa.

2 274 U.S. 357, 375-376 (1926).

3 Lord Shawcross, Q.C., “Libertad de prensa”, 8 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 2, diciembre de 1967, págs. 60-68, 61.

4 Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, págs. 1-14.

El 3 de noviembre de 1947, la resolución A/110(II) condena todas las formas de propaganda que constituyan una amenaza a la paz.

En 1948, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Libertad de Información trabaja en la preparación de una norma sobre el tema, luego recogida en la Declaración Universal, y en una convención internacional sobre el derecho internacional de rectificación, que se adoptará en 1952.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que

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.

Los desarrollos normativos posteriores permitirán consagrar normas regionales y universales, de carácter convencional, que protegen igual derecho. En este orden de ideas deben considerarse los artículos 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁵, 10 del Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁶, 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles

5 Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.

6 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad

y Políticos⁷, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸.

democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

7 Artículo 19.

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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20

1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.

2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

8 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos,

Avanzando en la ruta de la protección, las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagran el derecho de rectificación o respuesta de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes⁹. Este derecho, cuyo ejercicio no debe ser entendido como una dádiva, encuentra dificultades para cristalizarse como práctica cotidiana en razón de la reticencia de ciertos empresariados de la prensa.

Los esfuerzos y éxitos iniciales en el ámbito universal no lograron, sin embargo, avanzar tan rápida ni expeditamente como podía preverse. La ruta de la positivización de las normas y del ejercicio efectivo de la libertad de expresión y del derecho a la información ha encontrado obstáculos de toda naturaleza.

de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados para la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a la censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

9 Artículo 14.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Enunciación legal

Una lectura de las normas jurídicas internacionales vinculantes para los países de América que consideran esta cuestión desde la óptica de los derechos humanos, permite afirmar la protección de las libertades de pensamiento y expresión, entendiéndose comprendido en esta última el derecho a la información.

En este sentido, “la libertad de expresión” 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”¹⁰. Estos derechos de todas las personas reconocen dos límites claros: la prohibición de la censura previa y la prohibición de la propaganda en favor de la guerra y de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

El especial papel que toca jugar a esta libertad en el contexto social y en el más amplio de la sociedad democrática, se comprueban en el hecho de que su ejercicio entraña deberes y responsabilidades especiales. Se prevén también restricciones legales necesarias para asegurar el respeto de los derechos de terceros, de su reputación y para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas.

Concepto

Las normas internacionales de derechos humanos, especialmente las interamericanas, consagran una concepción muy amplia de la libertad de expresión y pensamiento toda vez que se proponen resguardar la autonomía de las personas, a través del reconocimiento y protección de su derecho a expre-

10 Ver *supra* nota 7.

sar, crear y recibir información, al tiempo que fortalecen la democracia garantizando el libre intercambio de ideas en un ámbito público.

La Corte I.D.H. se ha referido a

las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹¹.

Analizando la letra del artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos, la Corte I.D.H. ha sostenido que

Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier procedimiento está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representada directamente, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente¹².

El orden jurídico reconoce en igual medida la libertad de expresión y la de recibir información, delineando así el derecho a la información.

La interacción libertad de expresión-derecho a la información-democracia surge claramente de las palabras del tribunal interamericano cuando puntualiza que

para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia¹³.

y cuando enfáticamente afirma que

la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹⁴.

En el mismo contexto, el Tribunal europeo de derechos humanos había señalado cerca de 10 años antes que la libertad de expresión es

uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual¹⁵.

11 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 30.

(Nota del editor. Ver el texto completo de esta decisión en el Anexo Documental de este volumen.)

12 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 31.

13 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 32.

14 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 70.

15 ECHR, *Handyside Case*, Series A, N° 24, p. 23.

Las condiciones generales de ejercicio del derecho han sido definidas en los siguientes términos:

si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas¹⁶.

En el mismo orden de ideas, el Tribunal europeo ha sostenido que el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática sólo puede tener éxito cuando se funda en el pluralismo, cuyo último garante es el estado. Esta precisión vale especialmente para los medios audiovisuales ya que sus programas se difunden a gran escala. De todos los medios de asegurar el respeto de estos valores, el monopolio público impone las mayores restricciones a la libertad de expresión, a saber, la imposibilidad total de ejercerse de otro modo que por medio de una estación nacional y, llegado el caso, de manera muy reducida, por una estación de cable local¹⁷.

El pluralismo que la democracia supone resulta reforzado en el análisis del derecho a la información en una sociedad democrática. Éste alcanza no solamente a la estructura del

poder, que se deslegitima cuando ataca ese pluralismo, sino también al empresariado de los medios.

La titularidad del derecho así concebido no está acotada a quienes ejercen la libertad de expresión como profesión, sino que ésta alcanza a toda persona, en el sentido del derecho de los derechos humanos. Empero, el análisis de las situaciones a que este ejercicio dé lugar deberán computar el dato de la profesión del titular del derecho.

Así, en un caso en que dos soldados conscriptos fueron sancionados disciplinariamente en los Países Bajos por editar un publicación “destinada a socavar la disciplina militar”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del Convenio regía tanto para los militares cuanto para cualquier otra persona que se encontrara bajo la jurisdicción de un estado parte. Sin embargo, como el funcionamiento eficaz de un ejército no podía concebirse sin reglas destinadas a impedir que se burlara la disciplina militar, especialmente por medios escritos, no podía afirmarse que los peticionarios hubieran sido privados de su libertad de expresión sino que, por el contrario, habían sido condenados por haber abusado de ella, sin que hubiera violación del Convenio¹⁸.

En el renombrado caso del periódico Sunday Times, la Corte Europea subrayó que en una sociedad democrática el principio de la libertad de expresión se aplica a la administración de justicia al igual que a otros ámbitos, ya que no sólo incumbe a los medios de difusión comunicar informaciones e ideas sobre las cuestiones sometidas a los tribunales, sino que el público tiene el derecho de recibir tales ideas e informaciones¹⁹, confirmando así los alcances del derecho a la información.

16 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 34.

17 ECHR, *Informationsverein Lentia et al. vs. Austria*, Series A, N° 276 (1993).

18 ECHR, *Engels et al. vs. The Netherlands*, Series A, N° 22, (1976).

19 ECHR, *Sunday Times vs. United Kingdom*, Series A, N° 30 (1979).

También ha tenido ocasión la jurisprudencia europea de considerar el tema desde la óptica del poder legislativo. En este sentido, luego de señalar que los adversarios de las ideas y posiciones oficiales deben poder encontrar un lugar en la arena política, la Corte europea se mostró cuidadosa en el estudio de todas las circunstancias de cada caso²⁰. Así se ha manifestado que la libertad de expresión es particularmente preciosa para un elegido por el pueblo, ya que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses. Toda vez que el Sr. Castells –senador español por la coalición vasca Herri Batasuna– se ha expresado en un periódico, la Corte señala el papel eminente de la prensa en un estado de derecho. Ésta provee a los ciudadanos de uno de los mejores medios de conocer y juzgar las ideas y las actitudes de los dirigentes, brinda a los hombres políticos la ocasión de reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública y permite a cada uno participar en el libre juego del debate político. La libertad de discusión política no tiene, según la Corte, un carácter absoluto. Sin embargo, los límites de la crítica admisibles son más amplios respecto del gobierno que de un simple particular, o aún de un hombre político. La posición dominante que ocupale ordena ser discreto en el uso de la acción penal. Las autoridades competentes pueden, no obstante, tomar medidas incluso penales para responder de manera adecuada y no excesiva a los ataques sin fundamento y de mala fe²¹.

En relación con los periodistas, se ha dicho que

La profesión de periodista –lo que hacen los periodistas– implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención... El ejercicio del periodis-

mo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión; por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales²².

Las condiciones generales de su ejercicio

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos deja librado a la discrecionalidad de los estados la elección de la forma en que sus disposiciones se aplican en los territorios nacionales, los compromisos convencionales de tales estados acotan esos márgenes de decisión imponiendo la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos, esto es, que se exige de los estados que realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos²³.

De esta suerte, si ello resulta necesario para el efectivo goce y ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y a la información, el estado debe adoptar la norma de derecho interno, con idéntico contenido a la internacional, que habilite a los mismos fines o, inversamente, derogar las disposiciones incompatibles con los tratados y abstenerse de dictar tales medidas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades²⁴.

22 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párrs. 72 y 74.

23 Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos. Observación General 3, #5, HRI/GEN/1/Rev.1, p. 5.

24 Corte I.D.H., *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 36.

20 ECHR, *Piermont vs. France*, Series A, N° 314 (1995).

21 ECHR, *Castells vs. Spain*, Series A, N° 236 (1992).

La jurisprudencia del sistema interamericano ha manifestado que

en el caso de leyes de aplicación inmediata (cuando por su sola vigencia se afectan las personas sujetas a la jurisdicción de la norma), la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así una norma que despojara de alguno de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza²⁵.

En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata,

es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa, *per se*, violación de los derechos humanos sino cuando se aplica²⁶.

De lo que se trata, pues, es de la revisión de la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y de adoptar las medidas necesarias –legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de otro carácter– para hacer efectivos los derechos no reconocidos, incluidos los mecanismos de reclamo que sean necesarios.

Este hacer confirma que las normas internacionales sobre derechos humanos integran el orden jurídico vigente y gozan de una presunción de ejecutividad. Por ello, su invocación por la parte en el proceso no es *conditio sine qua non* para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuria curia novit*.

En el estado actual del derecho internacional de los derechos humanos, la libertad de expresión y el derecho a la información que ella contiene reposan sobre dos ejes fundamentales,

25 *Ibid.*, párr. 43.

26 *Ibid.*, párr. 42.

a saber: la supresión de la censura previa o abolición de la represión administrativa y la represión puramente judicial de los ilícitos que se cometan por medio de la prensa.

La prohibición de la censura previa que sólo consta explícita en el texto del artículo 13.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos²⁷, ha sido desde siempre asociada a la idea de libertad de expresión. Así, en sus Comentarios a las Leyes de Inglaterra, Blackstone señalaba:

La libertad de prensa es por cierto esencial a la naturaleza de un estado libre: pero consiste en no establecer restricciones previas sobre las publicaciones y no en la libertad respecto a la censura de escritos de carácter criminal después de publicados. Cada hombre libre tiene un indiscutible derecho de exponer ante el público los sentimientos que le plazcan; prohibir esto sería destruir la libertad de prensa; pero si se publica lo que es impropio, malicioso, o ilegal, debe cargar con las consecuencias de su temeridad. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de un censor, como se hacía anteriormente, tanto antes como después de la revolución, es someter toda la libertad de sentimiento a los prejuicios de un hombre y convertir a éste en el juez arbitrario e infalible de todas las cuestiones controvertidas en materia de ciencia, religión y gobierno. Pero castigar (como lo hace la ley actual) cualquier escrito peligroso u ofensivo que, una vez publicado, se juzgue de tendencia pernicioso en un proceso justo e imparcial, es necesario para la preservación de la paz y del buen orden, del gobierno y de la religión, el único fundamento sólido de la libertad civil. De este modo, la decisión de los individuos es todavía libre; sólo el abuso de esa libre decisión es objeto de castigo legal. No se impone ninguna restricción a la libertad de pensamiento o de investigación; queda todavía la libertad

27 “La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”, Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 50.

de sentimiento privado; la diseminación o publicidad de malos sentimientos destructores de los fines de la sociedad, es el delito que la sociedad corrige²⁸.

En concordancia con la letra de los instrumentos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

los actos de confiscación y prohibición de libros por parte del Gobierno tienen el efecto de imponer una 'censura previa' a la libertad de expresión, y por lo tanto han violado el doble derecho a recibir e impartir información 'a toda persona', tanto al interior como hacia afuera de la comunidad, sin distinción de fronteras, tal como lo consagra el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁹

y que

la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro... infringe el derecho a difundir 'informaciones e ideas de toda índole'... tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el artículo 13 de la Convención³⁰.

No toda expresión resulta protegida por la libertad de expresión y el derecho a la información. Si genéricamente la protección versa sobre toda materia de interés público, incluyendo la expresión artística y la comercial, los límites son igualmente claros.

Las normas que protegen el derecho a la libertad de expresión prohíben toda propaganda en favor de la guerra y toda

28 Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 13 a.ed., Londres, 1800, t. IV, págs. 151-152.

29 OEA/Ser.L/V/II.91 Doc.7 (1995), Informe 2/96, caso 10.325, #5.

30 OEA/Ser.L/V/II.95 Doc.7 rev. (1996), Informe 11/96, caso 11.230, #59.

apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. La práctica internacional considera que estas prohibiciones son perfectamente compatibles con la libertad de expresión. La prohibición abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas, o que pueda llevar a tal acto y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, tanto si tal propaganda o apología tiene fines internos al estado de que se trate, como si tiene fines externos a ese estado. Para que esta prohibición sea plenamente eficaz debería sancionarse una norma interna en cada estado que dejase bien sentado que la propaganda o apología de que se trata son contrarias a la política del estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento³¹.

Igual posición puede encontrarse en las normas generales y convencionales sobre eliminación de la discriminación racial³².

31 HRI/GEN/1/Rev.1, Observaciones Generales adoptadas por el Comité de Derechos Humanos, Observación General 11, p. 15.

32 Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Artículo 9

1. Toda clase de propaganda y organizaciones basadas en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinado color u origen étnico, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial en cualquier forma, serán severamente condenadas.

2. Toda incitación a la violencia, o actos de violencia, cometidos por individuos u organizaciones, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, deben ser considerados como una ofensa contra la sociedad y punibles con arreglo a la ley.

3. Con el fin de realizar los propósitos y principios de la presente Declaración, todos los estados deben tomar medidas inmediatas y positivas, incluidas las legislativas y otras, para enjuiciar y, llegado el caso, para declarar ilegales las organizaciones que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, que

En este sentido, la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es consistente en señalar que los estados deben sancionar cuatro categorías de comportamiento indebido:

i) la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, ii) la incitación al odio racial, iii) los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico y iv) la incitación a cometer tales actos. En opinión del Comité, la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial es compatible con el derecho a la libertad de opinión y de expresión³³.

inciten al uso de la violencia o que usen de la violencia con propósitos de discriminación basados en raza, color u origen étnico.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial - art.4

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con tal fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

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

(b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda que promuevan la discriminación racial o inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

(c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

33 HRI/GEN/1/Rev.1, Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General XV, p. 78-79.

En este contexto, el Tribunal europeo consideró un asunto relacionado con la difusión de propósitos racistas en el que los tribunales nacionales sancionaron al editor responsable con el pago de una multa. Tratábase de la difusión por la televisión danesa de un reportaje a integrantes del grupo “Camperas verdes” en el que se expresaban de modo injurioso y despreciativo respecto de los inmigrantes y de los grupos étnicos establecidos en Dinamarca. El Tribunal tuvo en cuenta que el periodista no había expresado las declaraciones de marras, las que, sin duda, no contaban con la protección del artículo 10 del Convenio. Señaló que sancionar a un periodista por haber ayudado a la difusión de declaraciones de un tercero en un reportaje obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa a la discusión de los problemas de interés general y no podría concebirse sino por razones particularmente serias³⁴.

Restricciones

El derecho humano que aquí nos ocupa es uno de aquéllos que enuncian los criterios necesarios para su restricción válida³⁵, esto es, que las restricciones que se impongan al ejercicio del derecho a la libertad de expresión deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse³⁶.

Las restricciones deben estar expresamente fijadas por la ley, lo que supone una norma de aplicación general que debe compaginarse con el respeto al principio de igualdad y que, en

34 ECHR, *Jersild vs. Deenmark*, Series A, N° 298 (1994).

35 Véase artículos 10.2 Convenio Europeo, 19.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 13.2/5 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

36 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 37.

caso de aplicación abusiva, debe dar lugar a recurso³⁷. En el ámbito interamericano se trata de que

la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.³⁸

esto es, la ley en sentido formal. Esta jurisprudencia encuentra su fuente en el caso *Sunday Times*, decidido por la Corte Europea, en el que se señala que cuando se exige que la restricción esté “prevista por la ley” se apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada en las circunstancias de las normas legales aplicables a un caso dado, y, en segundo lugar, a que ella sea formulada con la suficiente precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta, pudiendo prever las consecuencias que pueden surgir de una determinada conducta³⁹.

La medida de la restricción está dada por la necesidad en una sociedad democrática. En este sentido se ha señalado que la función de esta cláusula es la de indicar que la legitimidad debe

expresar consistencia con los principios de una sociedad democrática. Así, pese a que no existe un modelo único de sociedad democrática, la práctica internacional asume que satisface este requisito la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁰. En otros términos, la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas⁴¹.

La jurisprudencia del sistema europeo ha sostenido que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una necesidad social imperiosa”⁴²; y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”⁴³. Así, el estado dispone de un margen de apreciación para restringir y para dar sentido a los criterios de la restricción, lo que indica que ello no será igual en todos los estados, aún en sociedades democráticas. Por otra parte, y en principio, el sistema internacional otorga crédito a tal decisión porque la intermediación se da con el estado.

En el mismo orden de ideas, la práctica del Comité de Derechos Humanos señala que

toda restricción de la libertad de expresión con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 debe responder a todos y cada uno de los siguientes requisitos: estar fijada por la ley, responder a uno de los objetivos

37 “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, items 15-18, 17 *Human Rights Quarterly* (1985), págs. 3-14: “15. No limitation on the exercise of human rights shall be made unless provided for by national law of general application which is consistent with the Covenant and is in force at the time the limitation is applied. 16. Laws imposing limitations on the exercise of human rights shall not be arbitrary or unreasonable. 17. Legal rules limiting the exercise of human rights shall be clear and accessible to everyone. 18. Adequate safeguards and effective remedies shall be provided by law against illegal or abusive imposition or application of limitations on human rights”.

38 Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 37.

39 *The Sunday Times*, Judgment 26 April 1979, Series A N° 30, párrafo 49. Véase, Mark W. Janis & Richard S. Kay, *European Human Rights Law*, 1991, págs. 297 y ss.

40 *The Siracusa Principles*, items 19-21.

41 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párrs. 41-42.

42 *Handyside Case*, Judgment of 7 December, 1976, Series A, N° 24, párr. 48.

43 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 46.

que se enumeran en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19 y ser necesaria para conseguirlo⁴⁴.

Los fines que, en principio, justifican una restricción de la libertad de expresión son los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas.

Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación reconocen la existencia de un conflicto que debe resolverse, caso por caso, en favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros, según el criterio del respeto por la dignidad humana y el principio de no discriminación⁴⁵.

La seguridad nacional es una de las pautas de restricción de interpretación más estricta. Se trata de la seguridad del país y no de su gobierno⁴⁶. Su definición se inserta en el contexto del derecho de la Carta de las Naciones Unidas y sólo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un estado. Consecuentemente, ninguna violación a los derechos humanos puede justificarse a la luz de la seguridad nacional⁴⁷.

44 Albert Womah Mukong v Camerún, Comunicación N° 458/1991, A/49/40, vol. II, pág. 186.

45 Lockwood, Bert B., et al., "Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions". *Human Rights Quarterly*, 1985, págs. 35-87, 77-78.

46 Kiss, Charles A., "Permissible Limitations on Rights", en *The International bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin ed., 1981, págs. 290-310, 296.

47 *The Siracusa Principles, supra*, items 29-32; Lockwood, Bert B. et al., "Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions" *Human Rights Quarterly* 1985, 35-87, 71: "The concept of national security is limited to activities which present an imminent threat to the very existence of the nation. An acceptable definition of national security does not allow its use as a pretense for unfettered restrictions on rights".

El criterio del *orden público* no tiene el mismo sentido en todos los sistemas jurídicos⁴⁸. Se entiende que es el conjunto de las reglas que aseguran el funcionamiento de una sociedad o el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad y su interpretación debe ajustarse al contexto del derecho que se restringe⁴⁹. Su invocación obedece a la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos y libertades de los individuos y los derechos y libertades de la comunidad en general⁵⁰.

En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que

una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público⁵¹.

La salud pública –esto es el estado de completo bienestar físico, mental y social de la sociedad– permite adoptar las medidas necesarias para prevenir, o en su caso enfrentar, serias amenazas a la salud de la población o de alguno de sus miembros⁵².

48 Kiss, Charles A., "Permissible Limitations on Rights", en *The International bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Louis Henkin ed., 1981, págs. 290-310, 299.

49 *The Siracusa Principles, supra*, items 22-24.

50 Higgins, Rosalyn, "Derogation Under Human Rights Treaties", 48 *British Yearbook Of International Law*, 1977, págs. 281, 282: "ordre public seeks an accommodation between the individual rights and freedoms and the rights and freedoms of the community at large".

51 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 64.

52 *The Siracusa Principles, supra*, items 25-26.

La moral pública es un criterio que reconoce parámetros de tiempo y de espacio, de allí que resulte inevitable reconocer al estado cierto margen de apreciación cuando la invoca como pauta legítima para restringir el ejercicio de determinados derechos. Empero, también es inevitable demostrar que tal restricción es esencial para el mantenimiento del respeto por los valores fundamentales de una sociedad, lo que en modo alguno puede afectar el principio de no discriminación⁵³.

Las restricciones a la libertad de expresión son, pues, las conductas definidas legalmente como generadoras de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión⁵⁴.

La penalización de ilícitos cometidos por medio de la prensa

Se ha dicho que

este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el código penal⁵⁵.

Es un principio general de derecho que quien comete un daño tiene la obligación de repararlo. Del mismo modo, quien comete un ilícito en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión debe repararlo. Esta ecuación no es tan evidente en el caso del derecho que nos ocupa toda vez que la represión de ilícitos cometidos por medio de la prensa ha sido históricamente

utilizada como medio de amedrentar la libre expresión, especialmente la libre discusión de la “cosa pública” y de quienes la manejan, provocando actitudes de autocensura.

No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquellos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar⁵⁶.

Las responsabilidades ulteriores respecto del ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben satisfacer cuatro requisitos, a tenor de la Corte I.D.H., (1) los fundamentos deben fijarse previamente, (2) deben estar expresos con precisión en la letra de la ley, (3) deben perseguir fines legítimos y (4) deben ser necesarios para lograr los fines legítimos⁵⁷.

Los derechos o la reputación de los demás suelen ser protegidos desde el ámbito civil con procedimientos que tienden a hacer cesar las conductas obstructivas del ejercicio de

53 *Idem*, ítems 27-28.

54 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 35.

55 Fallos 259-195.

56 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párrs. 78-79.

57 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 59.

tales derechos, esencialmente para proteger el denominado derecho a la privacidad.

Así, en relación con figuras “públicas”, parece generalmente aceptado que su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas, y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión⁵⁸.

En el ámbito penal se han tipificado los delitos de injurias y calumnias y, en algunos países, se mantiene aún la figura del desacato. En sede civil se dan las acciones de reparación por los conceptos injuriantes o de alguna manera agraviantes que se hayan vertido.

La incompatibilidad de la figura del desacato con las normas sobre libertad de expresión ha surgido tempranamente en razón fundamentalmente de la ostensible violación al principio de igualdad que el tipo penal comporta⁵⁹. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la represión penal de los abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión tiene un efecto inevitablemente inhibitor, por lo que sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica⁶⁰.

Parece claro que descartada la figura del desacato, la injuria y la calumnia colocan a todos los individuos en igual plano y la materialización de la conducta reprochada permite comprobar el *animus injuriandi*. En efecto, el exceso del lenguaje, aún cuando fuese estimado desde el punto de vista de la dogmática penal como constitutivo de injuria, no basta para fundar una condena penal si no media también un esencial propósito lesivo. Sin perjuicio de ello, debe notarse que en muchos países las condenas que surgen de la imputación y acreditación de estos delitos permanecen en suspenso.

En todo caso, en ambos fueros –penal o civil– algunos criterios deben prevalecer.

De esta suerte, del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos *in re* New York Times vs. Sullivan surge la doctrina de la real malicia⁶¹. Trátase de una doctrina que procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de la crónica*.

Si en el ejercicio de la libertad de expresión se exceden los límites y se causa, sin derecho, perjuicio a un individuo, afectando su libertad individual, su dignidad, su vida privada e intimidad, se es responsable civil o penalmente del ejercicio abusivo del derecho. El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta

58 Ponzetti de Balbín, ED 112:239, # 9.

59 OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., págs. 210-223.

60 *Idem*.

61 376 U.S. 254 (1964), págs. 265-292.

* Nota del editor. Para una discusión más detallada sobre este caso y la doctrina de la real malicia ver, en este volumen: Bertoni, Eduardo Andrés, “ ‘New York Times Vs. Sullivan’ y la malicia real de la doctrina”.

despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara sí a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, a figuras públicas, o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideren afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar.

En este punto, la doctrina ha distinguido la prueba de los hechos de la de las opiniones que es de virtual imposible cumplimiento.

En el caso *Lingens*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la sanción impuesta a un periodista que había criticado a Bruno Kreisky, en virtud de una norma del Código Penal austríaco, violaba el artículo 10.2 del Convenio de Roma porque resultaba imposible para el periodista eludir la sanción prevista en la norma si no probaba la veracidad de sus afirmaciones. Dado que los hechos en que se basaba el juicio de valor de *Lingens* respecto del Sr. Kreisky eran incuestionados y que respecto de los juicios de valor el requisito previsto en la norma es de cumplimiento imposible, el Tribunal se pronunció por la violación del artículo 10 del Convenio. La pena constituía una suerte de censura tendente a incitarlo a no incurrir en el futuro en críticas de este tipo; en el plan político tal condena es de entidad como para obstaculizar la tarea de información y de control a la prensa⁶².

Conclusiones

En el mundo de la globalización, debatir la existencia y alcances de un derecho a la libertad de expresión y un derecho

62 ECHR, *Lingens Case*, Judgment of 8 July 1986, Series A, N° 103, # 46.

a la información comporta un anacronismo. La salud de nuestras sociedades exigen del debate más llano, más fértil y más extendido sobre todos los aspectos de la cosa pública y de las características de quienes la manejan. Respetar esta posibilidad y hacerle el mayor espacio es una obligación para el poder político y un deber cívico.

CAPÍTULO I

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

EL PACTO DE SAN JOSÉ,
CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
PARA LOS ESTADOS PARTES*

Horacio VERBITSKY

* La versión original de este artículo fue presentada en el I Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Cartagena de Indias, Colombia, 11 y 12 de marzo de 1997.

Introducción

El Caso Verbitsky fue el primero del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos que condujo no sólo a la solución de un expediente individual sino también a la derogación en uno de los Estados parte de una ley incompatible con el Pacto de San José, y a la recomendación de procedimientos similares en otros catorce países de la región. El largo trámite de casi una década ilustra también el rico proceso de elaboración jurídica por el cual los abstractos instrumentos regionales cobran vida en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados partes, ya que las decisiones pronunciadas en el caso en análisis se aplicaron a la resolución de otra causa que afectaba al mismo periodista. De este modo, la Convención Americana se convierte en una verdadera Carta Magna de los Derechos Humanos. Esto señala también un vasto campo de acción para las Organizaciones No Gubernamentales que actúan en la región: bajar la tutela de los derechos humanos de la altura de los grandes instrumentos jurídicos, por regla general más liberales y garantistas que las legislaciones nacionales, al llano de la vida cotidiana, país por país, que es donde se verifican las violaciones a aquellos principios.

El caso nacional

La ampliación del número de miembros de la Corte Suprema de Justicia Argentina fue concebida por sucesivos gobiernos como un modo de destrabar conflictos políticos, mediante la creación de nuevos cargos que pudieran llenarse con magistrados permeables a los deseos del poder político. El primer proyecto en ese sentido se elaboró en 1987. En 1988 uno de los

jueces de la Corte Suprema, Augusto Belluscio, dijo en un reportaje que de ese modo se estarían sentando las bases de una dictadura judicial y que “no cuesta mucho imaginar los excesos de un tribunal genuflexo”. También sostuvo que renunciaría si se aprobaba ese proyecto, que le daba asco. En un artículo publicado en el diario *Página/12*, el 6 de marzo de 1988, cité aquella afirmación y en el párrafo siguiente recurrí a un vocablo polisémico para calificar a Belluscio de “asqueroso”. Belluscio inició una acción privada por injurias, pero una jueza federal la convirtió en acción pública por desacato y me condenó a un mes de prisión en suspenso, sin escuchar mi afirmación de que había usado la palabra en su segunda acepción: aquel que siente asco. La condena fue confirmada en votación dividida por una Cámara de Apelaciones, cuyos miembros incluyeron en el fallo un *obíter dictum** notoriamente agresivo, poniendo en duda la sinceridad de mi interés por la libertad de prensa, con argumentos extraídos de otra causa judicial que no guardaba relación alguna con el expediente en consideración y mediando una grosera tergiversación¹. El proyecto de ampliación de la Corte Suprema, de cinco

* Nota del editor. Esta frase se refiere a una opinión contenida en una sentencia, pero absolutamente innecesaria para la decisión del caso. Se trata, pues, de comentarios u opiniones vertidas por un juez al resolver un caso, sin que éstas tengan relación directa con la cuestión sometida a su conocimiento.

1 Luego del alzamiento militar de 1987 en contra de las autoridades constitucionales, varios centenares de personas difundieron un texto encomiando al ex dictador Jorge Videla y los métodos usados en la guerra sucia militar contra la sociedad argentina, por los que habían sido condenados a prisión perpetua. En una presentación judicial denuncié que ese texto constituía una apología del delito y del delincuente y formaba parte de una nueva escalada golpista para deponer al gobierno democrático. En ese escrito dejé expresa constancia de que no estaba solicitando un acto de censura. Un juez de primera instancia dictó una medida cautelar que impidió que volviera a publicarse y la Cámara de Apelaciones la revocó un año después cuando el riesgo golpista había desaparecido. Los dos jueces que invocaron aquel caso en mi contra habían sido objeto de artículos muy críticos de mi parte por su desempeño en causas que involucraban violaciones de los derechos humanos fundamentales y propuestas de reformas legislativas tendientes a reducir las garantías defensivas de los procesados. Ambos fueron ascendidos luego de la condena en mi contra.

a nueve miembros, fue aprobado en 1990 y Belluscio la sigue integrando hasta el día de hoy. En febrero de 1992, ese tribunal ampliado confirmó la condena a un mes de prisión por desacato².

El recurso a la CIDH

Agotados los recursos internos, en mayo de 1992 denuncié ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Nacional Argentino por violación a tres artículos de la Convención: el 8 que garantiza ser escuchado por un tribunal imparcial e independiente, el 13 sobre libertad de pensamiento y expresión, y el 24 acerca de la igualdad ante la ley. El caso fue presentado por los abogados argentinos Raúl Zaffaroni, Alicia Oliveira y María Elena Martínez. La Comisión abrió entonces el caso *Verbitsky v. Argentina*, con el Número 11.012, dio traslado de la presentación al gobierno de Buenos Aires y convocó a ambas partes a una audiencia durante su 82º período de sesiones, en septiembre de 1992, en Washington. En respaldo de mi posición se presentaron *amicus curiae* de los juristas argenti-

2 El caso tiene un trasfondo político que es conveniente incorporar. En diciembre de 1991 publiqué en el mismo diario una investigación periodística acerca de la venta por parte del secretario privado del Presidente de la República y de uno de sus asesores de leche contaminada para los programas de asistencia social del gobierno argentino. En el mismo mes edité un libro acerca de la corrupción gubernativa, titulado “Robo para la Corona”. Esa frase fue pronunciada por un ministro del Poder Ejecutivo Nacional quien, dada esa publicación, debió renunciar. A raíz de esas publicaciones, el Presidente de la República me calificó públicamente como “delincuente periodístico” y ordenó que se suspendiera toda publicación oficial en *Página/12*. La causa por desacato del juez Belluscio llevaba apenas unos meses en la Corte Suprema. El expediente fue solicitado durante la feria judicial de enero por el Juez Eduardo Moliné, quien redactó el voto condenatorio. Moliné es cuñado del jefe del servicio de inteligencia del gobierno nacional y uno de los miembros de la mayoría automática creada en 1990. Luego de firmada la sentencia, esa misma semana varios ministros del gobierno nacional presentaron querellas en mi contra por las investigaciones del libro. Un funcionario judicial de estrecha vinculación con el gobierno nacional dijo en un reportaje radial que la primera condena era un suspenso, pero la próxima sería de cumplimiento efectivo, por lo que yo debería elegir entre ir preso o escaparme del país. Fue la involuntaria revelación de este plan la que me indujo a buscar protección supranacional.

nos Raúl Zaffaroni, Jorge Vanossi y Germán Bidart Campos, del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, de la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), de la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa (FAT-PREN), y de la International Federation of Journalists.

Con el patrocinio de CEJIL y Human Rights Watch/Americas sugerí recurrir al procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48.1.f. de la Convención. El gobierno argentino, representado por la viceministra de Relaciones Exteriores para asuntos humanitarios, Zeimira Mireya Regazzoii, y por el embajador ante la OEA, Hernán Patiño Mayer, aceptó la propuesta y la Comisión designó como mediador a uno de sus miembros, Michael Reisman. Tanto los abogados que me representaron como mi persona renunciamos a cualquier compensación monetaria, ya fuera por daño moral u honorarios³, ya que nuestro objetivo no era el beneficio personal sino la modificación de un estado de cosas adverso para la libertad de expresión. El gobierno argentino se comprometió ante la Comisión a derogar la ley del desacato y anular la condena. Ambas partes formularon también un pedido conjunto a la Comisión: que se pronunciara acerca de la compatibilidad o no del tipo penal del desacato, tal como está contemplado en la legislación de los demás Estados partes, con los instrumentos interamericanos. En mayo de 1993 el Estado Nacional argentino cumplió con su compromiso. Por unanimidad de las dos Cámaras del Congreso, la ley 24.198/93 eliminó el tipo penal del desacato del Código Penal, y el 24 de febrero de 1994 la Cámara Nacional de Casación Penal revisó la condena, que quedó sin efecto. El 20 de setiembre de 1994 la Comisión comunicó que la derogación de la ley del desacato ponía a la ley argentina en armonía con la Convención, al eliminar la base legal para cualquier restricción gubernamental de la libertad de expresión garantizada en la Convención.

³ También renuncié a recuperar la indemnización de 10.000 dólares que había pagado al juez Belluscio.

El desacato en el resto de la región

En el Informe Anual de la Comisión correspondiente al año 1994, publicado por la Secretaría General de la OEA el 17 de febrero de 1995, el Capítulo V se tituló *Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*^{*}. Allí se sostuvo que “las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con el derecho de libertad de expresión y pensamiento” y con “el propósito fundamental de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”, consagrados asimismo en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. El Estado no debe usar en forma abusiva sus poderes “para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla”. Este informe sostuvo que las leyes que aún reprimen el desacato en Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, son incompatibles con ambos instrumentos. La Comisión les recomendó “derogarlas o reformarlas con el objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales, y a las obligaciones que a través de ellos han adquirido, armonizando de esa manera sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos”.

Los considerandos de la Comisión fueron más allá al establecer que tampoco son admisibles los juicios penales de funcionarios por calumnias e injurias a raíz del ejercicio de la libertad de expresión. El único camino compatible con un ordenamiento democrático son los juicios civiles y, aun antes de llegar a ellos, los funcionarios públicos deben demostrar “mayor tolerancia a la crítica”.

^{*} Nota de editor. Ver, en el Anexo Documental de este volumen, el texto completo de este *Informe*.

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

La Comisión citó decisiones previas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según las cuales el derecho de libre expresión interesa al “orden público democrático” y comprende dos aspectos: la libertad de expresar pensamientos e ideas así como el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas.

Al garantizar simultáneamente los derechos a expresar y recibir tales expresiones, la Convención fomenta el libre intercambio de ideas necesario para un debate público efectivo en la arena política. La Corte concluyó además que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

A partir de esta explícita definición considera posible incorporar toda la doctrina y la jurisprudencia europeas y de las Naciones Unidas, considerándolas como un piso sobre el que deben elevarse las instituciones americanas. La Comisión citó luego una opinión del Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto de la ONU en el caso *Hertzberg vs. Finlandia*, en la que declaró que gozan de esa protección no sólo la información o las ideas favorables sino también aquellas “que ofenden, resultan chocantes o perturban”. De modo que el derecho a la libertad de expresión “esta indisolublemente ligado a la existencia misma de una sociedad democrática”. Una sociedad libre, dijo, “es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”.

La CIDH mencionó entonces el muy conocido caso *Lingens*, fallado por la Corte Europea, a raíz de una condena impuesta a un periodista austriaco, violatoria del derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La Corte Europea rechazó incluso la imposición de una multa al periodista, por presunta ofensa al honor de un funcionario, y sostuvo que si bien *Lingens* se había referido a un funcionario en “un lenguaje que podía afectar su reputación, los artículos hacían referencia a problemas de gran interés para el público y muy controvertidos”. Añadió que “las armas verbales utilizadas eran previsibles en la arena política y que el debate abierto acerca de una decisión política controvertida era más importante que cualquier perjuicio a la reputación y el honor de los funcionarios públicos”. La Corte consideró que inclusive sanciones menores como la multa “podrían dar lugar a la autocensura, y disuadir así a los ciudadanos de participar en el debate sobre problemas que afectan a la comunidad”.

Un artículo de la Convención define las únicas restricciones permisibles: el respeto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional; el orden público o la salud o la moral públicas, pero nunca con censura previa, sino mediante “responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley”. Además, su interpretación debe tener en cuenta “las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas”, es decir, privilegiar la libertad sobre aquellos otros valores. Respecto de las leyes de desacato, la Comisión dice que otorgan injustificadamente a los funcionarios públicos una protección que no disponen los demás integrantes de la sociedad:

Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios

públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.

El derecho a la libertad de expresión procura estimular la participación en “debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad” y las limitaciones a la libertad de expresión pueden afectar no sólo a quienes se silencia directamente, sino también al conjunto de la sociedad. John Stuart Mill lo expresó claramente:

No son las mentes de los herejes las más deterioradas por la prohibición... Mayor es el daño que se inflige a quienes no son herejes, cuyo desarrollo mental se trunca y su razón se amedrenta portemora la herejía. No puede ser un gran pensador un hombre que no reconozca que, en tanto que pensador, su deber primordial es seguir los dictados de su intelecto a cualquiera sea la conclusión que lo conduzca. La verdad se enaltece más con los errores de quien, con debido estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones verídicas de aquellos que las sostienen únicamente porque no se toman la molestia de pensar.

En el caso argentino, la difunta figura del desacato no permitía al acusado probar la veracidad de sus afirmaciones. Pero a juicio de la Comisión inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa, como es el caso de los tipos penales de las injurias y las calumnias,

inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones, al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la

crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica. Además, la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como método para suprimir la crítica y los adversarios políticos. Más aún, al proteger a los funcionarios contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas.

El criterio de invertir la carga de la prueba fue establecido hace tres décadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el célebre caso *New York Times vs. Sullivan**, y se aplica no sólo a los juicios penales, sino también a los civiles. Cuando se trata de funcionarios gubernativos, son ellos quienes deben probar en los tribunales no sólo que las afirmaciones que los agravan son falsas, sino también que los periodistas o los medios las publicaron sabiendo de su falsedad, en forma deliberadamente maliciosa o con temeraria indiferencia por su veracidad. Como explica la Comisión Interamericana:

En una sociedad democrática las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuesta– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.

La aplicación en el marco interno

El 24 de febrero de 1994, la condena quedó sin efecto. Seis meses más tarde, la Constitución Nacional fue reformada y

* Nota del editor. Para una discusión más detallada sobre este caso y la doctrina de la real malicia ver, en este volumen: Bertoni, Eduardo Andrés, “ ‘New York Times Vs. Sullivan’ y la malicia real de la doctrina”.

confirió a los tratados internacionales de derechos humanos jerarquía superior a la de la propia ley⁴. La jurisprudencia establecida en este caso fue aplicada dos años después de su resolución en otra causa que afectaba la libertad de expresión, en la que fui querrellado por el propio Presidente de la República.

En 1993 el presidente Carlos Menem solicitó al Senado de la Nación la promoción al grado de Capitán de Navío de dos oficiales de la Armada acusados por graves violaciones a los derechos humanos. Uno de ellos había estado detenido y con prisión preventiva por privaciones ilegales de la libertad, tormentos y homicidios y recuperó la libertad gracias a la ley de obediencia debida. Artículos que escribí para el mismo diario *Página/12* generaron un apasionado debate público, como conclusión del cual el Senado les negó el acuerdo y ambos debieron pasar a retiro. En el transcurso de ese debate, que se extendió a lo largo de casi un año, el presidente dijo que él tenía autoridad moral para solicitar los ascensos ya que durante la última dictadura militar había sido torturado. En octubre de 1994 publiqué una investigación periodística que desmentía aquella pretensión, reproducía, entre otros, el testimonio de uno de sus compañeros de cautiverio, citado en una biografía de Menem que fue el libro más vendido del año anterior, muy crítico acerca del comportamiento de Menem en cautiverio⁵. A raíz de ese artículo el presidente me querelló por injurias, solicitando una

4 El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina dice que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional”.

pena de un año de prisión, e inició una paralela acción civil reclamando una indemnización.

En diciembre de 1996, luego de una audiencia oral y pública que tuvo extraordinaria repercusión en la Argentina, la jueza María Laura Garrigós de Rébora me absolvió, con fundamentos que mencionan otro tramo del ya citado informe de la CIDH sobre el desacato:

El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión... El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor.

El fallo sostuvo que los tribunales internos “deben velar para que las obligaciones asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, a través de los pactos signados, sean respetadas” y afirmó que

la investigación que hiciera el periodista y que plasmara en su artículo, no resulta más que el ejercicio de un deber, cual es el de informar a la sociedad sobre asuntos de evidente interés público. La finalidad de Verbitsky, al sostener que Menem faltaba a la verdad cuando decía haber sido torturado, es la de cumplir con el deber que le impone su profesión, correlato del derecho colectivo de recibir información.

5 Cerruti, Gabriela, *El Jefe*. Editorial Planeta, 1993. El autor del testimonio según el cual Menem “lloraba como un maricón” es del sindicalista Lorenzo Miguel.

Para la jueza “hablar de torturas y al mismo tiempo de [los oficiales Juan Carlos] Rolón y [Antonio] Pernías no deja lugar a dudas sobre qué acepción de la palabra se está usando”. No haber considerado el libro de Gabriela Cerruti al investigar los hechos públicos ocurridos durante la detención de Menem bajo la última dictadura “hubiera sido una omisión por parte de Verbitsky”. La frase no desmentida de Lorenzo Miguel tomada de ese libro se refiere “al ánimo del doctor Menem durante su cautiverio, y no a sus inclinaciones sexuales” y

la reproducción de la frase que hace Verbitsky resulta útil para reforzar la idea central del artículo cuestionado. Esta inclusión, con la que se propone enfatizar y probar lo que se viene afirmando, si bien puede encuadrar en el tipo de la figura por el que se querrela, halla justificación en el derecho del periodista de informar, echando mano de todos los medios documentales y testimoniales a su alcance, y en el derecho de la sociedad de ser informada.

Quien cumple con un deber no debe ser castigado y “la conducta justificada no es delito”. Estos considerandos del fallo implican el más explícito reconocimiento al rol que corresponde a la prensa en una sociedad democrática, en la que los funcionarios están sujetos al escrutinio de sus mandantes, los ciudadanos de la República en quienes reside la soberanía.

El presidente Menem apeló el fallo absolutorio, para lo cual tuvo que solicitar la inconstitucionalidad de dos artículos del Código de Procedimientos en Materia Penal que él mismo había promulgado unos años antes. Esos artículos impiden apelar las sentencias absolutorias cuando la pena solicitada hubiera sido inferior a tres años de prisión. La jueza Garrigós de Rébora rechazó la apelación el 5 de marzo de 1997, a partir de cuando el presidente tenía tres días hábiles para recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal, o diez días hábiles para presentar un recurso extraordinario ante la Corte Supre-

ma de Justicia. Está pendiente además la acción civil por el mismo caso.

Conclusiones

Los instrumentos del Sistema Interamericano funcionaron en este caso como un paraguas supranacional protector de derechos fundamentales. Por primera vez una ley nacional fue derogada y una condena dejada sin efecto a raíz de un caso abierto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El caso influyó además en la inclusión de los tratados de derechos humanos en la reformada Constitución Nacional Argentina y tuvo reflejo posterior en el derecho interno, en una causa iniciada por injurias por el propio Presidente de la República. El Informe de la CIDH también recomendó la derogación de las leyes de desacato aún vigentes en otros catorce países de la región y fijó normas de interpretación que también se extienden a las causas por calumnias o injurias, ya sean penales o civiles. Con el objeto de salvaguardar el derecho básico de la sociedad a estar informada, debe invertirse la carga de la prueba en causas que afecten a funcionarios públicos. Se presumirá la legitimidad de lo publicado y ellos deberán demostrar su eventual falsedad y la intención maliciosa de la publicación. De este modo la jurisprudencia interamericana se pone en línea con la europea (caso *Lingens*) y la estadounidense (*New York Times vs. Sullivan*). Este caso es una invitación para que las Organizaciones No Gubernamentales de la región utilicen los instrumentos jurídicos supranacionales como forma de control de las arbitrariedades de las distintas jurisdicciones nacionales, propiciando enmiendas liberales en su legislación y la adopción de una jurisprudencia moderna y garantista.

LA RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

Santiago CANTÓN

* La versión original de este artículo fue presentada en el IV Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Cartagena, Colombia, 3 y 4 de diciembre de 1998.

La Libertad de Expresión

La búsqueda, a nivel hemisférico, de la consolidación de los sistemas de democracia participativa basada en la justicia social, desarrollo sostenible y el pleno respeto de los derechos humanos de todas las personas, se ha convertido en el gran desafío de nuestros pueblos para el nuevo milenio. Las últimas dos décadas pasarán a la historia como fundamentales en cuanto a cambios políticos. Ciudadanos de todos los países han dejado atrás regímenes opresivos y autoritarios para recibir a gobiernos elegidos a través de elecciones libres y transparentes. Por medio de elecciones, que en muchos casos los dictadores creían controlar, se fueron derrotando los regímenes autoritarios y retornando a la democracia.

Las elecciones en este proceso no eran un aspecto más de la democracia, sino precisamente el instrumento para lograrla. Desgraciadamente, elecciones pasó a asociarse demasiado con democracia y ahí finalizaron los intentos por profundizarla. Se debe fomentar la consolidación de nuestras nacientes democracias, fortaleciendo las instituciones; el respeto y reconocimiento de los derechos humanos; un Poder Judicial y Legislativo independientes y eficaces; un sistema de partidos políticos que faciliten una comunicación fluida entre los ciudadanos y sus líderes; una sociedad civil participativa y sobre todo una amplia libertad de expresión basada en un libre acceso a la información que asegure la existencia de una ciudadanía bien informada para tomar sus decisiones.

La libertad de expresión juega un papel fundamental en el desarrollo y consolidación de los procesos democráticos, debi-

do a que es indispensable para la formación de la opinión pública. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión es fundamental para que

los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está plenamente informada no es plenamente libre¹.

La libertad de expresión comprende el derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. En este sentido, ésta tiene una doble dimensión: comprende el derecho de cada persona de no ser menoscabada o impedida de manifestar su propio pensamiento; y al mismo tiempo comprende un derecho colectivo, a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

¿Qué es la Relatoría?

La libertad de expresión en los países del hemisferio es una de las principales preocupaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por esta razón y por los múltiples requerimientos de distintas organizaciones y representantes de la sociedad de las Américas, la CIDH decidió crear la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, que opera dentro del marco jurídico de la Comisión. Esta institución cuenta con el apoyo de los jefes de Estado y Gobierno del hemisferio quienes, durante la Segunda Cumbre

1 Véase, Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr.47-48.

(Nota del editor. Ver el texto completo de esta decisión en el Anexo Documental de este volumen.)

de las Américas celebrada en abril de 1998 en Chile, hicieron pública su preocupación sobre el estado de la libertad de expresión en sus países y apoyaron su creación².

Entre otros objetivos, la Relatoría ha sido creada para estimular la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión, considerando el papel fundamental que la misma juega en la consolidación y el desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y la protección de los demás derechos humanos. Es su tarea, además, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros de la OEA sobre materias relacionadas con la libertad de expresión, a fin de que se adopten medidas progresivas a su favor; elaborar informes y estudios especializados sobre libertad de expresión y actuar prontamente respecto a aquellas peticiones y otras comunicaciones en que se señale que este derecho está siendo vulnerado en algún Estado miembro de la OEA.

Principales problemas de libertad de expresión

Son varios los puntos importantes para el fortalecimiento de la libertad de expresión. Por un lado, es necesario el desarrollo de una legislación adecuada que garantice una amplia libertad de expresión, tal como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En algunos países aún existen leyes de desacato, censura previa y calumnias e injurias*. Estas leyes son utilizadas para silenciar a los periodistas. En otros casos, se observa falta de legislación en temas como acceso a la información en poder del Estado, *habeas data* y escasa regulación en

2 Declaración de Santiago, Segunda Cumbre de las Américas, 18-19 de abril de 1998, Santiago, Chile, en *Documentos Oficiales del Proceso de Cumbres de Miami a Santiago*, Volumen I, Oficina de Seguimiento de Cumbres, Organización de Estados Americanos.

* Nota del editor. Sobre el tema ver, en este volumen, "El Pacto de San José, constitución de los derechos humanos para los Estados partes" de Horacio Verbitsky.

cuanto a la igualdad de oportunidades en el acceso a concesiones de radio y televisión.

La prensa y otros comunicadores sociales han adquirido gran importancia en los últimos años. La debilidad de las instituciones democráticas socava el control que naturalmente debe darse entre los poderes del Estado y es en estas situaciones cuando la prensa emerge como fiscalizadora de las autoridades mediante denuncias e informaciones. Quizás por esta misma razón, hoy, América Latina es la región del mundo más peligrosa para el ejercicio de la profesión de periodista; por lo menos 150 periodistas han sido asesinados en las últimas décadas y muchos otros amenazados e impedidos de ejercer su labor*.

Es importante señalar además que el Estado es el responsable de investigar y sancionar efectivamente a los autores de las prácticas violatorias de la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy clara en este punto:

Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención³.

En algunos casos, el Poder Judicial es ineficiente cuando debe investigar efectivamente un hecho y sancionar a los responsables. La falta de una investigación seria y de eventuales

* Nota del editor. Sobre la relación de los medios de comunicación y la libertad de expresión ver, en este volumen, los artículos del Capítulo V y, del Capítulo IV, el artículo de Fernando Rospigliosi.

3 Véase Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr.172.

sanciones transmite un mensaje de inseguridad a todas aquellas personas que realizan estas investigaciones sobre atropellos, abusos e irregularidades. En definitiva se busca que la prensa guarde silencio o se haga cómplice de aquellas personas o instituciones que realizan actos abusivos o ilegales.

Se necesita la voluntad política de los gobiernos de proteger la libertad de expresión, de establecer una legislación adecuada y de propender al fortalecimiento de un Poder Judicial independiente y eficaz que garantice el pleno ejercicio de este derecho.

Por otro lado, la pobreza y marginación social en que viven amplios sectores de la sociedad en América Latina también afectan el derecho de libertad de expresión de los ciudadanos, ya que sus voces se encuentran postergadas y fuera de cualquier debate.

Asimismo, la discriminación de la mujer atenta contra la libertad de expresión; su marginación de los espacios públicos de discusión implica privar a la sociedad de escuchar a la mitad de la población. Actualmente, por ejemplo, la representación parlamentaria de la mujer es sólo del 15.3% en toda América. La libertad de expresión encuentra en la participación política activa a uno de los mecanismos para lograr que las fuertes desigualdades en que hoy se encuentra la mujer tengan posibilidades de solución, a través de mecanismos democráticos.

Funcionamiento y Dinámica de la Relatoría

Entre las actividades que realiza el Relator Especial se encuentra la de acompañar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando ésta realiza una visita *in loco* a algún país miembro de la OEA. Desde que asumió su cargo, el Relator Especial acompañó a la Comisión en sus dos últimas visitas *in loco*, una de ellas fue a Perú, en noviembre de 1998, y la otra a Paraguay en julio de 1999.

La Relatoría prepara informes sobre la situación de la libertad de expresión, los cuales se presentan para la aprobación de la Comisión y para su publicación. Para la elaboración de dichos informes, el equipo de la Relatoría trabaja con la información obtenida por el Relator Especial durante sus visitas, con la que faciliten los gobiernos y otros organismos de la administración del Estado y con toda otra información aportada por distintos organismos de la sociedad civil y particulares interesados en el tema.

La Relatoría elabora todos los años un informe anual sobre la situación de la libertad de expresión en los países del hemisferio. Aquellos casos en los cuales existe una especial preocupación por el estado de la libertad de expresión son analizados con mayor profundidad. Estos informes deben ser aprobados por la Comisión para luego ser incluidos en sus informes anuales.

Por otra parte, cuando la libertad de expresión es violada o coartada de alguna manera en algún Estado miembro de la OEA, el Relator Especial se pone en contacto con los representantes del gobierno para buscar una solución al problema o se pronuncia a través de comunicados de prensa manifestando su preocupación.

Este año el Relator Especial viajó a Guatemala en respuesta a una invitación del presidente Alfonso Portillo. La Relatoría organizó conjuntamente con la Presidencia una conferencia que se tituló “*El derecho de acceso a la información en Guatemala*”, como parte de un proyecto del gobierno guatemalteco para colaborar en la redacción de una ley de acceso a la información y *habeas data*. Para la conferencia la Relatoría invitó a expertos internacionales, quienes posteriormente asesoraron a los legisladores en la redacción de una ley sobre acceso a la información.

El principal inconveniente para la solución de problemas vinculados a la libertad de expresión es la falta de conocimiento

e información. El desconocimiento es la mejor garantía para la perpetuación de los problemas. La Relatoría recibe diariamente información y alertas de posibles violaciones del derecho a la libertad de expresión. Dicha información es enviada por distintas organizaciones no gubernamentales y periodistas independientes a la siguiente dirección de email: *CIDHRela@oas.org*. Por otro lado, la Relatoría a través de esta vía envía los comunicados de prensa que emite, los informes que realiza y cualquier otro tipo de información.

La Relatoría está poniendo en marcha y fomentando una red hemisférica informal de personas interesadas en la libertad de expresión. Esta red permite un fluido rápido de información y una respuesta inmediata de la Relatoría en los casos que el derecho a la libertad de expresión esté siendo violado. Actualmente se recibe información por parte de organizaciones independientes de defensa y protección de la libertad de expresión, comunicadores sociales y periodistas de Perú, Venezuela, Argentina, Colombia y Paraguay, entre otros. El objetivo de la Relatoría es organizar periódicamente foros regionales que garanticen la expansión de esta red. En abril del presente año, la Relatoría organizó un foro regional en San José, Costa Rica, titulado “*Fortaleciendo redes electrónicas para la Protección de Periodistas*” al que asistieron periodistas de todo Centroamérica.

Conclusiones

La difusión sobre el carácter amplio de la Relatoría como ente de promoción, defensa y protección de la libertad de expresión permitirá que diversos sectores de las sociedades del hemisferio acudan a la Relatoría para proteger su derecho a emitir, difundir y recibir información dentro del contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, permitirá una toma de conciencia más profunda sobre la importancia de la protección de la libertad de expresión en todas sus manifestaciones.

En casi dos años de existencia la Relatoría se ha constituido como un fuerte propulsor de reforma legislativa en materia de libertad de expresión. A través de los lazos que ha establecido con los Estados miembros y organismos de la sociedad civil, esta oficina ha iniciado un proceso de colaboración para la puesta en marcha de iniciativas que promuevan la modificación de leyes que limitan el derecho a la libertad de expresión como así también para la inclusión de leyes que expanden el derecho de los ciudadanos a participar activamente en el proceso democrático a través del acceso a la información.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y SEGURIDAD NACIONAL
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Viviana KRSTICEVIC

José Miguel VIVANCO

Juan E. MÉNDEZ

Drew PORTER

* La versión original, en inglés, de este artículo (“The Inter-American System of Human Rights Protection: Freedom of Expression, National Security Doctrines and the Transition to Elected Governments”) fue publicada en el libro *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, editado por Coliver, Hoffman, Fitzpatrick and Bowen, publicado por Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Introducción

En distintos países americanos la seguridad nacional ha servido como justificación en numerosos casos de violación a los derechos humanos¹. Los gobiernos han encarcelado, violado y asesinado a sus opositores políticos, han restringido la libertad de pensamiento y de expresión, y han atropellado las garantías judiciales y el derecho a ser escuchado, y luego han citado intereses de seguridad nacional para legitimar sus acciones. Si bien, bajo circunstancias apropiadas, la seguridad nacional puede considerarse una razón válida para limitar la libertad de expresión y otros derechos, en la historia reciente de América Latina las élites militares la han utilizado para justificar la supresión de los derechos por encima de las limitaciones permitidas en el derecho internacional.

Jorge Rafael Videla, en aquel entonces Presidente *de facto* de la República de Argentina, ofreció en una entrevista un ejemplo extremo del abuso del tema de la seguridad nacional para justificar la supresión de la oposición política o ideológica. Al preguntarle los corresponsales extranjeros sobre la desaparición de una mujer minusválida, contestó que ella podría haber

1 La seguridad nacional ha sido una justificación recurrente de gobiernos y militares para limitar o derogar los derechos humanos. A partir de los años sesenta, las preocupaciones por la seguridad nacional adquirieron la forma más desarrollada de una “doctrina de seguridad nacional” – un apoyo ideológico para la lucha contra el comunismo, considerado el “enemigo interno” – lo que influyó en las intervenciones de los militares en la política latinoamericana. Ver Collier, David, *The New Authoritarianism in Latin America*. Princeton University Press, 1989. El informe oficial argentino *Nunca Más*, sobre las desapariciones durante la dictadura militar de 1976 a 1983, consideró su doctrina como el marco ideológico de la represión. *Nunca Más: informe de la comisión nacional sobre la desaparición de personas*. EUDEBA, 1984, pág. 473.

sido culpable de un “crimen ideológico” en el contexto de una guerra ideológica que amenazaba a la Nación². Al encontrarse en una posición de autoridad, los representantes del gobierno pueden abusar de la seguridad nacional, identificando sus intereses como actores políticos con los intereses más amplios del Estado. No logran distinguir entre la seguridad del Estado y la seguridad de su propio gobierno o partido. La seguridad nacional no debe utilizarse para justificar una restricción a los derechos con el fin de promover una sola perspectiva ideológica o política.

Durante las décadas de los 80 y los 90, los regímenes militares en América Latina fueron en su mayoría reemplazados por gobiernos elegidos democráticamente, dando como resultado un incremento significativo en el ejercicio de los derechos, sobre todo el derecho a la libertad de expresión. Desgraciadamente, la ideología de la seguridad nacional no necesariamente ha muerto con la desaparición de los regímenes que fundaron en ella su razón de ser. El abuso de la seguridad nacional para restringir los derechos debe ser analizado en el contexto del difícil debate sobre las relaciones entre civiles y militares en un entorno democrático. Los gobiernos democráticos han heredado y trabajan dentro de estados y sistemas de gobierno acostumbrados al ejercicio autoritario del poder y, en muchos casos, dependen del mismo. Es así como estos gobiernos siguen abusando de la seguridad nacional para justificar la violación de derechos, en algunos casos explícitamente. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el tema de la seguridad nacional ha sido presentado bajo otro disfraz.

En México, la seguridad nacional fue utilizada para justificar el encarcelamiento del General de Brigada Gallardo, situación que subrayó la necesidad de tener un defensor de los

derechos humanos para los militares. El problema se suscitó cuando una revista publicó un extracto de la tesis de maestría del General Gallardo, tesis en la cual documentaba abusos a los derechos humanos por parte de los militares ensayando, además, algunas respuestas posibles. La Secretaría de la Defensa calificó el estudio de Gallardo como una “divulgación de conceptos totalmente negativos sobre las fuerzas armadas de México con el propósito de deshonar, agraviar y desacreditar las fuerzas armadas a los ojos del pueblo”³. Desde noviembre de 1993 el General Gallardo ha sido retenido en una cárcel militar en la ciudad de México acusado de difamación y crímenes contra el honor militar⁴. El ejército mexicano también ha entablado un juicio contra el editor de la publicación, una revista mensual titulada *Forum*⁵.

En el Perú, las leyes antiterroristas promulgadas en el año 1992 han establecido varias disposiciones que limitan la libertad de expresión, contraviniendo las responsabilidades internacionales del Perú. Bajo las leyes antiterroristas, el comportamiento tipificado como “terrorista” incluye las frases “provo-

3 *Proceso*, 27 de diciembre de 1993, 1, págs. 9-11; citado en: “Stifling Human Rights Advocacy in Mexico: the Censure of Brigadier General Jose Francisco Gallardo Rodriguez”, *Human Rights Observer*. Minnesota Advocates for Human Rights, Mayo 1994.

4 Minnesota Advocates *supra* nota 3, 1, pág. 5. El General Gallardo está acusado bajo el *Código de Justicia Militar*, Artículos 280 y 407, Sección IV. El Artículo 280 forma parte del Título 8, “Crímenes contra la Existencia y la Seguridad de los Militares”, y prohíbe “el insultar, difamar, o calumniar o hacer declaraciones injuriosas sobre los militares o sus instituciones”. El Artículo 407 forma parte del Título 11, Capítulo 7, “Crímenes contra el Honor Militar”. La Sección IV del Artículo 407 prohíbe cualquier acto u omisión “que difunde información que podría resultar en falta de apoyo o antipatía hacia el ejército”. Una petición contra México fue presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue decidida durante el 92º período de sesiones extraordinarias. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, Washington D.C., 1997, Informe Número 43/96.

5 “Despite Gains, Press Freedom in Mexico Still Limited”, *The New York Times*, 20 de noviembre de 1994, pág. A3.

2 McSherry, J. Patrice, *Incomplete Transition: Military Power and Democracy in Argentina*. St. Martin’s Press, New York, 1997, pág. 85.

cando ansiedad” y “afectando las relaciones internacionales”. Este comportamiento también incluye “la apología del terrorismo”, lo que podría significar tan sólo la defensa de actos cometidos por guerrilleros o terroristas o, incluso, el hecho de no encontrarlos condenables. Se puede imponer la pena de muerte por el delito de terrorismo⁶.

Aunque democráticamente elegidos, los gobiernos latinoamericanos de hoy mantienen un carácter semi-autoritario caracterizado por graves violaciones al principio de la separación de poderes. Con frecuencia el Poder Ejecutivo ha hecho caso omiso de los Poderes Legislativo y Judicial⁷. Mientras que habitualmente las democracias respetan la libertad de expresión, muchos gobiernos democráticos en Latinoamérica permanecen alertas y suprimen las críticas. Siguen empleando mal la seguridad nacional para limitar la libertad de expresión, ya sea bajo la forma de una preocupación por el respeto que se debe otorgar a las autoridades, la necesidad de proteger los secretos de estado o la promoción de una “reconciliación” mal definida entre civiles y militares. La seguridad nacional como justificación se ha vuelto cada vez más difusa y menos precisa.

La libertad de expresión es la piedra angular tanto de una sociedad democrática como de la autonomía personal⁸. Esta debe desempeñar una labor vital en la consolidación de las nuevas democracias latinoamericanas y en la expansión de la autonomía y los derechos que disfrutaban los ciudadanos bajo estos

6 “Peru: the Two Faces of Justice”, *Human Rights Watch/Americas*, Vol. 7, No. 9, julio 1995, pág. 3.

7 Guillermo O’Donnell las califica como “democracias delegativas” en su artículo “Delegative Democracy?”, Working Paper #172, Helen Kellogg Institute for International Studies, marzo de 1992. Ver, sobre todo, págs. 2-3 y 6-10.

8 Ver, por ej., *The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report* por Danilo Türk y Louis Joinet, Relatores Especiales, U.N. Doc.E/CN.4/1992/9 pág. 1. (“El derecho a la libertad de expresión es un medio decisivo de cambio social y, como tal, siempre estará en el centro de las luchas y el discurso político...”).

regímenes. Si la libertad de expresión está ausente, el concepto de opciones políticas se vuelve una ficción y la democracia se convierte en ilusión. Empero, los gobiernos latinoamericanos no comprenden plenamente la función de la libertad de expresión para la promoción del orden democrático. Esto se manifiesta en los intentos erráticos por relacionar la libertad de expresión con otros “valores” como el orden público, la honra de los personajes públicos y privados, y la seguridad nacional. La mala redacción de leyes y sentencias evidencia esta tendencia, pero se encuentra también presente en los medios extrajudiciales utilizados por oficiales militares y paramilitares para restringir la libertad de expresión⁹.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha desempeñado un papel vital en la defensa de los derechos en el período de las dictaduras totalitarias, y es lógico que en la nueva era democrática muchos latinoamericanos se vuelvan hacia el sistema para que ayude a definir el alcance de la libertad de expresión. Las normas interamericanas establecidas para la promoción y protección de este derecho, son más amplias que las leyes internacionales existentes sobre la misma. El marco adjudicatorio del sistema promete, pero todavía se encuentra en ciernes. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) han contribuido en forma significativa al avance del derecho internacional en áreas esenciales de la protección de los derechos humanos. No obstante, la jurisprudencia que han desarrollada hasta la fecha en relación con la libertad de expresión es limitada. Es importante subrayar que hasta el momento no han tenido la ocasión de interpretar el Artículo 13.2.b de la Convención Americana

9 Programa Venezolano de Educación-Acción por los Derechos Humanos (PROVEA), *Situación de los derechos humanos en Venezuela*. Edisil, 1993, págs. 59-64. Carta del Comité de Abogados por los Derechos Humanos, Red de Abogados a Abogados, con respecto al abogado chileno, Héctor Salazar Ardiles, abril/mayo 1994.

sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) que permite restricciones a la libertad de expresión para proteger la seguridad nacional. Sin embargo, las decisiones y Opiniones Consultivas de la Corte, y los informes de la Comisión, permiten vislumbrar cómo podría interpretarse y aplicarse esta cláusula en el futuro*. Este artículo analiza la jurisprudencia y las normas relevantes, ofrece algunas comparaciones con la ONU y otros sistemas regionales y trata de extraer de éstos algunas conclusiones sobre la compleja relación entre la libertad de expresión y la seguridad nacional.

Las Normas Sustantivas

Quienes redactaron la Convención tenían dos objetivos centrales respecto a la protección de la libertad de pensamiento y de expresión: la autonomía de los individuos (al proteger su derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas) y el funcionamiento fluido del sistema democrático (al asegurar el libre intercambio de ideas dentro de la sociedad). La Corte ha destacado esto último:

La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse¹⁰.

Por otra parte, los redactores pretendían reforzar la protección de la libertad de expresión al incluir una prohibición absoluta de la previa censura, prohibición que no está formu-

* Nota del editor. Ver, en el Anexo Documental de este volumen, el texto completo de los informes de la Comisión y las decisiones de la Corte más relevantes al respecto.

10 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 19 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 69.

(Nota del editor. Ver el texto completo de esta decisión en el Anexo Documental de este volumen.)

lada expresamente en ningún otro de los principales tratados de derechos humanos. El Artículo 13 dispone:

Libertad de Pensamiento y de Expresión

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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Es así como la Convención ofrece un marco amplio para el debate sobre el tema, pues protege tanto el derecho a estar informado y a buscar información¹¹ como el derecho de respuesta¹². Los Estados tienen el deber de proporcionar un ambiente donde los individuos se sientan seguros para ejercer su libertad de expresión sin que ésta les implique una amenaza o perjuicio por parte de las autoridades públicas o de actores privados. En *el Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, la Comisión declaró que “las autoridades del Estado no sólo deben proporcionar protección adecuada, sino denunciar y repudiar explícitamente [campañas llevadas a cabo por individuos contra los que manifiestan su oposición al gobierno], investigar a los responsables, y enjuiciarlos o censurarlos administrativamente”¹³.

11 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13.1.

12 *Idem*, Artículo 14.

13 CIDH, *Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. OEA/Ser. L/V/II. 83 Dic. 16 rev. 1 ro de junio de 1993, pág. 85.

La libertad de expresión recibe mayor protección bajo la Convención que bajo el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights*) (en adelante ICCPR), la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Básicas (en adelante ECHR) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (*African Charter on Human and Peoples' Rights*) (en adelante la Carta Africana). Según ha declarado la Corte:

La comparación hecha entre el Artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (Artículo 10) y el Pacto (Artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas¹⁴.

Primero, el Artículo 13.2 contiene una prohibición explícita de previa censura, prohibición que no está incluida en los otros tratados. En segundo lugar, se puede restringir la libertad de expresión solamente para proteger los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. El ICCPR permite restricciones por estos motivos y también para proteger el “*ordre public*”¹⁵. La ECHR también permite restricciones para proteger la integridad territorial o la seguridad pública, la confidencialidad de información recibida en confianza, y la autoridad e imparcialidad del poder judicial. La Carta Africana permite restricciones al libre flujo de información e ideas en tanto que éstas están declaradas en el derecho nacional.

Sin embargo, es probable que la Convención ofrezca menos protección a la “libertad de pensamiento” que el ICCPR, que extiende protección absoluta a la “libertad de opinión”. La Convención adjunta la misma cláusula de restricciones al artículo sobre la libertad de pensamiento como al artículo sobre libertad de expresión, mientras que el ICCPR hace una distinción textual entre ellos en su Artículo 19 y estipula restricciones solamente con respecto a la libertad de expresión.

A. Restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión

El Sistema Interamericano permite algunas restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión. En la Opinión Consultiva acerca de “la colegiación de periodistas”¹⁶, la Corte declaró que la libertad de expresión y de pensamiento juegan un papel crucial en el debate público. La Convención otorga “un inmenso valor” a este derecho, y es escéptica de cualquiera restricción. Según explicaremos más adelante, las restricciones permitidas bajo la Convención son más limitadas que las permitidas por el ICCPR o la ECHR.

La Convención tiene reglas generales para la interpretación de las restricciones que pueden aplicarse a los derechos que garantiza. En el caso específico de la libertad de pensamiento y de expresión, estas reglas están complementadas por las limitaciones específicas establecidas en el Artículo 13 que son aplicables únicamente a la libertad de expresión.

Según las reglas generales establecidas en la Convención, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino más bien un derecho que admite restricciones. En el Artículo 32.2 de la Convención se afirma que “(l)os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de

14 OC-5/85 *supra* nota 10, párr. 50.

15 Se considera que esta expresión cubre una gama más amplia de circunstancias que la de “orden público”.

16 OC-5/85, *supra* nota 10, párrs. 30-32.

todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁷.

1. Las normas generales para la restricción de derechos en el Sistema Interamericano

La Convención tiene varias normas generales para la restricción de derechos.

a. Las restricciones no pueden comprometer el derecho mismo. Este principio deriva de la norma básica para la interpretación de tratados que exige que los tratados sean interpretados de buena fe y a la luz de su objetivo y fin¹⁸. Este principio aparece en el Artículo 29.a de la Convención:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

La Corte ha aplicado este requisito en repetidas ocasiones¹⁹. La Convención permite que se limiten los derechos pero no

que se supriman. El objetivo y el fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad”²⁰. En el mismo sentido, la Corte dice que “según la Convención (Artículo 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella”²¹.

Esta norma es crucial cuando se aplica a la libertad de expresión, y la Comisión y la Corte la han aplicado en repetidas ocasiones. La Constitución de Cuba subordina la libertad de expresión a “los objetivos de la sociedad socialista”²². En su Séptimo Informe sobre Cuba, la Comisión abordó la legalidad de restringir los derechos de esta manera.

Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos son siempre esenciales; ... responden a la necesidad de armonizar el ejercicio de diferentes derechos y así garantizar la observación de todo derecho; la función del Estado es producir esta armonización en situaciones concretas, restringiendo el ejercicio de derechos únicamente con este propósito. En el caso de [Cuba] la perspectiva es otra: es el ejercicio de los derechos que debe adaptarse a los objetivos del

sultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 33; *Restricciones a la pena de muerte (Artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párrs. 48-49; *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 21 (Nota del editor. Ver el texto completo de esta decisión en el Anexo Documental de este volumen); OC-6/86, *supra* nota 17; *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (Artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrs. 14 y 21.

20 Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos*, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, No. 2, párr. 29.

21 OC-6/86, *supra* nota 17, párr. 14. Esta norma general también fue reconocida por un grupo de expertos reunidos en Siracusa, Sicilia, en abril y mayo de 1984, donde establecieron una serie de principios para evaluar las restricciones y derogaciones de los derechos. Los Principios de Siracusa, *supra* nota 18, principio 2.

22 Artículo 52 de la Constitución de Cuba, 1976.

17 Este principio general de derecho internacional también ha sido apoyado por la jurisprudencia de la Corte, *inter alia*, en Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6.

18 La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31. Ver, “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, U.N. Doc.E/CN.4/1985/4 párr. 2; y *The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report* por Danillo Turk y Louis Joinet, cit. *supra* nota 8, párr. 20 (“No obstante, tales restricciones sólo se pueden considerar aceptables si no comprometen al principio mismo”).

19 Corte I.D.H., “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Con-

Estado. ...es el Estado que restringe sus acciones frente a los derechos de los individuos; en el caso de Cuba, es el individuo quien debe restringir sus derechos frente a los objetivos perseguidos por el Estado²³.

Un compromiso constitucional con una filosofía política específica pone en peligro los derechos. Es una restricción que se vuelve más importante que el derecho mismo. Según los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, si “el derecho debe ser efectivo, su ejercicio no debe vincularse a una filosofía pública específica. La expresión de ideas de ‘cualquier tipo’... es un ingrediente esencial de la verdadera libertad de expresión”²⁴.

En la práctica, las leyes cubanas han socavado la libertad de expresión y el debate político en función de una idea mal concebida de la seguridad nacional. Las autoridades utilizan medios jurídicos y extrajurídicos para silenciar a sus críticos, incluyendo los supervisores de los derechos humanos y los activistas y defensores de la democracia. Se aplican fuertes penas judiciales por muchos “crímenes de pensamiento” contra el Estado²⁵:

Cuba no tiene ni las leyes ni las instituciones que protegerían los derechos básicos civiles y políticos en forma permanente. No hay una prensa libre. Sólo los medios de comunicación propiedad del Estado pueden operar legalmente. La auto-censura por parte de los periodistas es la norma. El Departamento de Orientación Revolucionario del Partido Comunista suministra recomendaciones sobre los límites a la expresión. La libertad de expresión está controlada por leyes que prohíben y sancionan “la propaganda enemiga”, “la

impresión clandestina”, y “la difamación de instituciones públicas”... Por insultar al Presidente Fidel Castro, los cubanos enfrentan encarcelamiento por hasta tres años²⁶. (La traducción es de los autores.)

b. La Convención establece criterios para la correcta interpretación de las restricciones permitidas, en atención a la norma, arriba expuesta, que impide que las restricciones de un derecho específico comprometan el derecho mismo²⁷. La jurisprudencia de la Corte es consecuente con esto. Al discutir el compromiso de los estados de respetar los derechos reconocidos en la Convención, la Corte ha hecho una diferencia entre las obligaciones de los estados cuando los derechos están restringidos, y las obligaciones de los estados cuando los derechos están garantizados. Un estado sólo puede restringir derechos mediante un procedimiento específico, es decir, tiene la obligación de emitir legislación al respecto. Por el contrario, la obligación de los estados de garantizar los derechos es una obligación de resultado: cualquier medida que logre este resultado es suficiente²⁸. En casos que involucran el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha utilizado esta distinción para otorgar la máxima protección a los individuos en el ejercicio de sus derechos²⁹.

26 *Idem*.

27 Ver Artículo 29.a *in fine*, y 29.b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

28 Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Artículos 14(1), 1(1) y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 19, párr. 33.

29 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 10, párr. 52. Asimismo, los comentaristas mencionan este principio reiteradamente como un principio crítico al analizar las restricciones; además, diferentes aspectos del mismo han sido reconocidos en varios de los Principios de Siracusa *supra* nota 18, principios 1, 3 y 4.

23 CIDH, “La Situación de los Derechos Humanos en Cuba, Séptimo Informe”, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, pág. 62.

24 U.N.Doc.E/CN.4/1992/9, *supra* nota 8, párr. 32.

25 “Cuba: Stifling Dissent in the Midst of Crisis”, *Human Rights Watch/Americas*, Vol. 6, No. 2, 4 de febrero de 1994.

c. La necesidad de una definición precisa de la seguridad nacional en el contexto de la libertad de expresión nace de los dos principios que acabamos de mencionar. Si se define la seguridad nacional según las normas generales de interpretación, esta definición debe ser restrictiva. Muchas veces se han planteado inquietudes en relación a definiciones ambiguas o imprecisas³⁰. Aún más, hay quienes consideran que solamente se compromete la seguridad nacional de manera legítima si hay una amenaza general a la Nación³¹.

Siguiendo los criterios antes detallados, en varias ocasiones la Comisión ha evaluado las restricciones a la libertad de expresión basándose en una definición estricta de la seguridad nacional. En su “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua” de 1981, la Comisión examinó la cuestión de la necesidad de una definición clara de manera específica:

En la opinión de la Comisión, solamente se justifica una restricción a la libertad de la prensa cuando el orden y la seguridad del Estado son realmente comprometidos. Tal restricción sólo puede estar en vigor por un **tiempo limitado que ha sido divulgado**, y bajo **ciertas circunstancias específicas**. La legislación en vigencia puede resultar en abusos graves, a causa de su gran ambigüedad y amplitud. Cuando la libertad de prensa está comprometida, cualesquiera restricciones deben ser **claramente establecidas** para que cualquier persona pueda saber qué actividades están prohibidas o deben ser sujetas a censura. Las expresiones tales como: “o que en

cualquier forma dañan o comprometen la estabilidad económica de la Nación” o “perjudican a la defensa nacional” u otros casos similares, que se encuentra en Decretos Nos. 511 y 512 y ahora incorporado en el Decreto No. 708 que modifica la Ley sobre los Medios de Comunicación, dan a las autoridades gubernamentales una tal discreción que representa un riesgo para la libertad de expresión establecida en el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (destacado en el original)³².

La Comisión ha aplicado estos criterios, evitando ciertos abusos relacionados a la invocación de amenazas a la seguridad nacional, como cuando critica la existencia de “crímenes de opinión”:

Es igualmente evidente que en algunos casos, se ha perpetuado los estados de emergencia mucho más tiempo de lo necesario para salvaguardar la seguridad nacional, o ellos han adquirido las características de una verdadera persecución con motivos ideológicos. De hecho, algunas disposiciones legales han sido emitidas estableciendo “crímenes de opinión”, eso es, crímenes que nacen de las creencias de una persona, sin que estas creencias necesariamente constituyan actos dañinos manifiestos³³.

El mero hecho de sostener o divulgar una doctrina política específica se ha vuelto un acto criminal. El crimen se extiende a cualquier expresión de pensamiento político, sociológico, económico, histórico o filosófico derivada de las enseñanzas de Karl Marx y sus seguidores³⁴. (La traducción es de los autores).

En el contexto de los estados de emergencia, y en la práctica, la Comisión ha utilizado, por omisión, el concepto de

30 Los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y de Expresión manifestaron su inquietud, al hablar de “[r]estricciones con el fin de proteger la seguridad nacional y los secretos de Estado. A este respecto, se deben mencionar los problemas que nacen de la ambigüedad en las disposiciones que definen el concepto de secretos militares o del Estado, etc. o la penalización de la instigación a la traición o a la sedición. Aquí, de nuevo, hay que ejercer cautela; la palabra ‘sedición’ puede interpretarse de manera muy amplia y ser utilizada para prohibir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión”. U.N.Doc.E/CN.4/Sub.2/1992/9, cit. *supra* nota 8, párr. 7.

31 Principios de Siracusa, cit. *supra* nota 18, principios 29-32.

32 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua*. OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 25, 30 de junio de 1981, pág. 118, párr. 6. Ver, igualmente, CIDH, *Informe Anual*. 1972, pág. 32.

33 CIDH, *Informe Anual*. OEA/Ser.L/V/II.30, doc. 45 rev.1, 12 de octubre de 1973, págs. 34-35.

34 CIDH, *Ten Years of Activities: 1971-1981*. Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1982, pág. 332.

la seguridad nacional para evaluar la existencia de una amenaza real y evaluar la validez de las derogaciones de derechos³⁵.

La Comisión entiende que todas las restricciones que hay que imponer tienen que ser interpretadas de manera muy estrecha y aplicadas hasta donde están justificadas por la situación de emergencia real creada³⁶.

Los gobiernos pueden restringir derechos con el fin de proteger la seguridad nacional. Aún más, la Comisión ha reconocido que, bajo algunas circunstancias, los gobiernos tienen la obligación de hacerlo:

En la vida de cualquier Nación, las amenazas al orden público o a la seguridad personal de sus habitantes, por personas o grupos que utilizan la violencia, pueden alcanzar tales extremos que se hace necesario, en forma temporal, suspender el ejercicio de ciertos derechos³⁷.

2. Las normas específicas para restringir el derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

En el Artículo 13, la Convención indica normas específicas para evaluar las restricciones permisibles a la libertad de expresión.

La Corte ha establecido tres principios básicos para determinar la validez de las restricciones: primero, se prohíbe en forma absoluta la censura previa; segundo, los gobiernos deben utilizar la responsabilidad ulterior para controlar la libertad

35 James Oraá cita varios ejemplos en *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Clarendon Press, 1992, pág. 54.

36 CIDH, *Cuarto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. cit. *supra* nota 13, p. 80.

37 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina*, OEA/Ser. L/V/II. 49, doc 19 corr. 1, 11 de abril de 1980.

de expresión, según criterios específicos; y tercero, se prohíben absolutamente las restricciones indirectas a la libertad de expresión.

a. La prohibición absoluta de la censura previa

La Convención prohíbe la censura previa, con una sola excepción: cuando se promulga una ley con “el único objeto de regular el acceso a [la expresión] para la protección moral de la infancia y la adolescencia” y la expresión regulada es meramente un espectáculo público³⁸. Este principio no se encuentra en la ECHR, el ICCPR, o la Carta Africana. Por otra parte, el ICCPR requiere previa censura en el caso de propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso. La Convención es más protectora de la libertad de expresión que el ICCPR puesto que no solamente establece que una gama más limitada de acciones puede ser considerada castigable, pero igualmente prohíbe su restricción previa³⁹.

La prohibición de censura previa tiene consecuencias específicas en el caso de amenazas contra la seguridad nacional: el abuso de la libertad de información no puede controlarse mediante medidas preventivas sino solamente mediante la imposición ulterior de sanciones a los responsables de los abusos⁴⁰.

Solamente bajo circunstancias muy limitadas puede prohibirse la divulgación de información: durante un estado de

38 CADH, Artículo 13.4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

39 *Idem* Artículo 13.5 estipula “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

40 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 10, párr. 39.

emergencia declarado, cuando las circunstancias lo requieren absolutamente, o cuando está orientada a proteger la salud moral de niños y adolescentes⁴¹. Los Estados no han comprendido bien las consecuencias de las disposiciones de la Convención.

b. La libertad de expresión debe estar sujeta a responsabilidad ulterior bajo ciertas condiciones

Según la Convención, las restricciones a los derechos deben ser establecidas por ley, y son necesarias para proteger los derechos de los demás o para “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. La Corte utiliza la palabra restricciones para describir una “conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión”⁴².

Las restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión autorizadas en la Convención se inspiran en las disposiciones relacionadas con la libertad de expresión del ICCPR, pero son menos restrictivas. El Sistema Europeo permite restricciones más extensas⁴³. A diferencia del ICCPR, ni la ECHR ni la CADH hacen distinción alguna entre los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión.

Para determinar la validez de las sanciones impuestas ulteriormente, la Corte Interamericana utiliza una prueba similar a la que formuló la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Sunday Times*⁴⁴. Los criterios son parecidos a aquellos

desarrollados por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas, los cuales se “consideran universales en su naturaleza y aplicables a cada situación donde se imponen restricciones al derecho a la libertad de expresión”. Estos criterios son “la legitimidad, la legalidad, la proporcionalidad, y la necesidad democrática”⁴⁵. A continuación pasaremos a analizar cada uno de ellos. La Corte lo expuso de la siguiente manera:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines⁴⁶.

-
- a. la restricción tiene que ser establecida por ley y definida en forma precisa;
 - b. los fines perseguidos deben ser legítimos; y
 - c. hay que demostrar que es necesario para asegurar uno de los fines legítimos (tales como aquellos enumerados en el Artículo 10.2 de la ECHR. Ver también el Artículo 13.2 de la CADH).

Ver igualmente, sobre el Artículo 19: *The Article 19 Freedom of Expression Handbook*. Bath Press, 1993, págs. 110-112. El Artículo 13.2 permite restricciones para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás “ o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

- 45 *The Right to Freedom of Opinion and Expression: Final Report*, supra nota 8, págs. 12-13. Los relatores derivan esta prueba de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ICCPR y las tres Convenciones regionales.
- 46 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 10, párr. 39.

41 CADH, Artículos 13.4 y 27.2.

42 OC-5/85, supra nota 10 párr. 35 in fine.

43 Ver, P. Van Djick & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, pág. 428.

44 Corte Europea D. H., *The Sunday Times Case*. Sentencia del 26 de abril de 1979, Serie A, No. 30, párr. 59, págs. 35-36. Esta prueba general de legitimidad de las restricciones es triple:

Además, la Corte declaró que hay que enseñar que la meta legítima del Estado no puede ser alcanzada de manera prudente con medios menos restrictivos⁴⁷.

1. Legalidad

Según el principio de legalidad, una ley promulgada antes del comportamiento en referencia debe establecer las causales de la responsabilidad del actor⁴⁸. Para restringir la libertad de expresión debe haber una ley preexistente, claramente redactada. La Corte ha aclarado que “(p)or tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (*supra* 35), la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa”⁴⁹.

Según la interpretación de la Corte, el requisito señalado en este artículo es que haya una ley formal. La Corte ha concluido que la expresión “leyes” utilizada por el Artículo 30 no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁵⁰.

Tiene que haber una causal previa establecida por la ley en su definición formal. Sin la especificación previa de causales de responsabilidad, el derecho a la libertad de expresión podría manipularse a la “exclusiva discreción de las autoridades gubernamentales”⁵¹.

47 *Idem*.

48 CADH, Artículo 9.

49 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *supra* nota 10, párr. 40.

50 OC-6/86, *supra* nota 17, párr. 27 *in fine*.

51 *Idem*.

2. Legitimidad

El propósito de cualquier ley que restringe la libertad de expresión debe ser legítimo de acuerdo con el sentido del Artículo 13.2. El Artículo 13 debe ser interpretado conjuntamente con el Artículo 30 que dice que las restricciones a los derechos reconocidos en la Convención “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Comisión ha identificado objetivos ilegítimos para restringir la libertad de expresión sobre la base de inquietudes de seguridad nacional. Por ejemplo, en su Séptimo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba (1983), condenó la subordinación de la libertad de expresión a los “objetivos de una sociedad socialista” en la Constitución cubana. De igual manera, la Comisión estuvo fuertemente opuesta al abuso por parte de Paraguay del Artículo 71 de su Constitución (que proscribía la defensa de “odio o lucha de clases entre paraguayos, o crímenes de violencia”) el cual “ha sido utilizado por el Gobierno en repetidas ocasiones para silenciar simples declaraciones de desacuerdo de parte de la oposición”⁵².

3. “Necesaria para asegurar”

Según la Corte, el Artículo 13.2 debe ser interpretado conjuntamente con los Artículos 29.b y 29.c y Artículo 32. Así,

Se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo,

52 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. OEA/Ser. L/V/II. 71, Doc. 19 rev. 1, 28 de septiembre de 1987, págs. 64, 67.

tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas⁵³.

Según la Convención, la restricción tiene que ser justificada por un interés público imperativo, que sea proporcional y estrechamente ajustado al logro de este fin.⁵⁴

c. El principio de la no-discriminación y la supervisión por un órgano independiente como una demanda legítima de la democracia

Cada Estado tiene la obligación de proporcionar “un recurso judicial efectivo ... contra actos violatorios de [los] derechos fundamentales”⁵⁵. El Artículo 25.1 de la Convención describe esto como el derecho a un “recurso sencillo y rápido... ante los jueces o tribunales competentes ...”. El Artículo 8.1 requiere que la autoridad judicial sea “competente, independiente e imparcial”.

Por consiguiente, las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención y, en particular, aquellas provisiones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas⁵⁶.

La Comisión ha reconocido en forma específica que son ilegítimas las restricciones a la libertad de expresión basadas en inquietudes de seguridad nacional y que nacen de la falta de controles democráticos apropiados.

53 Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, supra nota 10, párr. 42.

54 *Id.*, párr. 46.

55 Corte I.D.H., *Garantías judiciales en estado de emergencia (Artículos 27(2), 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

56 OC-5/85, supra nota 10, párr. 44 in fine.

De hecho, los amplios poderes discrecionales que las leyes y la Constitución confieren en los jefes militares de áreas en el estado de emergencia, y en el mismo Presidente, para suspender y restringir las libertades de opinión, de expresión y de la difusión del pensamiento han significado que en estos 12 años estas libertades han sido seriamente restringidas y aún eliminadas en ciertos momentos por medidas tales como la clausura de los medios de información, la censura, la prohibición de publicar ciertas noticias y aún ilustraciones, la necesidad de pedir autorización para establecer nuevas publicaciones, y otras restricciones mencionadas en este Capítulo⁵⁷.

Las “garantías [judiciales] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”⁵⁸. Además, puede ser que ciertas garantías judiciales no sean suspendidas en estados de emergencia⁵⁹. Por otra parte, se deriva del Artículo 27.1 la necesidad genérica de que en todo estado de emergencia subsistan medios idóneos para asegurar que las medidas tomadas se adecuen a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella⁶⁰.

En su “Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos” del año 1994, la Comisión encontró que, por causa de su contenido e intención, las leyes de desacato son incompatibles con la Convención. En una sociedad democrática, las leyes de desacato no son “necesarias para asegurar” el orden públi-

57 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*. OEA/Ser. L/V/II. 66, Doc 17, 27 de septiembre 1985, págs. 213-214.

58 OC-8/87, supra nota 19, párr. 25.

59 *Idem*, párr. 27; Artículo 27.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

60 OC-9/87, supra nota 55, párr. 21.

co⁶¹. Estas leyes violan los principios de no-discriminación e igualdad ante la ley, establecidos en la Convención. “La utilización de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos actuando en sus capacidades oficiales, otorga un derecho de protección injustificado a los oficiales públicos que no está disponible a los otros miembros de la sociedad”⁶².

Las leyes de desacato “convierten en un delito las expresiones que ofenden, insultan o amenazan a un funcionario público en el cumplimiento de sus deberes oficiales”⁶³. Las leyes de desacato protegen a los funcionarios públicos de la crítica, basándose en la presunción que, si no son sujetos a la crítica, podrán cumplir mejor sus deberes. Presuntamente, esto inhibe el efecto desestabilizador que, según algunos, resulta de una extensa crítica de los funcionarios gubernamentales. Esta crítica no solamente desprestigiaría al funcionario sino que “refleja... en el puesto que ocupa y la administración que sirve”⁶⁴. En algunos Estados, la verdad no es una defensa contra los cargos de desacato⁶⁵. Se considera que la seguridad y el orden son intereses más imperativos que la verdad y la necesidad del debate en una sociedad democrática⁶⁶.

61 CIDH, “Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Informe Anual 1994*, OEA/Ser.L/V/II. 88, Doc. 9 rev/ 17 de febrero de 1995, pág. 209.

(Nota del editor. Ver, en el Anexo Documental de este volumen, el texto completo de este informe.)

62 *Idem*, p. 207.

63 *Idem*, p. 201.

64 *Idem*, p. 202.

65 *Idem*.

66 “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, *supra* nota 18, pág. 16. Ver, Corte Europea D.H., *Caso Lingens*. Sentencia de 8 de julio de 1986, Serie A, No. 103.

d. La prohibición de restricciones indirectas

El Artículo 13.3 de la Convención prohíbe la imposición de restricciones indirectas a la libertad de expresión.

No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Hay que observar que la libertad de expresión es un derecho que puede derogarse en un estado de emergencia, según implica el Artículo 27.2. Puesto que en este artículo pretendemos elaborar principios que gobiernan la restricción a la libertad de expresión en general, no vamos a entrar a discutir las restricciones durante estados de emergencia. No obstante, las restricciones durante estados de emergencia nos dan una idea del umbral que se requiere para justificar las restricciones en situaciones excepcionales.

Sobre la Aplicación de los Criterios

Los principios antes consignados para la restricción de la libertad de expresión por razones de seguridad nacional son influidos y configurados en gran medida por el procedimiento y la práctica de los órganos de supervisión. En el caso del Sistema Interamericano, la Comisión y la Corte tienen una visión muy ágil y muy flexible de su función⁶⁷.

El Sistema Interamericano para la Protección de Derechos Humanos se desarrolló bajo circunstancias diferentes a su contraparte europea. Una gran parte de la jurisprudencia fue desa-

67 Cecilia Medina, *The Battle of Human Rights*. Kluwer Academic Publishers, 1989, pág. 104.

rollada bajo sistemas judiciales internos indiferentes o caracterizados por su mal funcionamiento. Esto también ha influido en la manera en que la Comisión y la Corte ven sus funciones dentro del sistema. Como resultado, la Comisión es ahora una institución ágil y flexible; por ejemplo, ha utilizado con eficacia investigaciones *in loco* y medidas de protección provisionales⁶⁸. Cuando se adjudica las restricciones a la libertad de expresión, tres temas principales están presentes: la asignación del requerimiento de prueba, el principio de subsidiaridad y el margen de apreciación.

A. El requerimiento de prueba

Según se afirma en los Principios de Siracusa, “(1) a obligación de justificar la restricción de un derecho garantizado bajo el Convenio incumbe al Estado”⁶⁹. En un acto jurídico internacional, se aplican el requerimiento de prueba y los criterios de valoración de manera distinta que en un acto interno⁷⁰. En el Caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte se ocupó del tema:

La protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones⁷¹.

La Corte reconoce que generalmente el Estado está en mejores condiciones que las víctimas para suministrar evidencia. El caso *Velásquez* involucró alegaciones de una política de desapariciones. La Corte sintió que esta política tenía “como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma”. Debido a la dificultad de probar un incidente de este tipo, la Corte declaró que “es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible”⁷². De la misma manera, la responsabilidad de establecer la necesidad para restringir la libertad de expresión incumbe al Estado: éste está mejor situado que la Comisión para evaluar cualquier amenaza contra la seguridad nacional. El mayor acceso del Estado a información acerca de las necesidades sociales y de seguridad subraya el concepto de un “margen de apreciación” que ha sido desarrollado dentro del sistema de derechos humanos del Consejo de Europa. El Estado goza de una mayor capacidad para evaluar las circunstancias y la ley, originada en su experiencia y proximidad con respecto a sus propios asuntos⁷³. Estas cuestiones son inspiradas por el principio general de subsidiaridad.

B. La subsidiaridad

Los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos son por naturaleza mecanismos subsidiarios. El derecho y la jurisprudencia internacional reconocen este principio⁷⁴. La subsidiaridad denota un control por omi-

68 *Idem*, págs. 71-76.

69 “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, cit. *supra* nota 18, párr. 12.

70 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988, OEA/Ser. C/No. 4, 1988, párr. 128.

71 *Idem*, párr. 134.

72 *Idem*, párr. 124.

73 *Ver en general*; Macdonald, R. St. J. et al., *The European System for the Protection of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993, págs. 63-124; P. Van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer, 1990, págs. 583-606.

74 MacDonald, cit. *supra* nota 73, págs. 49-50.

sión (*by default*) sobre la defensa de derechos esenciales, donde estos derechos no están protegidos internamente⁷⁵. La subsidiaridad responde a la necesidad de flexibilidad de las autoridades nacionales al formular políticas. La subsidiaridad dota al sistema de una “gran flexibilidad para afrontar los múltiples problemas de la vida diaria en los Estados partes...”⁷⁶.

En Europa, la subsidiaridad como práctica se ha desarrollado a partir de la manera en que la ECHR establece ciertos derechos y responsabilidades que deben protegerse como obligaciones de resultado, es decir, sin prescribir los medios que deben protegerlos. No ofrece soluciones o fórmulas que los Estados deben seguir para lograr estas normas. Dentro del sistema interamericano, de igual manera, los Estados pueden desarrollar cuerpos legislativos que les permitan lograr los cometidos de las normas establecidas en la Convención. Según las palabras de la Corte, “[el contenido de la ley] podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte”⁷⁷.

Como consecuencia de la subsidiaridad en el contexto europeo, los tribunales internos retienen la competencia y responsabilidad primaria para proteger los derechos y libertades fundamentales que la ECHR establece. La Corte Europea de Derechos Humanos percibe la subsidiaridad como un proceso fluido que se encuentra en evolución:

Así, el impacto del principio de subsidiaridad depende en gran medida de la actitud y conducta de las autoridades nacionales y, sobre todo, del Poder Judicial. Si su voluntad de respetar y tomar en

75 Cecilia Medina Quiroga, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. La Unión, 1989, pág. 20.

76 MacDonald, cit. *supra* nota 73, pág. 122.

77 OC-7/86, cit. *supra* nota 19, párr. 27.

cuenta las disposiciones de la Convención es mayor, mayor será la discreción y moderación que se puede esperar de los órganos de la Comisión al ejercer su función de supervisión⁷⁸. (La traducción es de los autores.)

Lo anterior destaca la necesidad de un Poder Judicial interno donde un individuo puede recibir el debido curso legal ante un tribunal independiente e imparcial. En el contexto interamericano, los órganos de derechos humanos tienen que analizar la medida en que se respetan los derechos y privilegios establecidos en la Convención, para determinar el nivel de discreción otorgable en cualquier caso específico. En casos en que el Poder Judicial de un Estado parte no ha sabido proteger los derechos establecidos en la Convención eficazmente, el campo para aplicar la subsidiaridad es menor.

En lugar de esbozar soluciones de antemano, la Convención establece normas para el caso de los derechos humanos que los Estados partes deben lograr como obligaciones de resultado. En el caso de las restricciones a la libertad de expresión, el Artículo 13 va más lejos que la ECHR o el ICCPR y estipula cómo el Estado puede o no puede restringir la libertad de expresión: se prohíbe la previa censura. Al crear normas más estrictas con respecto a la libertad de expresión, hay menos margen para la diversidad en su aplicación y, de este modo, el principio de subsidiaridad juega un papel menor.

C. El margen de apreciación

El margen de apreciación es un derivado de la subsidiaridad. Se otorga consideración a las normas y condiciones locales con respecto a ciertas cuestiones por razones de flexibilidad y en reconocimiento de la diversidad de las condiciones políticas y económicas de los diferentes Estados miembros. El

78 MacDonald, cit. *supra* nota 73, pág. 62.

caso Handyside demuestra cómo la Corte Europea aplica el concepto⁷⁹.

En casos donde la naturaleza de los derechos es mucho más fundamental, el margen de apreciación es más estrecho. Algunos derechos, tal como el derecho a garantías judiciales, constituyen un fundamento de la democracia y permiten que otros derechos sean asegurados implícitamente. Las cuestiones políticas y económicas no deben ejercer una influencia desmedida en tales circunstancias. Sea como fuere, cuando se encuentra que un derecho fundamental ha sido sobresido por un supuesto interés público, tal como la seguridad nacional, debe surgir una duda sobre la conveniencia de las restricciones. En un caso europeo en relación con la libertad de expresión (Schwabe), el Juez Martens dijo en su opinión separada, pero de acuerdo con el dictamen de la mayoría que:

en esta sentencia, la Corte evidencia que, cuando el derecho a la libertad de expresión se encuentra en peligro, no hay campo para dejar un margen de apreciación a los tribunales nacionales en relación con la evaluación de las normas relevantes; y que ella efectuará una revisión completa de estas evaluaciones⁸⁰. (La traducción es de los autores).

En el caso Schwabe, la mayoría [de los jueces] no examinaron la cuestión ni comentaron sobre la declaración del Juez Martens. Sin embargo, parecería que no hay margen en tales casos⁸¹.

Los Relatores Especiales de las Naciones Unidas creen que “pueden considerarse aceptables las restricciones sola-

79 Corte Europea D.H., *Caso Handyside*. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, Serie A, No. 24.

80 Corte Europea D.H., *Schwabe*. Serie A; citado en MacDonald *supra* nota 73, pág. 93.

81 *Idem*.

mente si no comprometen el principio mismo. Al interpretar las normas legales, el principio debe interpretarse de manera restrictiva⁸². Esto sugiere que un margen de apreciación estrecho o inexistente es apropiado cuando está en peligro la libertad de expresión.

Amenazas a la Libertad de Expresión y la Respuesta del Sistema

Los gobiernos democráticos pocas veces consideran que las restricciones a la libertad de expresión son necesarias para salvaguardar la seguridad nacional. La doctrina de la seguridad nacional está pasada de moda, con toda razón, después de la pesadilla que generó. Sin embargo, su sesgo autoritario, su obsesión con la “disciplina social” y su intolerancia por la disidencia se manifiestan en las restricciones impuestas por los gobiernos bajo otras apariencias. El Sistema Interamericano de protección se ha vuelto el principal campo de batalla para controlar estos excesos y para proteger el espacio cada día mayor que los periodistas, autores y activistas sociales latinoamericanos están creando. Los siguientes casos son ejemplos de las restricciones apoyadas en otros motivos pero que llevan el sello de la seguridad nacional.

A. El respeto que se les debe a los personajes públicos

En Argentina, el Presidente Carlos S. Menem desempolvó la vieja ley penal de desacato para enjuiciar a los críticos que, según él consideró, los habían injuriado a él y a sus ayudantes y/o a sus funciones. Se entabló demandas contra periodistas y líderes de derechos humanos basadas en la expresión de su opinión. El primer caso donde hubo un fallo de culpabilidad afectó al señor Horacio Verbitsky, el periodista investigador argentino más importante, autor de dos éxitos de librería sobre

82 U.N.Doc.E/CN.4/Sub.2/1992/9, cit. *supra* nota 8, párr. 20.

la corrupción y la manipulación del Poder Judicial⁸³. El señor Verbitsky recibió una condena condicional por sus comentarios sobre la actitud de un juez de la Corte Suprema hacia la exitosa “*packing*”⁸⁴ de esta institución por parte del Presidente Menem. Después de agotar sus recursos internos, el señor Verbitsky presentó una demanda ante la Comisión, y compareció en la audiencia en Washington. Con la ayuda de la Comisión, los representantes del Gobierno argentino y el señor Verbitsky llegaron a una “solución amistosa” con arreglo a las disposiciones del Artículo 48.1.f de la Convención.

En el arreglo propuesto, el Gobierno acordó derogar la ley de desacato y aplicar el beneficio de esta derogación a la condena del señor Verbitsky. El señor Verbitsky renunció formalmente a cualquiera demanda por daños, incluyendo los costos y los honorarios legales. Ambas partes solicitaron a la Comisión realizar un estudio de las leyes de desacato en la región y su compatibilidad con la Convención. La Comisión aprobó el arreglo y el Congreso argentino modificó el Código Penal para suprimir el delito de desacato. La condena del señor Verbitsky fue revocada. En diciembre de 1994, la Comisión publicó su informe sobre las leyes de desacato⁸⁵.

El caso Verbitsky y el subsiguiente informe de la Comisión ofrecen la base de una campaña para derogar las leyes regresivas de desacato que existen en varios países latinoamericanos. Desgraciadamente, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha recibido el informe pero, hasta la fecha, ha optado por no actuar. La causa de la libertad de expresión se vería beneficiada considerablemente si, en una futura sesión, el más alto órgano político de la región manifestara su apoyo a las conclusiones de la Comisión e instara a todos los países a derogar las leyes de desacato⁸⁶.

En Argentina, la administración ha persistido con sus esfuerzos por controlar la prensa. A principios de 1995, el Ministro de Justicia Rodolfo Barra presentó al Congreso un proyecto de ley que aumentaba el término de encarcelamiento por libelo y agravaba el delito si la víctima fuera un funcionario público o una institución pública. Asimismo, el proyecto de ley requeriría que las casas editoriales depositaran una fianza contra posibles acciones por libelo. El señor Verbitsky sometió una nueva petición a la Comisión y compareció en una audiencia preliminar en Washington. Mientras la admisibilidad del caso estaba todavía bajo consideración, el Ministro Barra dio paso atrás y retiró su proyecto de ley. En agosto de 1995, el Senador Eduardo Vaca, del partido del gobierno, anunció su intención de presentar un proyecto de ley para forzar a los periodistas a revelar sus fuentes o hacer frente a encarcelamiento si revelan “secretos de estado”. Sería el Poder Ejecutivo el que tendría la competencia para determinar la definición de qué constituye un secreto de estado. La propuesta recibió una condena casi unánime en los círculos políticos y periodísticos y eventualmente murió en el Congreso argentino.

83 Horacio Verbitsky, *Robo para la Corona*. Planeta, 1992; y *Hacer la Corte*. Planeta, 1993. En 1995, Verbitsky publicó un tercer éxito de librería, *El Vuelo*, acerca de las atrocidades llevadas a cabo durante la “guerra sucia” y una “conspiración de silencio” sobre ellas. Hay una versión en inglés de este último: Horacio Verbitsky, *The Flight: Confessions of an Argentine Dirty Warrior* (Epílogo por Juan E. Méndez). New Press, New York, 1996.

(Nota del editor. Ver, en este volumen, de Horacio Verbitsky, “El Pacto de San José, constitución de los derechos humanos para los Estados partes”.)

84 Selección de miembros para asegurar que las decisiones tomadas estarían a su favor.

85 Ver *supra*, nota 61.

86 Moyer, Charles, “La Solución Amistosa en el Sistema Interamericano: El Caso Verbitsky”. En: Corte I.D.H., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Rafael Nieto N., ed., 1994.

B. Equilibrando la libertad de expresión con el honor de las personas privadas (y públicas)

En Chile, un tribunal prohibió la circulación de un libro editado en Argentina por el periodista chileno Francisco Martorell⁸⁷. El libro describe las hazañas del embajador de Menem ante Chile, Oscar Spinosa Melo, quien, se alega, organizó fiestas en la residencia del embajador y luego chantajeaba a varias personalidades chilenas. La Corte procedió en relación con una acción por difamación entablada por los ciudadanos chilenos cuyos nombres aparecieron en el libro. El señor Martorell no pudo hacer levantar el interdicto contra la circulación y presentó una petición ante la Comisión. En sus alegatos el señor Martorell reclamó que las acciones del poder judicial chileno violaron la obligación chilena, bajo la Convención, de no ejercer previa censura. El Gobierno de Chile respondió a la demanda y reclamó que no hubo violación puesto que la acción del tribunal era una manera válida de equilibrar dos valores en competencia, ambos protegidos por la Convención: la libertad de expresión y el honor de las personas⁸⁸. En 1996, la Comisión difundió un informe que condenó a Chile por la violación de la prohibición de previa censura en el Artículo 13 de la Convención⁸⁹. Aunque el señor Martorell había solicitado en forma específica que el caso fuese sometido a la Corte Interamericana, la Comisión optó por no hacerlo. También Chile declinó buscar el fallo de la Corte, y más bien presentó una petición de opinión consultiva

retando la interpretación de la Comisión de sus propios poderes según había sido aplicada en el caso Martorell. En noviembre de 1997, la Corte emitió una Opinión Consultiva que sustenta en gran medida la posición de la Comisión⁹⁰.

En agosto de 1995, se reveló que un vídeo-clip de un grupo rock argentino, Los Fabulosos Cadillacs, había sido modificado para su circulación en Chile. El clip presentó una canción titulada “Mal Bicho”; su temática es una denuncia del fascismo. Las imágenes del vídeo incluyen fotografías de Hitler, Mussolini y los Generales Videla y Pinochet. El General Pinochet es siempre Comandante en Jefe del Ejército Chileno; es de presumirse que la censura se debía al hecho que, según la legislación chilena, ataques personales contra personalidades públicas pueden incurrir en responsabilidad penal. No hay evidencia que alguna agencia chilena fuera implicada en la censura, que causó fuertes protestas de parte de los músicos. Esto podría ser un caso de auto-censura de parte de la Corporación Sony que publica y distribuye el vídeo-clip.

C. Los secretos de Estado y el “derecho a la verdad”

En las secuelas de las dictaduras militares en América Latina, las comunidades de derechos humanos han enfocado la cuestión de la responsabilidad por los crímenes perpetrados bajo las dictaduras militares. Como resultado de sus esfuerzos, este tema es parte central del debate con respecto a la naturaleza de la democracia y las limitaciones de las llamadas “transiciones” de la dictadura a la democracia. El debate destaca que la responsabilidad exige la justicia: un estado tiene la obligación de investigar, enjuiciar y castigar las graves violaciones de derechos humanos tales como las ejecuciones masivas y las desapariciones forzadas. Pero, asimismo, incluye una etapa de “ver-

87 Martorell Francisco, *Impunidad Diplomática*. Editorial Planeta, Buenos Aires, Argentina, 1993.

88 Al representar a Martorell ante el Sistema Interamericano, los autores de este capítulo subrayaron que no estaban opinando sobre la veracidad del contenido del libro o la importancia de su tema. En cambio, se destacó la importancia de buscar un fallo contra cualquier forma de censura previa, aún si ésta fuese impuesta judicial y no administrativamente.

89 Comisión I.D.H., *Informe Número 43/96*, cit. *supra* nota 4.

90 Corte I.D.H., *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 51 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, 14 de noviembre de 1997, solicitada por Chile, San José, Costa Rica, 1997.

dad” que reside en la obligación del Estado de divulgar todo lo que se puede saber acerca de aquellas atrocidades. Con este fin, se han constituido las “Comisiones de la Verdad” y ellas han producido importantes informes en Argentina, Chile y El Salvador (este último con el apoyo de las Naciones Unidas). Una comisión similar ha sido recientemente constituida en Haití, bajo los auspicios de la ONU. El Gobierno de Guatemala y las fuerzas insurgentes acordaron establecer una “Comisión para el Esclarecimiento Histórico” de los acontecimientos de las últimas décadas⁹¹.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha cumplido un papel significativo en el desarrollo y afirmación del principio emergente de derecho internacional. En el caso de crímenes contra la humanidad, el Estado tiene la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables, divulgar a las víctimas, a sus familias y a la sociedad todo lo que fielmente puede establecerse acerca de ellos, y facilitar las reparaciones adecuadas. El dictamen del señero fallo Velásquez Rodríguez que se cita con mayor frecuencia declara:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación⁹².

Basada principalmente en esta declaración la Comisión tuvo la oportunidad de elaborar sobre las obligaciones del

Estado cuando en Uruguay y Argentina se disputaron las leyes que tenían el efecto de imposibilitar el enjuiciamiento de los crímenes de las dictaduras militares (en el caso de Argentina, también se disputaron ciertos decretos presidenciales). La Comisión dijo que este tipo de acción de parte de un gobierno democrático era incompatible con sus responsabilidades bajo la Convención, sobre todo por cuanto el efecto es el de volver casi imposible la búsqueda de la verdad y decir la verdad⁹³. La Comisión formuló el razonamiento subyacente a esta obligación (y el correspondiente “derecho a la verdad”) en 1986:

Independientemente del problema de probar culpabilidad... [C]ada sociedad tiene el derecho inalienable a saber la verdad acerca de los acontecimientos del pasado, y también los motivos y las circunstancias bajo las cuales se cometieron crímenes aberrantes, para poder prevenir la repetición de tales actos en el futuro. Asimismo, familiares de las víctimas tienen el derecho a información con respecto a lo que aconteció a sus parientes... [L]a Comisión considera que el acatamiento de los principios antes citados conducirá a la justicia y no a la venganza, y así ni la necesidad urgente de reconciliación nacional ni la consolidación de un gobierno democrático estarán comprometidos⁹⁴. (La traducción es de los autores.)

La lucha por la verdad sigue. Aparte de asegurar el reconocimiento oficial de la estructura general de represión, las organizaciones latinoamericanas de derechos humanos ahora buscan una “verdad” completa e individualizada con respecto a cada familia involucrada, después de una investigación y un análisis total de todos los archivos. Los intereses militares son siempre un obstáculo. En algunos casos, los militares han clasificado archivos de las violaciones de los derechos humanos como secretos militares o simplemente afirman que no hay archivos.

91 Ver U.S. Institute of Peace, *Transitional Justice*. Neil Kritz, ed., Washington, D.C., 1995.

92 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, cit. *supra* nota 70, párr.174. Sobre este emergente principio, ver igualmente Diane Orentlicher, “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation”. En: *Human Rights: An Agenda for the Next Century*. L. Henkin and J.L. Hargrove, eds., ASIL, 1994.

93 Informes Números 28 y 29, 1992. Comisión I.D.H., *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992*, Washington D.C.

94 CIDH, *Informe Anual 1985-86*. OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8 rev. 1, págs. 192-193 (versión inglés).

En 1995, la Comisión recibió una petición contra Brasil, donde se trató de forzar la divulgación de los archivos militares en relación con la matanza de miembros de una fuerza insurgente en un episodio de la década de los 70 llamada la *Guerrilha do Araguaia*. Los abogados de derechos humanos brasileños agotaron sus recursos judiciales internos. El Ministro de Defensa se negó a suministrar cualquier información acerca de cómo docenas de personas murieron. En 1996, el Gobierno de Brasil presentó un proyecto de ley y el Congreso aprobó una ley ofreciendo compensación a las familias de las víctimas Araguaianas. Igualmente, la ley estableció un procedimiento mediante el cual los familiares de víctimas de abusos similares podían reclamar compensación. En el trámite de este caso, la Comisión está a la espera de información por parte del Gobierno de Brasil sobre el cumplimiento de su compromiso de investigar la suerte y paradero de las víctimas, establecer la verdad sobre lo ocurrido y hacer justicia.

Además, la Comisión ha recibido peticiones de grupos argentinos para que vuelva a abrir el archivo del caso en relación con el centro de concentración y exterminio operado por la marina de guerra en los años setenta en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA). Esta nueva petición se inspiró en las revelaciones del oficial de la Armada Adolfo Scilingo, en las que afirma haber tomado parte en el acto de arrojar algunos prisioneros al océano desde aviones⁹⁵. En la controversia resultante, los tribunales argentinos ordenaron al Poder Ejecutivo abrir los archivos o reproducir la lista de los “desaparecidos” retenidos en la ESMA. La Armada se negó a colaborar. El jefe del Ejército, General Martín Balza, hizo una histórica apología pública por los delitos cometidos durante la “guerra sucia” y pidió a sus subordinados entregar la información para que él

podiera transmitirla a las familias y a la sociedad. Más de dos años después ni un solo oficial había aceptado la invitación de su comandante. Mientras tanto, las víctimas solicitaron a los tribunales ordenar al Poder Ejecutivo investigar el destino y paradero de los “desaparecidos” y suministrar información a las familias, a pesar de que los enjuiciamientos estaban prohibidos según leyes de pseudo-amnistía e indultos presidenciales emitidos a finales de la década de los 80.

Durante el litigio de este caso, las organizaciones no gubernamentales involucradas promovieron varias audiencias ante la Comisión, a fin de presentar la situación del Estado argentino respecto al cumplimiento de la resolución emitida por la misma. Asimismo, desarrollaron líneas de investigación y trabajo que el gobierno debía realizar para el establecimiento de la verdad en las atrocidades cometidas durante la dictadura militar argentina. En 1998, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso de Alejandra Lapacó negando el derecho a la verdad, decisión que luego fuera parcialmente revertida. En diciembre de 1999, los peticionarios en el caso y el Gobierno llegaron a una solución amistosa, por la cual el Gobierno argentino se comprometió a garantizar el derecho a la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar. En esta ocasión se estableció competencia exclusiva de la justicia federal en la búsqueda de la verdad sobre los casos de desapariciones de personas anteriores al 10 de diciembre de 1983, con excepción de las causas por secuestro de menores y sustitución de identidad, las cuales continuarán según su estado. En julio del 2000, los peticionarios solicitaron a la Comisión medidas cautelares en virtud de la violación del acuerdo de solución amistosa por parte del Estado, por estar permitiendo la sustracción de las investigaciones a la justicia federal, por parte de la Cámara de Casación Penal y de la Corte Suprema. La Comisión emitió medidas cautelares en el caso, expresando su preocupación por la información recibida, y continuará la supervisión del cumpli-

95 Esta confesión apareció por primera vez el 3 de marzo de 1995 en el libro de Horacio Verbitsky *El Vuelo*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 1995, cit. *supra* nota 83.

miento del compromiso de garantizar la verdad adoptado por el Estado.

Observaciones Finales

El Sistema Interamericano proporciona normas progresivas para proteger el derecho a la libertad de expresión. Las normas diferencian la Convención del ICCPR y de la ECHR al llevar más lejos la protección del derecho de un individuo –y el derecho de la sociedad– a la libertad de expresión. La prohibición absoluta de censura previa y las pocas justificaciones permisibles para restringir la libertad de expresión son poderosos componentes de nuestra estructura de derechos humanos.

No obstante, muchas naciones latinoamericanas tienen una historia poco envidiable con respecto a la protección de la libertad de expresión. Aunque formalmente democráticos, muchos Estados son semi-autoritarios y han conservado una cultura de poco respeto para el estado de derecho y los derechos y deberes establecidos en la Convención. Esto se evidencia cuando los Estados utilizan conceptos de seguridad nacional definidos de manera muy imprecisa para justificar sus acciones.

Después de muchos años de censura y la auto-censura de los medios de comunicación, la persecución de los “crímenes de pensamiento”, y otras restricciones ilegítimas, es siempre un desafío para los regímenes nuevamente democráticos cumplir con sus obligaciones bajo la Convención. Medidas como las leyes de desacato o la prohibición de reportar noticias durante estados de emergencia sugieren que muchas naciones no entienden plenamente la naturaleza de la libertad de expresión.

CAPÍTULO II

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RÉGIMEN LEGAL

“NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN” Y LA MALICIA REAL DE LA DOCTRINA*

Eduardo Andrés BERTONI

* Este artículo fue publicado en: *Libertad de prensa y derecho penal*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997; y en: Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión y estado de derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

“There is the greatest difference between presuming an opinion to be true, because with every opportunity for contesting it, it has not been refuted, and assuming its truth for the purpose of not permitting its refutation”.

John Stuart Mill

Introducción

El desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica constituye, sin duda alguna, un elemento importante a tener en cuenta por los estudiosos de los límites –si es que deben existir– a la libertad de expresión. Esta afirmación se ve corroborada al momento de analizar el razonamiento no sólo de los tribunales de otros países, sino también el de los tribunales internacionales que muchas veces, aun sin decirlo expresamente, han echado mano de los argumentos contenidos en los casos estadounidenses¹.

De todos modos, la relevancia de tales razonamientos puede “encandilar” y pretender llevar su directa y estricta aplicación a contextos sociales y normativos diferentes, lo cual puede confundir antes que contribuir a aclarar el problema relativo a la solución del conflicto que se plantea cuando colisionan los

1 A modo de ejemplo, pueden consultarse los recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina Morales Sola –M.442. XXXI del 12/11/1996– y Gesualdi –G. 88.XXXI, del 17/12/1996–, donde expresamente se hace referencia a la doctrina de la “real malicia”, objeto de este trabajo. A mi criterio, también en el caso Lingens resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin hacerse una remisión expresa, se toma los argumentos de la mencionada doctrina (cfr. Bertoni, Eduardo Andrés, “La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales”, en: *Libertad de prensa y derecho penal*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997).

derechos a la libre información y expresión, por un lado, y los derechos individuales, por el otro.

En lo que va de este siglo, el desarrollo de la jurisprudencia estadounidense responde a particulares situaciones históricas de reclamos sociales que son ajenos a otros países: durante las dos primeras décadas, el involucramiento en la primera guerra mundial por parte de los Estados Unidos, sumado a la revolución comunista en Rusia, llevaron a una aguda e impresionante persecución de grupos anarquistas y socialistas que pretendían expresar sus ideales, contrarios sobre todo a la participación de los Estados Unidos en la guerra y al envío de tropas a Rusia². Es en este contexto que surge la doctrina del juez Oliver Holmes que se conoció en su voto en disidencia en el caso *Abrams vs. United States*³, aunque ya la había expresado en un fallo anterior –*Scheneck vs. United States*–⁴, y que consistía básicamente en limitar la expresión sólo en los casos en que hubiera un peligro claro, actual e inminente provocado justamente con ella. Para expresarlo de una forma gráfica, Holmes concluía que a nadie podía ocurrírsele que gritar "fuego" en la sala repleta de un teatro para causar pánico era una expresión amparada por el derecho otorgado a todo ciudadano por la primera enmienda.

Durante la década del 50, el "macartismo" creó e involucró a la sociedad norteamericana en otro tipo de conflictos, relacionados con la "fobia" al comunismo; siguieron reclamos sociales vinculados estrictamente a la protección de los derechos individuales⁵, llegando para algunos en la actualidad a limitarse el

problema de la libertad de expresión a los asuntos vinculados con la pornografía, financiamiento de campañas políticas y expresiones por odio, ya sea racial, religioso, etcétera⁶.

Todo lo anterior marca un contexto histórico diferente al del resto de los países de la región: pero no lo es menos el contexto normativo, ya que las reglas del *common law* son sustancialmente distintas a las reglas que imponen los procedimientos del derecho continental, de aplicación en la mayoría de los estados latinoamericanos. Por otro lado, se da la paradoja, por ejemplo en el caso argentino, de que el derecho constitucional ha sido tomado en gran parte del derecho estadounidense, por lo cual parecería que la interpretación de las garantías constitucionales pudiera transportarse sin más de un derecho al otro. De todos modos, las diferencias apuntadas más arriba y la señalada similitud hacen que no pueda afirmarse ni negarse contundentemente la legitimidad de aquella proposición.

En este artículo me referiré a la doctrina norteamericana de la real malicia –*actual malice*– elaborada por la Corte estadounidense en el caso *New York Times vs. Sullivan*⁷ y la influencia que ha tenido, y tiene, en la interpretación de los límites a la libertad de expresión en otros países, indicando las críticas derivadas de su aplicación concreta. Sin embargo, no puede negarse su importancia porque son los principios desde los cuales la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos llegó a elaborar el "estándar" mencionado, principios que

2 Sobre el particular, ver Richard Polenberg, *Fighting Faiths*, donde realiza una descripción de la persecución de grupos anarquistas a principios de siglo, en el contexto de un detallado análisis del caso *Abrams*.

3 250 US 616.

4 249 US 47.

5 Justamente a mediados de la década del sesenta la Corte norteamericana "revolucionaria" con el fallo *New York Times vs. Sullivan*, que se vinculaba a la libertad

de expresión, y a principios de la década del 70, revolucionó nuevamente admitiendo el derecho constitucional al aborto en el caso *Roe vs. Wade* –410 US 113–. Robert Post –"Defaming Public Officials", en: *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1987, pag.554– refiere que la doctrina de la real malicia acuñada en *New York Times vs. Sullivan* fue, por los hechos que resolvía, parte de un esfuerzo nacional de extinguir el *apartheid* existente en el sur del país en los años 60.

6 Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press, 1996.

7 376 US 254.

deben ser rescatados a la hora de argumentar sobre los límites a la libertad de expresión.

Los hechos y la decisión en Alabama

La historia del caso que sin duda constituye un punto de inflexión para la interpretación de la cláusula constitucional relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica, comienza, en palabras de Anthony Lewis⁸ de la manera más común: el 23 de marzo de 1960 se presentó John Murray en las oficinas del New York Times para hacer los arreglos relativos a la publicación de un aviso en el periódico. Se trataba de una “solicitada” perteneciente a una organización denominada “Comité para la Defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur”⁹.

El aviso apareció finalmente en el Times el 29 de marzo de 1960 con el título “Escuchad sus voces que se elevan” (“Heed Their Rising Voices”) y estaba compuesto por 10 párrafos. Debajo del texto se encontraba el nombre de sesenta y cuatro personas, patrocinadores del aviso cuyo costo había rondado los 4.800 dólares. Entre ellas aparecían algunas figuras conocidas, como Eleanor Roosevelt. También adherían a la publicación otras 20 personas (18 eran pastores de diversas ciudades sureñas). Finalizaba el texto de la publicación con una exhortación a colaborar con la lucha por la libertad en el sur, agregándose un cupón para que los lectores mandaran sus contribuciones, consignándose por último los nombres de los miembros del “Comité”. Para quienes intervinieron en la confección y posterior publicación del aviso, todo terminaba allí; en verdad, sólo

8 Lewis, Anthony, *Make No Law, The Sullivan's case and the First Amendment*. Vintage Books, New York, 1992.

9 No es este el lugar para hacer un relevamiento de los problemas raciales existentes en los Estados Unidos a mitad de este siglo, sobre el particular, cfr. Lewis, Anthony, *Make No Law...*, cit. *supra*.

era el comienzo de una reivindicación por la libertad de expresión.

Los párrafos que generaron el conflicto¹⁰ señalaban que:

En la ciudad de Alabama, luego de que los estudiantes cantaron una canción patriótica en la escalinata de la legislatura estadual, sus jefes fueron expulsados de la Universidad y los edificios de la Universidad de Alabama fueron rodeados por la policía, armada de fusiles y proyectiles de gases. Cuando la totalidad de los manifestantes expresó su protesta ante las autoridades estatales negando a reinscribirse, el comedor estudiantil fue cerrado con el propósito de someterlos por el hambre... Una y otra vez, los transgresores sureños han respondido a las pacíficas protestas del Dr. Martin Luther King con la violación y la intimidación. Ellos han arrojado bombas a su casa, llegando casi a matar a su esposa e hijo; lo han agredido físicamente; lo han arrestado 7 veces por exceso de velocidad, vagancia e infracciones similares, y ahora lo acusan por el delito de perjurio que le puede acarrear la pena de 10 años de prisión.

La tirada del New York Times en 1960 era de 650.000 ejemplares. De esa cantidad, 394 copias iban para suscriptores y para la venta en Alabama. Entre los suscriptores se encontraba el “Montgomery Advertiser”, diario matutino local de esa ciudad, y su “hermano”, el “Alabama Journal” que aparecía a la tarde. Uno de los lectores del New York Times era el joven editor Ray Jenkins, quien escribió el 5 de abril una nota referida a la solicitada. Allí, además de citarla en varios párrafos, concluía remarcando una serie de errores sobre ciertos hechos que aparecían en el aviso. Al leer la nota publicada por Jenkins, el editor del “Advertiser”, Grover Cleveland Hall Jr., hizo otra en su periódico que apareció el 7 de abril.

10 Citados por Badeni, Gregorio, “Doctrina de la Real Malicia”. ADEPA, 1996, separata 23.

Al día siguiente, el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan, remitió una carta al New York Times y a cuatro de las personas que aparecían en la solicitada como luchadores por la libertad en el sur (eran los cuatro pastores negros en Alabama; durante el juicio todos negaron haber dado su consentimiento para que aparecieran sus nombres en la solicitada), requiriendo una justa y completa retractación de las manifestaciones falsas y difamatorias publicadas por el diario.

Por cuanto no se mencionaba a Sullivan, los abogados del Times respondieron justamente en ese sentido; además agregaron que los hechos descritos eran substancialmente correctos, finalizando con un requerimiento a precisar las razones en que la solicitada lo involucraba. Sullivan no contestó y el 19 de abril inició una acción por libelo en los tribunales de Montgomery¹¹, reclamando una reparación por daños que ascendía a los 500.000 dólares.

Antes de continuar con la historia de este juicio, quiero hacer una breve referencia a un hecho que llama poderosamente la atención. El 9 de mayo de 1960, el gobernador de Alabama, John Patterson, escribió al New York Times una carta prácticamente en los mismos términos que la enviada por Sullivan: requerir una retractación porque sentía que se le habían realizado imputaciones deshonorosas como Gobernador. Todo indicaba que también iniciaría las acciones legales, aunque, al igual que Sullivan, no estaba nombrado en la solicitada. Pero, a diferencia de lo ocurrido con este último, el New York Times publicó una nota pidiendo disculpas al Gobernador Patterson, bajo el título "Retractación del Times por las manifestaciones en el aviso". El 16 de mayo el presidente de "The New York Times Company" le escribió personalmente al Gobernador, solicitando disculpas e incluyendo una copia de la nota publicada. A pesar de todo, dos semanas más tarde, Patterson inició acciones contra el

diario, los cuatro pastores más el Dr. King. Al ser interrogado en el juicio de Sullivan sobre los motivos de la carta, el secretario de The New York Company adujo que no querían que se interpretara la solicitada como un reflejo del estado de Alabama, y el Gobernador de alguna manera era quien la representaba.

Otro aspecto interesante para resaltar es que la elección de los pastores como demandados se relacionaba con un aspecto legal: imposibilitar que el pleito fuera resuelto por algún tribunal federal, quedando la disputa en el ámbito de la justicia local. Las razones de esto son obvias...¹²

El juicio fue decidido en el Tribunal del Juez Walter Burgwyn Jones, concluyendo en tres días (desde el 1 hasta el 3 de noviembre). Otra desgraciada curiosidad: en el "record" del juicio se nota que el nombre de los abogados del diario y de Sullivan estaban precedidos por la palabra Señor; en cambio, el nombre de los cuatro pastores, solo por la palabra "abogado": la diferencia es que estos últimos eran afro-americanos. El primer paso había sido la selección de los jurados: luego de las impugnaciones, quedaron 12 personas, cuyos nombres aparecieron en la portada del Alabama Journal. Los abogados del New York Times protestaron porque ello constituía un factor de presión, pero el pedido fue rechazado.

Para que prosperara un caso por libelo debía demostrarse que los enjuiciados habían publicado una manifestación difamatoria sobre Sullivan¹³. Sin duda que este era el punto más

12 De todos modos los abogados del diario intentaron un planteo sobre la jurisdicción de la justicia local, pero sin éxito alguno.

13 Cabe hacer alguna breve explicación. Como se verá más adelante, una acción por difamación envuelve cuatro elementos: una afirmación falsa de hechos relacionados con quien acciona; la misma, realizada a una tercera persona sin ningún privilegio; haber lesionado el honor de quien acciona; y, finalmente, haber causado perjuicio. Respecto de esto último, a veces se presume y otras veces hay que probarlo: si la difamación es escrita o aparece publicada, se llama libelo, y el perjuicio se presume; si la manifestación es verbal y se imputa la comisión de

11 Circuit Court of Montgomery County, un tribunal del estado de Alabama.

complicado para acreditar, por lo cual los abogados realizaron esfuerzos para mostrar que la solicitada obviamente implicaba a su cliente: las razones eran que todas las referencias a las actitudes adoptadas por la policía estaban ligadas a su persona porque era él quien estaba a cargo de ese cuerpo. Por otro lado, debido a que la verdad de las manifestaciones podía ser utilizada como defensa, demostraron que algunos de los hechos descriptos en la solicitada eran equivocados.

Por la defensa del diario, los abogados demostraron cómo un aviso de tal naturaleza era publicado: lo más importante era que la solicitada se encontraba firmada por personas conocidas, y además de ninguna manera implicaba a Sullivan.

Luego de instruir al jurado, el juez Jones indicó las tres preguntas que debían responder: ¿habían los enjuiciados realizado la publicación?; ¿las manifestaciones se relacionaban con Sullivan?; y si ambas respuestas eran afirmativas: ¿cuál era el monto indemnizatorio por los daños causados a Sullivan?¹⁴. Después de dos horas y veinte minutos el jurado condenó al diario y a los cuatro pastores a pagar 500.000 dólares.

El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama confirmó el fallo¹⁵. En primer término entendió que el caso se debía resolver bajo la doctrina del *common law* como un libelo *per se*, debido a que existía una publicación cuyas palabras tendían a dañar al ofendido en su reputación; bajo esta doctrina los daños se presumían. En relación a la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el

un crimen –entre otros ejemplos–, se llama *slander per se*, y el daño también se presume. A su vez, el libelo se divide en *per se*, cuando la difamación surge claramente de las palabras, y *per quod* cuando el que recibe la expresión debe conocer algo más para entender el sentido difamatorio.

14 Cabe aclarar que según el *common law*, en este tipo de casos el daño se presumía. Ver nota anterior.

15 Hubo intentos de promover un nuevo juicio, pero fueron rechazados.

Tribunal apeló al conocimiento promedio de la gente que interpretaba que el personal policial estaba bajo las órdenes del comisionado, y que la crítica a esos grupos generalmente atacaba al funcionario que estaba a cargo. La respuesta a la violación a la primera enmienda se encontraba sólo en un párrafo: la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones de libelos. Quedaba pues la vía del *certiorari* para que el caso lo resolviera en definitiva la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

La decisión de la Corte

Es historia conocida que el 9 de marzo de 1964, el fallo de la Corte de Alabama fue revocado por la Suprema Corte de Justicia. El juez William J. Brennan fue el encargado de desarrollar el voto de la mayoría, quien luego de una detallada fundamentación histórica y jurídica, concluyó sobre la inconstitucionalidad de las reglas del *common law* aplicadas en aquel estado, para finalmente expresar el estándar que debían aplicarse a este tipo de casos, vulgarmente conocido por “real malicia” (*actual malice*)¹⁶.

Luego de hacer una exposición sobre los hechos y la decisión de los tribunales inferiores, el juez Brennan comenzó por analizar los argumentos de la Corte de Alabama. El primero se refería a que la Enmienda 14 se dirigía contra la acción estatal pero no contra la acción de los particulares. En respuesta a ello, el juez Brennan indicó que aunque se tratara de un litigio civil entre particulares, los tribunales de Alabama habían aplicado una regla del derecho estadual que imponía inadmisibles restricciones a la libertad de expresión y de prensa. Por ello, no interesaba que esa ley se hubiera aplicado en una acción civil y formara parte del *common law*, porque en definitiva lesionaba garantías constitucionales.

16 Los fundamentos de la mayoría y la minoría pueden consultarse también en el artículo citado de Gregorio Badeni, nota 10.

El segundo argumento de la Corte de Alabama expresaba que las garantías constitucionales de libertad de expresión y de prensa no se aplicaban al caso *New York Times* porque se trataba, para el caso del diario, de un aviso pago de carácter comercial. El juez Brennan rechazó el precedente que se traía para sostener esa postura (*Valentine vs. Chrestensen* –316 US 52), porque en ese caso la Corte había reafirmado la protección constitucional a la libertad de comunicar informaciones y difundir opiniones, basando aquel precedente en las circunstancias de hecho que permitían sostener que el volante en *Valentine* era una propaganda puramente comercial, y que la protesta contra actos oficiales fue incluida como pretexto para evadir una ordenanza municipal que prohibía distribuir en la vía pública publicidad comercial. En ese caso, la publicación no era un aviso comercial, sostuvo la Corte, porque comunicaba información, expresaba opiniones, enunciaba agravios y realizaba varias protestas.

En cuanto a si las publicaciones pagas en definitiva recibían -o no- la protección constitucional, el Juez Brennan entendió que la circunstancia de que el *Times* hubiera cobrado dinero para la publicación era tan irrelevante como lo era el hecho de que también se vendieran los diarios y libros: cualquier otra conclusión provocaría una cierta prevención por parte de los diarios contra la publicación de solicitadas y podría cerrar una importante fuente para la difusión de informaciones e ideas por parte de aquellas personas que no cuentan con otra posibilidad de acceso a los medios de prensa y que desean ejercer su libertad de expresión sin ser miembros de la prensa. Con ello, en opinión de la Corte, se coartaría el propósito de la Primera Enmienda de asegurar la más amplia divulgación posible de diversas fuentes antagónicas. La conclusión fue terminante: si las palabras pretendidamente difamatorias están protegidas por la Constitución, no pierden tal protección por haber sido publicadas en la forma de un aviso pago.

Entrando al nudo de la cuestión, el juez Brennan agregó:

La protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión en asuntos sobre cuestiones públicas, hace muchos años que ha sido decidida por nuestros fallos. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la “República”, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... Poreso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser deshinibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos. La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referentes a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluida dentro de la protección constitucional. La cuestión radica en si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y pretendida difamación del demandante.

Como se verá más adelante, la conclusión a ese interrogante fue concluyente: ni el error sobre el hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para levantar la protección constitucional que pesa sobre las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos. El juez Brennan destacó entonces dos cuestiones importantes: que el temor por elevadas indemnizaciones podía servir de autocensura, así como exigir la prueba de la verdad a quien publica por el temor de no poder acreditar sus manifestaciones ante un tribunal. De esta manera, se estaría limitando la amplitud del debate público, lo cual, a criterio de la Corte, resultaba incompatible con la Primera Enmienda.

El voto de la minoría estuvo encabezado por el juez Black, al cual adhirió el juez Douglas. Formularon una severa crítica al

voto de la mayoría, a pesar de que también propiciaron la revocatoria del fallo. Fundamentalmente concluyen en cuanto a la absoluta imposibilidad por parte de los estados de limitar la libertad de expresión y de prensa en relación a los funcionarios públicos, apartándose del criterio de la mayoría que sólo lo permitía cuando hubiera real malicia.

Un razonamiento similar encabezó el juez Goldberg:

el impresionante despliegue de argumentos históricos y de precedentes contenidos en el voto de la mayoría confirma mi convicción de que la Constitución otorga a la prensa y a los ciudadanos una mayor protección para el ejercicio de su derecho de crítica pública que el que le proporciona el principio sentado por la mayoría. En mi opinión, las Enmienda 1 y 14 de la Constitución acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que puedan causar los excesos y abusos... Imponer la responsabilidad por comentarios críticos a la conducta oficial, sean o no erróneos y aún dolorosos, resucitará efectivamente la obsoleta doctrina de que los gobernados no deben criticar a sus gobernantes.

Finalmente, un argumento del juez Goldberg que me parece atractivo:

Si el funcionario debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhiba la valiente y efectiva administración de la política de gobierno, también los particulares deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial.

La doctrina de la real malicia

La doctrina de la real malicia, a la que el juez Brennan arriba por los fundamentos antes expuestos, consiste en que

las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una

manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Tres son los problemas que me interesa analizar y que surgen a la luz, al interpretar el estándar propuesto por Brennan: el primero se refiere a la calidad de figura pública que debe revestir el sujeto pasivo de la imputación; el segundo, al alcance del *reckless disregard* o, tal como se ha traducido a nuestra lengua, la temeraria despreocupación sobre la falsedad de la manifestación; y, por último, la distinción entre afirmaciones de hechos, sujetos a la calificación de verdaderos o falsos, en contraposición a la manifestación de opiniones.

Respecto del primer problema enunciado, es el propio juez Brennan quien, en una nota a continuación de la enunciación de la doctrina, manifiesta que al resolver ese caso no tienen ocasión de expedirse en relación a cuál es el alcance de la regla dentro del *ranking* de los empleados gubernamentales, o, dicho de otro modo, expresar cuáles son exactamente las personas incluidas en esa categoría. En la misma nota aclara, también, que no se ocupan del alcance de la categoría conducta oficial.

Esta nota constituye un fuerte llamado de atención para la aplicación de la doctrina, debido a que debe delimitarse a quiénes se les aplica la regla. El desarrollo de la jurisprudencia comienza con los casos *Curtis Publishing Co. vs. Butts* y *Associated Press v. Walker*¹⁷. A pesar de que la Corte no fue unánime, en ellos se aplicó la regla del *New York Times* incluso cuando las personas no eran funcionarios públicos, sino figuras públicas envueltas en temas que el público tenía interés en conocer. En *Butts* se resolvía un asunto por la publicación de un artículo en que se le imputaba al director de deportes de la Universidad de Georgia haber arreglado un partido de football.

17 388 US 130.

En Walker se imputaba a un ex-general haber conducido una manifestación violenta en oposición a los esfuerzos antisegregacionistas de la Universidad de Mississippi. Para fundar su posición el juez Warren aclaró que las figuras públicas, como los funcionarios públicos, cumplían un influyente rol en la sociedad, y que los ciudadanos tenían un sustancial y legítimo interés en la conducta de dichas personas.

Pero la Corte encontró un nuevo desafío cuando, pocos años después, se trajo a consideración un caso donde el agraviado era una figura privada. En 1971, al resolver el caso *Rosenblon vs. Metromedia INC*¹⁸, el razonamiento cambió desde la consideración del sujeto pasivo, hacia el contenido de lo publicado: si lo publicado era de interés público, se aplicaban las reglas de *New York Times*. Pero tres años después esa regla fue abandonada en *Gertz v. Robert Welch INC*¹⁹. En este caso se consideró que Gertz, un abogado de Chicago que había atendido un caso de trascendencia pública, no era una de las figuras públicas a las que debía aplicarse la regla de *New York Times*. A partir de ese precedente, parecería que la Corte ha elaborado una limitada interpretación de lo que debe entenderse por figura pública en los términos de la doctrina de la real malicia. En 1976, en el caso *Time Inc. v. Firestone*²⁰, el periódico había publicado erróneamente distintas cuestiones relativas al divorcio de la Sra. Firestone. La Corte sostuvo que no se trataba de una persona pública básicamente porque ella no se había expuesto voluntariamente al riesgo de ser dañada por publicaciones falsas y porque ella no se había autoimpulsado a una controversia pública. Dos decisiones posteriores continuaron con esta línea

restrictiva de la Corte: *Hutchinson v. Proximire*²¹ y *Wolston v. Reader’s Digest*²².

Parecería entonces, que a pesar de que la Corte ha restringido la interpretación de la calidad de sujeto pasivo que se debe tener en cuenta para la aplicación de la doctrina de la real malicia, resulta claro que ella siempre se aplica en caso de funcionarios públicos –por su relación con la “cosa pública”– y en los casos de figuras públicas que voluntariamente se han expuesto a algún asunto de interés público.

El segundo problema de interpretación de la regla que propuse se refiere al aspecto subjetivo acerca de quién realiza la manifestación falsa.

La Corte en *New York Times* enunció como condición de la responsabilidad de quien efectuara la manifestación que lo hiciera con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. La primera proposición no ofrece problemas; no puede decirse lo mismo de la segunda.

Aquí radica uno de los problemas claves cuando se trata de transvasar la doctrina de la real malicia a sistemas jurídicos que no reconocen la categoría del *recklessness* en el ámbito de la responsabilidad por hechos ilícitos. Dicho de otro modo, por más que uno traduzca literalmente –como se ha hecho aquí– “reckless disregard of whether it was false or not” por “temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”, la traduc-

21 443 US 111. Se trataba del caso de un científico cuya labor había sido caracterizada como un ejemplo de malgasto del gobierno.

22 443 US 157. Wolston inició juicio porque en 1974 se había publicado en un libro una lista que lo incluía como un agente soviético. Wolston había sido objeto en 1954 de una escasa repercusión pública después de una condena por no haber comparecido ante un gran jurado que investigaba espionaje soviético. La mayoría de la Corte consideró que Wolston no se había lanzado voluntariamente a la controversia, por lo que mal podía ser considerado como figura pública.

18 403 US 29.

19 418 US 323.

20 424 US 448.

ción no sirve para interpretar lo que la Corte estadounidense, en su contexto jurídico, quiso decir. Conviene, pues, delimitar esa categoría en su propio contexto para luego estudiar si resulta factible asimilarla a otro derecho positivo.

En *Harte-Hanks Communications Inc. vs. Connaughton*²³ el máximo tribunal de los Estados Unidos tuvo oportunidad de desarrollar lo que entendía por este concepto, haciendo algunas afirmaciones que mantienen la vigencia de la doctrina. Así, se sostuvo que si bien los casos de libelo (*libel*) relacionados con figuras públicas estaban bajo la regla de la doctrina de la real malicia, el estándar no se encontraba satisfecho solamente con la mala voluntad o malicia en el sentido ordinario de la palabra. En relación a esto es interesante tener en cuenta que el juez Stevens, al decidir el caso por la mayoría, en una nota expresamente aclaró que la frase “real malicia” –*actual malice*– es desafortunadamente confusa y que nada tiene que ver con malos motivos o mala voluntad²⁴. Aclaró además que es misión del juez instruir al jurado en inglés llano el sentido de la frase para contribuir a la correcta aplicación del estándar.

Esta última afirmación resulta de extrema importancia, porque si en el propio ámbito en donde se acuñó la teoría, el binomio *actual malice* es semánticamente confuso, poco podemos esperar de la simple traducción del término: real malicia no quiere decir nada, es una entelequia cuyo contenido debemos interpretar no a la luz de las palabras que la componen sino a la luz de los principios donde se originó.

Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo “reckless disregard for the truth” o, como se ha traducido en nuestra lengua, “temeraria despreocupación por la verdad”; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido

23 491 US 657 (1989).

24 Parecidos fueron los argumentos del juez Black en *New York Times v. Sullivan*.

acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un **alto grado** de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad²⁵ o **debió** haber tenido **serias dudas** sobre la verdad de la publicación²⁶. Aclara asimismo que **se necesita más** que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber **suficiente** evidencia de que en el caso concreto el enjuiciado tenía en consideración **serias dudas** sobre la verdad de la información. Y finaliza el juez Stevens diciendo que fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer *reckless disregard*. En su lugar, en estos casos, la existencia de *recklessness* debe fundarse cuando hay **obvias razones** para dudar la veracidad o la exactitud de lo que se publicará.

En conclusión, aquellos principios que reclamaba para la interpretación del concepto parecen asimilarlo a la categoría del dolo eventual largamente elaborada por la doctrina penal²⁷, descartando toda posibilidad de interpretarlo dentro de la categoría de los delitos imprudentes²⁸.

Resta pues analizar el último de los problemas que el “estándar” de la real malicia nos ofrece: la necesaria y previa diferenciación entre expresión de hechos y expresión de opiniones.

25 En esta afirmación cita al precedente *Garrison v. Louisiana* 379 US 64 (1964).

26 Con cita al caso *St. Amant v. Thompson* 390 US 731 (1968).

27 Sobre la categoría del dolo eventual, cfr. por todos, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Ilícito. Disvalor de acción y Disvalor de resultado*. Ed. Hamurabi, 1991.

28 Si mi conclusión en este aspecto es cierta, en el ámbito de la responsabilidad penal poco aporta el estándar en el aspecto del tipo subjetivo, ya que la Corte Suprema de Justicia Argentina reiteradamente ha dicho que los tipos penales en cuestión son dolosos. Sobre este aspecto, cfr. Bertoni, Eduardo Andrés, “La Crítica Política y su Relevancia para los Tribunales Internacionales”, en: *Libertad de prensa y derecho penal*. AAVV, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

El problema no aparece con todo su esplendor en el fallo New York Times, sino en el fallo Gertz, donde la Corte norteamericana, en palabras del juez Powell, indicó que cuando se interpreta la Primera Enmienda, no hay posibilidad de entender que existan “ideas falsas”. Pero, por otro lado, aclaró que no hay ninguna protección constitucional para expresiones falsas sobre hechos.

La separación entre expresión de hechos y expresión de opiniones resulta muy importante en el contexto del *common law*, toda vez que las acciones por libelo (*libel*) o por *defamation* deben tener en cuenta cuatro elementos, entre ellos que los dichos deben ser falsos²⁹. Dentro de ese contexto, uno de los privilegios es el *opinion privilege*, que adquiere protección constitucional a partir del caso Gertz tal como quedó expresado: la expresión de opiniones siempre es libre.

Sin embargo, es importante remarcar que aún antes de esta aparentemente tajante conclusión de la Corte, ya existía en la doctrina del *common law*, lo que se denomina la defensa del “comentario justo” (*fair comment*), que significa que quien hace una expresión de opinión elude su responsabilidad si la crítica es concerniente a asuntos públicos, si la opinión se basa sobre una razonable inferencia de hechos verdaderos, si la crítica representa la opinión actual de quien la hace, y si no se critica sólo con el propósito de causar daño.

La doctrina de la real malicia (*actual malice*) elaborada al tiempo de New York Times vino justamente a cambiar las reglas del comentario justo (*fair comment*), en cuanto a que permitían los comentarios sólo cuando se basaban en hechos verdaderos y el comentario era una razonable inferencia de ellos. Según Frederick Schauer esto surge claramente de una cuidadosa lectura

del caso Coleman v. MacLennan³⁰, al que la Corte hace una importante remisión en el fallo de 1964. En Coleman, la Corte estatal se preguntó si la libertad de expresión estaría en peligro si la discusión estaba acotada a manifestaciones que pudieran ser demostradas como verdaderas. En ese precedente se respondió afirmativamente, con lo cual se decidía que confinar a la prensa al “comentario justo” o “razonable” era inconsistente con una estricta protección a la libertad periodística. En razón a que en el fallo New York Times se hace una expresa y exacta referencia al caso Coleman, resulta claro que ninguna limitación del *common law* relacionado con la “razonabilidad” de la inferencia, podía sobrevivir.

La verdadera importancia de New York Times es, por lo tanto, que se le da a los dichos sobre los hechos tanta relevancia como la opinión, en cuanto a la libertad de expresarlos³¹, al eliminar la estricta diferenciación entre ambos. En otras palabras, aun manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparados constitucionalmente si para su expresión no se comprueba “real malicia”.

De todos modos, en la hipótesis más clara tal como lo expone la Corte en Gertz, esto es, la libertad de opinión, la situación es bastante confusa debido a la dificultad de separar “hechos” de “opiniones”, siendo éste el tercer y último problema que me propuse tratar. Es posible que tal confusión surja precisamente porque la situación debe definirse en el campo de la semántica donde muchas veces el significado de las palabras no resulta igual al contenido que le quiso dar el difusor.

Un ejemplo tal vez alcance para entender a que me refiero: Harry Canter fue el personaje principal en el juicio Common-

30 78 Kan. 711, 98 P. 281 (1908).

31 Cfr. Schauer, Frederick F., “Language, Truth, and the First Amendment...”. *Virginia Law Review*, Vol. 64, pag. 169. Ver nota 13.

29 Cfr. Note, “The Fact-Opinion determination in defamation”. 88 *Columbia Law Review*, 1988, pág. 809.

wealth v. Canter³², que fuera una derivación menor del enjuiciamiento y posterior ejecución de Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti. Canter había sido un activista durante las protestas públicas relacionadas con el juicio, apareciendo tiempo después de la ejecución con una pancarta que decía “Fuller-Asesino de Sacco y Vanzetti”. Fuller era el gobernador de Massachussets al momento de aquellos hechos e inició un juicio por libelo contra Canter, quien en definitiva fue condenado, a pesar que durante el juicio manifestó que lo que había querido decir era que el gobernador era el responsable moral de tales ejecuciones. La Suprema Corte de Massachussets entendió que las palabras debían ser interpretadas de acuerdo a su sentido ordinario, natural y razonable. En definitiva, Canter, quien sin duda estaba expresando una opinión, fue condenado por una mala elección de las palabras con las que pretendía expresarlas. Este caso demuestra que la determinación sobre si una manifestación es verdadera o no, inevitablemente nos lleva al uso del lenguaje y a la conclusión acerca de que cualquiera podría ser condenado solamente por hacer expresiones de manera que violen las convenciones lingüísticas sociales.

Sin ánimo de dar una conclusión definitiva a este problema³³, puede sugerirse el test propuesto por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia (en pleno) en el caso Ollman v. Evans³⁴. Para determinar si estamos ante una afirmación de hechos o tan solo frente a una expresión de opiniones deben tenerse en cuenta cuatro factores: la especificidad de los términos utilizados; su verificabilidad objetiva; el contexto lingüístico donde fue utilizado; y el contexto social. La especificidad porque un lector razonable no puede inferir hechos de una manifestación indefinida o ambigua; la verificabilidad, porque

un lector razonable no puede considerar que una manifestación sin un plausible método de verificación pueda contener afirmaciones de hechos; el contexto lingüístico igualmente influye a la disposición del lector a inferir hechos desde una particular expresión; finalmente, el amplio contexto social donde la manifestación aparece de igual modo indica al lector la probabilidad de que la expresión constituya la afirmación de un hecho o sólo una opinión.

Los problemas expuestos respecto de la doctrina de la real malicia no surgen solamente cuando tratamos de “adaptarla” a un contexto normativo diferente del que proviene. Parecería que la expresión que se le atribuye a un arduo defensor de la libertad de expresión, el Profesor Alexander Meiklejohn, en cuanto a que el fallo New York Times v. Sullivan constituía una ocasión para bailar en las calles³⁵ se ha ido desdibujando con el tiempo: en palabras de Anthony Lewis³⁶ hoy no ocurre la profecía expuesta por Meiklejohn.

Son muchos quienes comienzan a vislumbrar la posibilidad de un nuevo cambio en la interpretación de las acciones por difamación de funcionarios o figuras, acercándose cada vez más al criterio amplio propuesto por los jueces Black, Douglas y Goldberg en el propio fallo en análisis. Como hemos visto, ellos proponían una absoluta inmunidad para la crítica de los asuntos relacionados con los funcionarios públicos.

Según Robert Post³⁷ recientes investigaciones empíricas sugieren que el estándar de la real malicia (*actual malice*) en lugar de proteger la libertad de expresión, paradójicamente

35 Citado por Kalven, Harry, “The New York Times Case: a note on “The central meaning of the first amendment”. *Supreme Court Review*, n. 125, 1964., págs. 191-221.

36 Cfr. “New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment”. 88 *Columbia Law Review*, 1983, pág. 603.

37 “Defamation of public official”, cit. *supra* nota 5.

32 269 Mass. 359, 168 N.E. 790 (1929).

33 En verdad, no la tengo.

34 750 F.2d 970, 979 (D.C. Cir. 1984) (en banc), *certiorati* denegado 471 US 1127 (1985).

alienta a iniciar acciones por libelo: las razones se encuentran en que quien acusa al medio periodístico, aun cuando pierda el juicio, siempre tiene la excusa de asumir la derrota porque no pudo probar la real malicia, apartando el punto central de su propia discusión, esto es, la verdad o falsedad de lo publicado. El Iowa Libel Research Project encontró que los funcionarios públicos veían el acto de iniciar el juicio, independientemente de su resultado, como una efectiva respuesta a lo publicado porque legitimaba sus reclamos sobre la falsedad.

Uno de los puntos centrales de la crítica del estándar de la real malicia (*actual malice*), envuelve razones ligadas, por un lado, a la característica del proceso en donde se desenvuelven las acciones resarcitorias de los supuestos daños causados por alguna expresión; y, por el otro, a los costos que el pleito acarrea.

Para entender las razones de ello, es preciso realizar una aclaración previa: debido a la necesidad que tiene quien plantea una acción por difamación de probar la real malicia, ambas partes durante una etapa previa común a todos los juicios –el *discovery*– tienen la posibilidad de llevar a cabo una investigación preliminar que incluye el hacerse interrogatorios recíprocos y solicitar distinto tipo de documentación.

En verdad, la propia etapa del *discovery* también pone en crisis algunos aspectos de la libertad de prensa, en todo lo referido al secreto de la fuente periodística y a la investigación periodística. La Corte Suprema de Justicia estadounidense de alguna manera trató esta cuestión en el caso *Herbert v. Lando*³⁸ donde, si bien se descartó la posibilidad de crear un procedimiento especial para los medios, dio a entender –algo confusamente– la posibilidad de que en este tipo de casos se permitiera un “*discovery* restringido”. En verdad, el juez Marshall se

38 441 US 153 (1979).

opuso a esta interpretación en el entendimiento que la etapa de *discovery*, tal como se encuentra regulada para este tipo de acciones, ya de por sí afectaba la garantía de la libertad de prensa. A mi juicio, resulta evidente que la doctrina de la real malicia propone un estándar sobre el “proceso de investigación”, no un estándar sobre los “resultados” de esa investigación, con lo cual, la posibilidad que se otorga de inmiscuirse en aquel proceso es bastante ilimitada.

Tanto los costos³⁹, como el desgaste que produce el juicio en el medio de comunicación, aunque en apelación salga vencedor, han llevado a preguntarse seriamente si un estándar tan poco claro no produce los mismos efectos que el juez Brennan pretendía disipar al fallar en *New York Times*: la autocensura. Aún más, algunos legisladores y académicos han reflatado la discusión sobre reformas dirigidas a eliminar la necesidad del *actual malice* en los litigios por libelo relacionados con funcionarios públicos⁴⁰.

Pero no sólo el estándar de la real malicia se ha puesto en crisis por razones económicas; hay quienes llevan tal interpretación de la Corte al extremo de entender que la doctrina crea un mecanismo perverso⁴¹: cuanto peores la investigación periodística, menos dudas pueden surgir sobre la verdad o la falsedad de la información, por lo que se premia en definitiva al menos laborioso.

La conclusión de todo lo expuesto parece bastante desalentadora: la tan remanida doctrina de la real malicia no sólo aportaría muy poco en el campo de la responsabilidad penal⁴², sino

39 Sobre el particular cfr. Lewis, cit. *supra* nota 8; Abrams, Floyd “Why we should change the libel law”.

40 Cfr. Post, Robert “Defamation...”, cit. *supra* nota 5.

41 Cfr. Shapiro, Martin, “Libel regulatory analysis”. 74 *California Law Review*, pág. 883.

42 Ver *supra* nota 28.

que además ofrece puntos débiles en la interpretación del concepto y en su aplicación aún donde fuera originaria. La pregunta es ineludible: ¿es rescatable el fallo *New York Times v. Sullivan* y de sus seguidores? Adelanto mi respuesta en el sentido positivo, tal vez no por su conocida conclusión, el estándar de la real malicia, sino por su fundamentación, que permite colocar a la libertad de expresión en asuntos de crítica a funcionarios públicos en una situación de privilegio frente a otros bienes jurídicos en juego.

Conclusión: el principio a ser rescatado

Para arribar al estándar de la real malicia, la Corte toma su punto de partida en el destino que había tenido la “Sedition Act” de 1798⁴³. En palabras del juez Brennan, toda la discusión que siguió a aquella permite encontrar las claves sobre el verdadero significado de la Primera Enmienda. Para entender el sentido del fallo, conviene hacer un poco de historia.

La doctrina del libelo sedicioso florece en Inglaterra a partir de la Star Chamber de 1637. A ella se llega en un clima de fuerte censura de los libros que operaba en la isla desde comienzos del siglo XV. Después de 1566, el sistema de publicación estaba bajo la autoridad de la *Stationer’s Company*, una asociación de imprenteros y editores que controlaban todo lo relacionado a sus menesteres. En los tiempos de Shakespeare los libros debían pasar por el control de ese organismo y debían ser aprobados por el Arzobispo de Canterbury o por el Obispo de Londres (en la práctica ambos tenían un equipo de personas que en verdad eran los que ejercían la censura). Todo esto fue reforzado por la Star Chamber. Pero razones políticas, llevaron al rey Charles 1º a convocar un parlamento en 1640 (The Long Parliament). Una de las primeras acciones de

ese cuerpo fue abolir la Star Chamber. Comenzó entonces a surgir innumerable cantidad de panfletos de carácter político y religioso. Pero, en 1643, nuevos avatares políticos hicieron que el Parlamento reinstalara el control sobre la imprenta, aplicando un mecanismo de licencias que virtualmente reinstauraba el viejo régimen.

En este contexto histórico, John Milton escribe en 1644 *Areopagitica*, su famoso discurso en favor de la libertad de expresión. Muy brevemente los principales argumentos contra un régimen de licencia previa a la publicación eran cuatro, dos pragmáticos y dos filosóficos. El primero se refería a la comparación de la censura con los métodos de la Inquisición, institución plenamente aborrecida en Inglaterra en aquel momento; el segundo se refería a la premisa que para conocer el “bien”, necesariamente hay que confrontarlo con el “mal”, por lo que la lectura de cualquier libro era beneficiosa; el tercero indicaba que la censura de libros era inútil, porque seguían existiendo otras formas de expresión no censuradas; y el último en parte volvía al segundo, indicando que la salvación de Inglaterra se daría gracias a la constante búsqueda de la verdad, y a ella se arribaría con la confrontación permanente. Este último aspecto, la búsqueda de la verdad, constituye para algunos el fundamento de la libertad de expresión.

El sistema de licencias siguió hasta 1694, cuando el Parlamento decidió no renovarlo. Además de la censura se estableció el régimen de libelo sedicioso, mediante el cual la expresión podía constituir un crimen cuando atacaba a los gobernantes. Se trataba de un crimen de elaboración del *common law* de manera tan ambigua que ejercía un fuerte temor en los súbditos. Para peor, de nada valía intentar demostrar la verdad de lo afirmado porque se interpretaba que el crimen consistía solamente en disminuir la estima del gobernante, causando con ello alguna conmoción pública. Esta fue la doctrina que tiempo después, en Inglaterra, iluminó la interpretación del libelo sedicioso.

43 Harry Kalven –*A Worthy Tradition* (1988)– explica que es una gran ironía que la *Sedition Act* nunca había sido tomada en consideración por la Corte en aquel tiempo, pero con *New York Times* se la declara inconstitucional.

En los Estados Unidos de Norteamérica estas ideas ingresan en 1798 con la Sedition Act, sólo siete años después de la sanción de la Primera Enmienda. En efecto, se establecía como delito la difamación al gobierno o a sus funcionarios. La sanción estuvo relacionada para algunos con la paranoia de una posible invasión o injerencia francesa; pero parecería que en realidad fueron razones de eminente política interna las que llevaron a su promulgación. Así fue como los seguidores del entonces llamado partido republicano, entre ellos Jefferson y Madison, la criticaron duramente⁴⁴. Este último explicaba que la diferencia entre la forma de gobierno en Inglaterra y en América era lo que impedía la sanción del régimen del libelo sedicioso e imponía distinto trato de la libertad de expresión en ambos países.

Algunas de estas críticas son las que toma el juez Brennan en su voto en 1964 para hacer la interpretación del verdadero valor de la Primera Enmienda. Uno de sus párrafos es lo suficientemente elocuente, en cuanto afirma, en primer lugar, que ni los errores sobre hechos ni la difamación resultan por sí solos, o combinados, suficientes para remover el escudo que tiene la crítica a la conducta de los funcionarios públicos⁴⁵; y en segundo término, que ello es la lección que brinda la “gran controversia” sobre la Sedition Act de 1798.

Como decía más arriba, uno de los principales actores de, en palabras del juez Brennan, la “gran controversia”, había sido James Madison. En el voto lo cita textualmente concluyendo que “el derecho a la libre discusión pública de la administración de los funcionarios públicos, era, en la opinión de Madison, un principio fundamental de la forma de gobierno de los Estados Unidos”⁴⁶.

44 Cfr., por ejemplo, Madison, James, *Virginia Report*, 1799.

45 376 US 273.

46 376 US 276.

Después de recordar otras opiniones –por ejemplo, las de Thomas Jefferson– el juez Brennan arribó a la conclusión en cuanto a que “reflejan un amplio consenso en cuanto a que la Sedition Act, por la restricción que imponía a la crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, era inconsistente con la Primera Enmienda”⁴⁷. En definitiva, la doctrina del libelo sedicioso se encontraba fuera de la tradición norteamericana, y, por lo tanto, fuera de la Constitución.

La lógica del fallo es, por lo tanto, la siguiente: como la regla de Alabama sobre el “comentario justo” (*fair comment*) se acercaba peligrosamente a instaurar el libelo sedicioso como una ofensa perseguible judicialmente, resultaba violatoria de la Primera Enmienda. En tal sentido, toda la referencia a la Sedition Act no era simple retórica: constituía la principal explicación del fallo.

De las referencias a Madison y Jefferson se desprende que la doctrina de la real malicia sustentada por la Corte en *New York Times*, tiene sus fundamentos en una base histórica. La Constitución de los Estados Unidos encierra un acuerdo político de fundamental importancia: quien controla y regula lo hace, en verdad porque la sociedad, el pueblo, la gente, los ciudadanos, o como se nos ocurra llamarlos (“We the people..”, según el preámbulo) se lo permiten. En palabras de Meiklejohn⁴⁸, este acuerdo político no transforma al ciudadano en un esclavo del poder: “Los hombres libres no son hombres sin gobierno. Son gobernados por ellos mismos”. La cita de Madison hecha por el juez Brennan, es concluyente al respecto: “La gente, no el gobierno, son los poseedores de la absoluta soberanía”.

Como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos sino que actúan por las personas, sus actos deben

47 *Idem*.

48 Meiklejohn, Alexander, “Political Freedom. Part. 1: Free Speech and its Relation to Self Government”, 1965.

estar abiertos al más absoluto control. En consecuencia, no pueden ellos mismos generar mecanismos que vedan la posibilidad de controlarlos, y para ello no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica a sus funciones. El juez Brennan vuelve a citar a Madison: “Si tomamos en cuenta la naturaleza del Gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas”.

Esta idea fue ampliamente desarrollada por Vincent Blasi: si quienes están en el poder están sujetos a la exposición pública por las incorrecciones que puedan efectuar -de la manera como lo exponen, por ejemplo, los medios de prensa- podrían tomarse medidas correctivas. Y, como contrapartida, si los funcionarios públicos saben que se encuentran expuestos, inevitablemente se encontrarán mucho menos tentados a rendirse ante la tentación del poder para actuar corrupta y arbitrariamente⁴⁹.

En definitiva: el estándar de la real malicia constituye tan sólo una parte de la doctrina que se desprende del fallo *New York Times v. Sullivan*. Es posible que las críticas que pesan sobre aquél estándar nos permitan dudar sobre su supervivencia y viabilidad de aplicación. De todos modos, el fallo encierra un principio político relacionado con nuestra forma de organización que la trasciende: en una sociedad democrática la persecución judicial por crítica a los gobernantes resulta inadmisibles.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEY PENAL*

Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ

49 Blasi, Vincent, “The Checking Value in First Amendment Theory”. *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1977, No. 2.

* La versión original de este artículo fue presentada en el VI Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Antigua, Guatemala, 14 y 15 de julio de 1999.

Introducción

Las discusiones desatadas en las últimas décadas en torno a la libertad de expresión dan una idea de la importancia señera de este derecho constitucional en la presente Edad Informativa. Las tensiones y los campos de batalla se han movido desde el antiguo baluarte de los derechos subjetivos, hacia el frente de los derechos sociales, exigiendo una interpretación de este derecho ahora como un derecho con vocación social¹, como sustrato de la vivencia democrática y como reflejo de las posibilidades benéficas de alcanzar la transparencia de los asuntos públicos mediante el proceso de facilitar información veraz, completa y amplia a los ciudadanos², todo ello en una sociedad cada vez más marcada por el signo tecnológico.

El derecho a la libertad de expresión ha pasado por diversas etapas, pero sin duda nos encontramos viviendo a finales de este siglo XX una marcada tendencia a visualizar este derecho como requisito para la participación ciudadana, y por ende en la búsqueda de una vivencia verdadera de la democracia. El signo tecnológico trasluce aquí la superación de la necesidad de entender el ejercicio del derecho a la libre expresión únicamente a través de medios escritos, como sucedía con la antigua y tradicional comprensión del derecho a libertad de imprenta o de prensa. Hoy día gana cada vez más terreno la idea de la libertad de expresión como derecho o libertad de información³.

1 Cfr. Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Colex, Madrid, 1992, p. 22.

2 Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias, Asturias, España, 1994, p. 17.

3 Jaén Vallejo, *op. cit.*, p. 22.

Estamos discutiendo en torno a un derecho constitucional que manifiesta de una manera singular las relaciones de tensión en la sociedad actual. Estas relaciones de tensión no sólo se producen entre los medios de comunicación⁴ y los particulares, sino también frente al Estado, en la medida que dicho derecho constitucional implica la posibilidad de una colectividad mejor informada y, por ende, más preocupada de los diversos acontecimientos sociales, pidiendo y ejerciendo otros derechos constitucionales⁵, lo que se traduce en una preocupación por mayor participación en las decisiones políticas sobre los problemas que aquejan a todo el conglomerado social⁶.

No cabe duda de que se trata de uno de los derechos humanos más importantes, y este detalle le concede ya un papel y un peso específicos en la configuración de la democracia, en la cual implica, sin duda alguna, un elemento constitutivo de dicho régimen político⁷. La democracia vive precisamente del intercambio de informaciones y de la libre discusión de las ideas, tal y como lo expresara correctamente el Tribunal Constitucional Federal Alemán⁸.

Desde el punto de vista interpretativo, este derecho constitucional ofrece una cantera riquísima para la interpretación, no

4 Las referencias amplísimas de Luhmann acerca del papel de los medios de masas en los procesos sociales y en los procesos internos resultan altamente sugerentes, no sólo de la complejidad de dichos procesos sino también de sus consecuencias frente a los individuos. Al respecto cfr. Luhmann, Niklas, *Die Realität der Massenmedien*, Oppladen, Westdeutscher Verlag, 2. erw. Auflage, 1996, pp. 12 y ss.

5 Cfr. Márquez, Marcela, "Aspectos Fundamentales de la Libertad de Prensa en Panamá", en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 175 y ss.

6 Villaverde, *op. cit.*, pp. 30-31.

7 Al respecto, correctamente, Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 222, Rn. 1.

8 Cfr. BVerfGE 7, 208 -Caso Lüth-; 61, 10 y ss.

sólo por la amplitud conceptual que ofrece, sino en virtud de que ha venido siendo interpretado como la base de todos los elementos de la libertad⁹. Tal carácter parece desprenderse desde su primera enunciación en la Declaración de los Derechos Humanos y Civiles de 1789 y en otras manifestaciones recientes, como lo fue en la Ley Fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal de Alemania), donde el derecho a la libertad de expresión de ideas fue reformulado como una garantía reactiva a los excesos y vicios del régimen nacionalsocialista¹⁰, de tal manera que el ciudadano reciba además una garantía para que pueda acceder a fuentes de información públicas con el fin de informarse¹¹.

De esta manera es que puede comprenderse que no sólo en el plano de la interpretación constitucional, como también en el marco de su operatividad legislativa, el derecho a la libre expresión está cada vez más unido al contexto global de manejo de las informaciones.

La circunstancia que vivimos, marcada profundamente por el desarrollo incesante y vertiginoso de las tecnologías de la información y de la comunicación, señala, sin duda alguna, uno de los futuros posibles del derecho a la libertad de expresión y obliga a observarlo en la perspectiva de su inserción en un contexto social que pone un especial interés en el tráfico de datos e informaciones, las cuales, en muchos casos, buscan la construcción de opinión y convencer también sobre determinadas tendencias, situaciones y peculiaridades. Este contenido de juicios de valor como herramienta para expresar opinión y convencer sobre la propia perspectiva ha sido uno de los ele-

9 Cfr. BVerfGE 5, 134 ss.

10 Villaverde, *op. cit.*, p. 42.

11 Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

mentos que han sido protegidos tradicionalmente mediante el derecho a la libertad de expresión¹².

En la presente investigación pretendemos echar un vistazo a la discusión constitucional acerca de la existencia de un derecho a la libertad de expresión como forma de tutela de la persona, a partir de su dignidad y respeto a la libre autodeterminación, al mismo tiempo pretendemos ubicarlo en su moderno entendimiento como derecho o libertad de información y extraer de allí algunos elementos para la discusión jurídico penal. Las relaciones de tensión entre el derecho penal y la protección constitucional de la libertad de expresión serán estudiadas posteriormente y se extraerá de este análisis algunas consideraciones de *lege ferenda* que quizá podríamos llamar de política criminal.

Fundamento Constitucional del Derecho a la Información

Es interesante que los textos constitucionales de la región no contengan una directa referencia del derecho a la información, y resulta especialmente digno de mención, que las únicas notas hechas por el constituyente acerca del tema de la información lo sean en cuanto al acceso a los departamentos administrativos con el propósito de información¹³, quedando a salvo, por expresa determinación de los textos, los secretos de Estado, y sólo en algunos casos se reconoce el derecho del consumidor a "recibir información adecuada y veraz"¹⁴. Y resulta

12 Para el caso de la República Federal de Alemania cfr., en lugar de muchos otros, Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

13 Por ejemplo, el artículo 30 de la Constitución Política de Costa Rica y el mismo numeral de la Constitución Política del Ecuador.

14 Por ejemplo, en este sentido el artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949, reformado en 1996. La tendencia hacia un reconocimiento expreso del derecho a la información, se nota, sobre todo, en las Constituciones provenientes de los movimientos de reforma de la década de los años noventa. Por ejemplo, la Constitución Política de Guatemala, en su artículo 35 parece ir en esta novedosa dirección cuando garantiza el libre acceso a las fuentes de información,

interesante este hecho, porque refleja una tendencia distinta a las Constituciones que se dieron luego de regímenes totalitarios, como ocurrió en el caso de la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹⁵, la cual reaccionó frente a los esquemas y estructuras del nazismo y dio lugar a un amplio reconocimiento del derecho a la información¹⁶.

El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁷ recogió esta reacción, y si se lee junto con

prohibiendo a la autoridad pública el limitar este derecho. Así planteado se constituye en una forma de garantía directa a la libertad de información. La Constitución Política de Nicaragua de 1995, reconoce, en su artículo 26, una forma de *habeas data* para proteger el acceso de los ciudadanos a la información que se haya registrado sobre ellos en bancos de datos en manos de autoridades estatales, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad se tiene esa información, con lo que se constituye en uno de los textos constitucionales más avanzados de la región centroamericana. La Constitución Política del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, incorpora expresamente, en el artículo 28, el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Al mismo tiempo, en el artículo 26, se reconoce la otra dimensión del derecho a la información cuando garantiza el derecho a generar, procesar o difundir información, como también al uso de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines. La Constitución paraguaya prevé también una forma limitada de *habeas data*, como parece ser la tendencia en las recientes constituciones de América del Sur. La Constitución Peruana del 30 de diciembre de 1993, incorpora abiertamente la tutela del derecho a la información, y recientemente se ha incorporado el artículo 200, inciso 3, el recurso de *habeas data*, como garantía genérica de acceso y rectificación de datos personales que dañen los derechos reconocidos en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2 de la Constitución. Por su parte, México, en la Constitución Política, concretamente en su artículo 6, se menciona expresamente el "derecho a la información" como un derecho que habrá de ser garantizado por el Estado. En las normas constitucionales haitianas sí se consigna expresamente (art. 28.3) el derecho a la libertad de información, garantizando el acceso a los bancos de datos públicos y privados, mencionando expresamente las atribuciones de la prensa en este acceso a los datos, incluso de aquellos que hayan sido consignados de manera informatizada.

15 Artículo 5, 1, ver comentario de von Münch, GG, Rdnr. 5 y ss.

16 La Constitución Política de 1991 de Colombia incorporó en su artículo 20 la garantía de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, así como la de informar y recibir información veraz e imparcial, con lo que se pone a la vanguardia de los textos constitucionales que recogen la forma más moderna de reconocimiento del derecho a la libertad de expresión como libertad de información.

17 Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

lo dispuesto con el artículo 19, podemos ver que la idea de este Documento era tutelar una libertad a obtener información, es decir, tanto de ser objeto de información, como también sujeto activo de transmisión y envío de la misma, todo en el contexto del libre desarrollo de la personalidad (artículo 22).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 19, recoge este derecho a la información, en cuanto lo define como una libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio idóneo al efecto. En el mismo sentido se orienta también el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Con Novoa¹⁸ podemos concluir que estas declaraciones de derechos parecen señalar una progresión que se inició con el reconocimiento de la libertad de opinión, cuando la expresión de palabra era la forma por excelencia de comunicación humana, luego el reconocimiento se dirigió a la expresión por medio de la palabra escrita, por lo que se agregó la tutela de la libertad de expresar las ideas por escrito. En esta evolución seguiría la necesidad de tutelar el derecho a recibir y buscar información, que en el estado actual de desarrollo social viene a ocupar un papel trascendental, debido a las necesidades de lograr las posibilidades de desenvolvimiento de la personalidad humana en un contexto donde el control sobre las informaciones y datos circulantes tiene la mayor prioridad.

Constituciones Políticas más recientes han empezado a hacerse eco de los problemas propios del tercer estadio indicado por Novoa, que tienen su fuente en el vertiginoso desarrollo tecnológico. El constituyente de Paraguay de 1993, por ejem-

plo, al referirse al espectro electromagnético y sus posibilidades de uso, dejó bien claro que los abusos de ese espectro, que pudieran contribuir a lesionar la intimidad personal o familiar de los ciudadanos serían objeto de una prohibición expresa (artículo 30). Es decir, que el tema del derecho a la información, mediante el uso del espectro electromagnético, debe de ser utilizado, en primera instancia, para abrir posibilidades de desarrollo al país y a los ciudadanos, y que los peligros de abuso en contra de la intimidad deben ser objeto de prohibición.

El constituyente de Perú, también en 1993, estableció a nivel de la Carta Magna, artículo 2, la prohibición de que centros de manejo y tratamiento electrónico de datos suministren informaciones que lesionen la intimidad de los ciudadanos. Siendo este artículo la enunciación total de los derechos fundamentales concebidos por el constituyente, debe entenderse esta prohibición en el contexto general de realización de la persona y de su participación política, convirtiéndose entonces en un límite directo al derecho de la información el que se utilicen datos de las personas, contra su consentimiento, afectando su intimidad personal y familiar.

La Constitución de Colombia de 1991, con reforma de 1997, reconoce también el derecho de informar y recibir información, agregando el requisito de que tal información ha de ser veraz e imparcial.

Estos esfuerzos constitucionales manifiestan el enorme papel que tiene que cumplir el derecho a la información en la época actual, y definen algunos de los caminos que habría que transitar para alcanzar una tutela adecuada de las posibilidades de participación del ciudadano con su ayuda.

En esencia, entonces, el derecho a la información tiende a garantizar, como ya se ha dicho, no sólo el derecho de quienes expresan opiniones, ideas o dan noticia de sucesos que acaecen en el conglomerado social, de brindar estas informaciones al

18 Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, S.A., Primera Edición, México, 1979, p. 142.

público, sino también es una garantía de acceso a la información¹⁹.

La información se ha ido convirtiendo, como ya lo hemos subrayado, en el motor de los cambios de la sociedad, cambios que se producen vertiginosamente. Las personas, que son, en definitiva, quienes promueven esos cambios, requieren un gran nivel de conocimientos, los cuales no sólo les permite percibir la magnitud y esencialidad de los elementos necesarios para alcanzar el desarrollo económico y social, sino que también contribuyen a garantizar la operatividad del extenso y complejo sistema de redes de comunicación que surcan el orbe. Este papel fundamental de la información se puede entender plásticamente si se atiende, por ejemplo, al hecho de que hoy en día existe una relación directamente proporcional entre el grado de democracia y el número de informaciones que circulan. Este hecho refleja que la circulación de informaciones en una sociedad democrática es una señal inequívoca de un pueblo soberano, de un pueblo que decide por sí mismo en ejercicio de su autodeterminación, y que hace efectivo el goce del derecho a obtener datos y a controlar las informaciones que sobre sí mismas circulan en el entorno social. En suma, es demostrativo de que el pueblo propugna y promueve las condiciones para su participación política.

Es por lo anterior que es posible afirmar, que la información es algo más que un valor intercambiable en el contexto social, es la base misma de un régimen democrático donde las tensiones se producen ahora en la lucha por el acceso a los datos e informaciones necesarios para el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la información aunque es un derecho de eminente carácter subjetivo, también es un derecho que interesa

a toda la comunidad, pero no como supuesto de una aceptación social de este derecho fundamental, sino como una demostración de que la participación del individuo en la comunidad depende, en gran medida, del reconocimiento y efectivo ejercicio de este derecho.

Como lo dice un proyecto de Convención de las Naciones Unidas, citado por Novoa, el derecho a la información es un derecho a saber y a buscar libremente la verdad. Esta facultad le pertenece a la persona como aspecto inalienable de su condición, permitiéndole buscar, recibir y difundir informaciones. Los Estados estarían obligados, entonces, a garantizar no sólo la búsqueda y difusión de las informaciones, sino también a amparar la libre circulación de éstas para que el público pueda tomar contacto con estos hechos y formar libremente su opinión²⁰. Esto refleja, sin lugar a dudas, la vocación directamente democrática de este derecho, y su carácter de basamento de todo el contexto de libertades públicas dirigidas a garantizar la participación en la vida política del Estado.

Siendo evidente esta vinculación entre esta garantía y el principio democrático, resulta claro también que en el proceso actual de mundialización resulta indispensable una adecuada tutela del acceso a la información, como presupuesto para alcanzar el nivel de competitividad del país a nivel internacional y las condiciones de desarrollo de la personalidad de los costarricenses, lográndose una mejoría en las condiciones individuales y sociales.

Se trata, entonces, no sólo de garantizar la tradicional libertad de expresión y de opinión, como también de asegurar los requisitos de participación activa en la vida política del país. Una tutela constitucional deseable debe tener en cuenta el entero conjunto de derechos cívicos de participación que puede verse en peligro si existe una manipulación o ejercicio abusivo

19 Cfr. Saraza, Libertad de Expresión, p. 167.

20 Cfr. Novoa Monreal, *op. cit.*, p. 146.

del derecho a informar o a utilizar la información para coartar libertades. Esto requiere, por supuesto, de un análisis que tome en cuenta el signo tecnológico que marca nuestra sociedad y el mundo y que obliga a considerar nuevos peligros y retos no previstos, cuando el legislador constituyente producía en 1949 un debate de reacción frente a los hechos que generaron el rompimiento institucional previo al proceso constitucional de aquellos años.

Es cierto que los textos constitucionales latinoamericanos han hecho un especial énfasis en el derecho a la información, estimo yo porque hubo un mayor interés en subrayar la tolerancia frente a la expresión de ideas y pensamientos, basando en ello también el respeto por la libertad de expresión, la cual es por sí misma un pilar básico del Estado de Derecho. Probablemente sea esta ausencia de reconocimiento directo del derecho a la información un síntoma de que la tendencia del constituyente latinoamericano era apuntalar el futuro del desarrollo del derecho a la libertad de expresión tomando como base la tolerancia a las ideas diversas. Sin embargo, se vienen notando las necesidades de tutela del derecho a la información en todos los países, no sólo en cuanto a su aspecto de acceso a la información, sino también, en cuanto a la garantía de control de la circulación de datos personales²¹.

El Contenido de la libertad de expresión desde la perspectiva penal

Uno de los elementos de especial interés para la tutela dentro del contexto de la libertad de expresión lo constituye, sin duda, la protección de la substancia de las manifestaciones de

pensamiento²². La protección penal del honor de las personas se vincula a este contenido de tutela y manifiesta lo que pueden llamarse “fronteras exteriores” a la libertad de expresión, precisamente allí donde la expresión del pensamiento debe hacerse llegar escogiendo aquellas formas de expresión que clarifiquen el contenido del pensamiento pero que no hieran o afecten de manera innecesaria el honor de la persona afectada. En este sentido, la definición del campo de protección de este derecho constitucional suele depender de la determinación del objetivo de la expresión de pensamiento²³. Una expresión de pensamiento sería considerada, entonces, una ofensa, si ella, más allá de una crítica polémica y exagerada, consiste en la desacreditación de la persona²⁴. Esto lleva, con frecuencia, a poner en la balanza de una parte la protección del honor y del otro la protección de la libertad de expresión, para producir un equilibrio que no suele ser fácil de alcanzar. Si un Tribunal Penal debe decidir sobre un especial contenido ofensivo de una expresión de pensamiento, frente a varias otras posibilidades de interpretación, debe dar especiales razones para escoger una de ellas como ofensiva,

22 Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

23 En la República Federal de Alemania la discusión en la doctrina dominante tiende a dirigirse hacia la distinción entre declaraciones de hechos y el concepto de opinión, donde este último resulta observado como una contemplación valorativa de hechos. Así expuesta la problemática, resulta harto complejo llegar a una clara distinción entre ambos conceptos en el trabajo cotidiano de las oficinas de redacción de los medios de prensa. Por esta razón, alguna parte de la doctrina (Herzog) ha llegado a interpretar que la tutela de la libertad de expresión que da el artículo 5.1 de la GG se extiende no sólo a la expresión de opiniones sino también de noticias y reportajes, donde la cobertura de noticias hecha por particulares quedaría también cubierta por el ámbito de protección constitucional. Al respecto de la problemática jurídico-penal, cfr. con más detalles Jaén Vallejo, *op. cit.*, pp. 181 y ss. Acerca del ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, oración 2, 1 de la GG v. Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2. Überarbeitete Auflage, 1986, Rdnr. 646 y ss.; Schmidt-Bleibtreu, *GG-Kommentar*. Art. 5, p. 228, Rn. 8 y ss.

24 Así por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en B VerfGE, 82, 272 y ss.

21 Ver en cuanto al comentario de las iniciativas legislativas en esta materia: Chirino, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. Comisión Nacional para la Administración de la Justicia, San José, Costa Rica, 1997, *passim*.

toda vez que la escogencia podría afectar y limitar la libertad de expresión²⁵.

Por supuesto, que el fondo del asunto debe traslucir el contenido de una crítica ofensiva, la cual, en todo caso, no debe ser interpretada ampliamente a fin de no afectar indebidamente la libertad de expresión. Se ha establecido en este sentido, muy especialmente, que no cualquier crítica con contenido ofensivo puede contener el carácter de lesividad que requiere la reacción penal, sino sólo aquella que implique la difamación de la persona.

La ofensa al honor de una persona, cuando es observada desde la perspectiva penal, acarrea la necesidad de determinar las características que definen ese bien jurídico. Se suele entender por él no sólo la tutela de la persona como portadora de valores espirituales y sociales, sino como eje de proyección de su persona hacia los demás. Punto de partida indispensable de esta forma de concebir el honor es precisamente entender que el honor interno de la persona se basa en la dignidad de la persona²⁶, aspecto que le acompaña desde el nacimiento²⁷. Este juego de dimensiones entre aspectos subjetivos internos y externos relacionados con el valor personal del honor y su manifestación como “buena fama” frente a los demás puede sufrir diversas interpretaciones, desde aquella que indica que el valor en juego –desde el punto de vista jurídico-penal– es la necesidad de ser

tratado de manera idónea y adecuada a la forma personal y subjetiva con que se observa la propia vivencia de la persona (Lenckner). También se puede interpretar el honor como el “sentimiento de honor” y la apreciación valorativa de la persona, donde ambos aspectos no son más que elementos integrantes del bien jurídico “Honor” (Maurach). Welzel, Hirsch y Herdegen, por su parte, interpretan el “Honor” como bien jurídico observándolo como un derivado de la dignidad de la persona. Para E. A. Wolff, Otto y Engisch constituye el honor la libre autode-terminación de la persona normal dentro de la sociedad, entendiendo esta “autodeterminación” como dimanante de la “relación de reconocimiento”²⁸.

Todas estas interpretaciones provenientes de la dogmática alemana hacen ver claramente la dificultad de encontrar claridad en la definición de lo que significa el “Honor” como bien jurídico tutelado en los tipos penales de injurias, calumnias y difamación²⁹. Más problemático se hace todavía definir qué debe entenderse por “relación de reconocimiento”, “sentimiento de honor” o cuál sentimiento y cuál honra frente a otros realmente está siendo comprendida por el legislador penal al construir los tipos penales correspondientes.

Tal parece que de una lectura a las disposiciones penales vigentes en los países de la región resulta que el legislador le ha puesto una especial atención al “Honor” como una capacidad del ser humano para definir sus comportamientos con un cierto contexto de sentido y de dirigir este comportamiento a valores y normas³⁰. Cuando una persona tiene esta capacidad estaría,

25 Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 225, Rn. 3. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 14 de julio de 1993, 1 BvR 12/91, Rbeistand 1993, pp. 47 y ss.

26 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Español, entre otras en STC 214/91 -Caso de Violeta Friedman y el honor del pueblo judío-, del 11 de noviembre: “...el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’ que reconoce el artículo 10 CE...”.

27 Este sentido de interpretación fue externado por el Gran Senado en Materia Penal del Tribunal Federal Alemán en su famosa sentencia BGHSt 11, 68.

28 Con un análisis de todas estas interpretaciones cfr. Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 1.

29 Idéntica problemática puede detectarse en la discusión española y latinoamericana, cfr. al respecto Llobet/Rivero, *Comentarios al Código Penal*. Juricentro, San José, 1989, pp. 137 y ss.

30 Otra no es la conclusión cuando se leen las regulaciones sobre Injurias y Calumnias contenidas en los Códigos Penales de la región. Los tipos penales

entonces, en capacidad de ser titular de una relación de disponibilidad con su “Honor”³¹. De esta manera sería el “Honor” un valor que se produce dentro del contexto de comportamientos de sentido y de direccionamiento del actuar cotidiano a valores y normas. Por ello sería únicamente un aspecto de la dignidad de la persona, por lo que no puede observarse como una calidad o cualidad cumulativa o alternativa que pueda hacerse de la buena fama³² o del sentimiento de honor de la persona, ya que ambos elementos acarrearán muy problemáticas visiones o proyecciones del valor de una persona, que en ocasiones pueden ser justas y otras injustas³³, pero que en todo caso tienden a señalar el objeto de protección precisamente allí donde lo único que es observable es, precisamente, la pretensión de respeto de la persona a partir del valor de prestigio que dimana de ésta³⁴.

reflejan la acción a partir de procesos comunicativos: ofendiendo de palabra o de hecho; o deshonrando mediante la propalación de especies idóneas, con un objeto de protección que va desde la “auto-imagen” hasta el llamado “honor subjetivo” y la “autoestima” pasando por el honor social y la imagen social, como resulta claramente en el caso de la Difamación. Al respecto resultan correctas las conclusiones de Issa El Khoury Jacob, Henry, “El Desacato dentro de un Derecho Penal Republicano”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 66 y ss.

31 Al respecto cfr. Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 3.

32 El concepto de buena fama suele presentar serios problemas de interpretación, sobre todo en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, donde el derecho al honor no está comprendido en el derecho a la vida privada, por lo que el honor y la reputación parecen dimanar de un análisis diverso del que se ha sostenido hasta aquí. Ejemplificante de esta difícil postura lo es la sentencia Lingens (STEDH Lingens, A 103, núm. 42), donde se enjuiciaron unas declaraciones del periodista Lingens sobre el entonces Canciller austríaco Bruno Kreisky, por las que fue objeto de una condena penal. Al respecto cfr. Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994, pp. 54 y ss.

33 Así, correctamente, Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5.

34 Issa El Khoury Jacob observa, con razón, que algunas legislaciones penales, como la costarricense, tienden hacia una dualidad de ofendidos según criterios funcionales, habiendo entonces ofendidos privilegiados en las ofensas recibidas en razón de su carácter de funcionarios públicos, como ocurre en el caso del delito

La pregunta abierta y palpitante de la discusión penal sigue siendo, todavía, la que plantea el por qué de la tutela penal del Honor. Se discute aún por qué debe el derecho penal proteger la pretensión de un ser humano a ser tratado según el valor de prestigio que de él o ella dimana. Una respuesta a ello, desde el punto de vista antropológico, surge de inmediato cuando se observa, con razón, que una persona en la sociedad tecnológica en la que vivimos solamente puede vivir y desarrollarse a partir de sus posibilidades ínsitas, cuando el resto de los miembros de la colectividad respetan y reconocen su valor como persona³⁵. No en vano se ha venido incluyendo en las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos la garantía específica de la tutela a la honra y la dignidad de la persona, tal y como se hace en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, documentos todos donde se prevé la tutela de este derecho humano fundamental para la vida de convivencia. El reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona lleva a la lógica conclusión de que un desconocimiento de esta dignidad acarrea, directamente, una disminución de las posibilidades de desarrollo de su personalidad y un evidente daño a sus posibilidades de autodeterminación³⁶.

de Desacato. Esto es, en esencia, una duplicación de la tutela del Honor, llevando a la diferenciación antes dicha, con consecuencias jurídico-penales diversas: desde el punto de vista de la coerción se tiene que quien ofende a una persona que no ostenta cargo público recibe, a lo más, una pena de multa, mientras que quien ofende a un funcionario público recibe una pena privativa de libertad. Cfr. al respecto de Issa El Khoury Jacob, Henry, *op. cit.*, p. 72.

35 Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5. El Tribunal Constitucional Español ha hecho hincapié en el carácter comunicativo del derecho al honor, subrayando su ámbito de funcionamiento frente a los “otros”, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia y rechazo hacia una persona. Para este tribunal, el contenido del derecho al honor, es “...lábil y fluido, cambiante y en definitiva... dependiente de las normas y valores e ideas sociales vigentes en cada momento”. (STC 223/1992 -Caso del arquitecto y el Círculo Católico de Banyoles-, de 14 de diciembre.)

36 Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5.

Las relaciones de tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho penal

Llegados a este punto, resulta de particular importancia reflexionar sobre los ámbitos de acción tanto del derecho a la libertad de expresión como del derecho penal. Para ello resulta esencial entender que si partimos de un derecho al honor como derivado de la dignidad humana, entonces su ámbito de acción tiende a proteger a la persona titular del “Honor” frente a comportamientos comunicativos de “otros” que van dirigidos a escarnecer o incluso humillar ante uno mismo o los demás³⁷. El derecho a la libertad de expresión no concede un derecho fundamental a humillar o insultar a una persona, tanto en comentarios salidos del contexto de la formulación del pensamiento o de las manifestaciones que se hagan, como también en expresiones con un contenido meramente injurioso o incluso despectivo³⁸.

Interesa entonces investigar el ámbito de acción de los tipos objetivos de injurias, calumnias, difamación y desacato, a los efectos de encontrar ámbitos de compatibilidad y de separación con el interés constitucional de tutela del derecho a la libre expresión.

1. El delito de Injurias

El delito de Injuria es usualmente entendido a partir de la acción típica de ofender de palabra o de hecho en su dignidad o

37 Así lo observó, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en su STC 85/1992 -Caso del concejal liliputiense-, de 8 de junio.

38 STC 85/1992, de 8 de junio. La Suprema Corte de los Estados Unidos también lo ha entendido así, muy concretamente en el famoso Caso Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942). El uso del lenguaje debe potenciar el intercambio de ideas y argumentaciones y en modo alguno el intercambio de insultos que en nada favorece a la libertad de expresión e información. Cfr. acerca de estos criterios Villanueva, Ernesto, “¿La libertad de expresión vs. el honor de las personas? ¿Qué debe prevalecer?: Una Reflexión Documentada”, en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc48/libertad.htm>

decoro a una persona³⁹. Los seguidores de una tesis psicológica sostienen la necesidad de un dolor moral en la persona a la que va dirigida la injuria, lo que llevaría a aceptar la consideración de este delito como un delito de resultado⁴⁰. Sin embargo, el bien jurídico del “Honor” no debe esperar a que haya una manifiesta y significativa reacción de la víctima frente a la injuria, es decir, no hay que esperar a que haya una verificación del daño en el sentimiento de autoestima de la persona afectada. A esta conclusión acertada conduce la llamada tesis normativa, cuando pone el énfasis en la acción de dañar la dignidad y el decoro de la persona con total independencia del sentimiento de valía y aprecio que la persona tenga, ya que si la persona no tiene ningún aprecio por sí misma, es decir, que se menosprecia, o que, por el contrario, se tiene a sí misma en muy alta estima, pondría la protección penal a funcionar únicamente en atención a la sensiblería o a la sensación personal de valía⁴¹. Esto no fue lo buscado por el legislador penal a la hora de construir el tipo penal de injurias.

El bien jurídico tutelado por el tipo penal de injurias no es una relación o ente de convivencia que requiera un cambio material exterior para los efectos de tener por realizada la conducta, basta con que la dignidad o decoro de la persona resulten afectadas⁴².

39 Así, por ejemplo, el Código Penal de Bolivia, art. 287; el artículo 145 del Código Penal costarricense. El Código Penal chileno, en su artículo 416, tiende a formular el verbo típico a partir tanto de la acción de proferir una expresión como también la de ejecutar una acción que impliquen deshonra, des crédito o menosprecio de una persona. En este último sentido se orienta también el artículo 489 del Código Penal ecuatoriano. El Código Penal salvadoreño en su artículo 179 prefiere también esta fórmula atendiendo a la ofensa de palabra o de hecho que implique daño a la dignidad o decoro de una persona.

40 Al respecto cfr. Llobet/Rivero, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

41 Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 145, con más detalles.

42 Issa El Khoury Jacob plantea que el bien jurídico tutelado por el tipo penal de “Injurias” está referido al honor, pero en tanto que cubre la autoimagen, el honor subjetivo y la autoestima. Sin duda alguna esta postulación del bien jurídico

A nivel de tipicidad objetiva se suele incluir en las descripciones de los tipos penales de Injurias la acción de ofender de palabra o de hecho la dignidad o decoro de una persona. Normalmente no incluyen los tipos penales ninguna alusión a la falsedad de los hechos⁴³, lo que ha llevado a pensar que este elemento no integra los elementos de conocimiento que deben ser abarcados por el dolo de injuriar, el cual, por otra parte, suele calificarse como dolo directo. Este aspecto de las descripciones suele afectar gravemente la aplicación de los tipos penales de Injurias ya que lleva a no considerar las amplias posibilidades del error de tipo o incluso los ámbitos de atipicidad por contener las apreciaciones hechas sobre la persona ofendida un contenido de verdad. Bianchi y Gullco⁴⁴ sostienen que la “falsedad” sí integra los tipos de injurias, sobre todo cuando ellos van referidos a “temas de interés público” que involucran a “personas públicas”. La “falsedad” sería para estos autores un elemento de la tipicidad objetiva que debe ser abarcado por el conocimiento del dolo, de tal manera que una afirmación que es verdadera nunca podría ser constitutiva del delito de injurias. Esto abre la puerta a que se analice si el agente tenía un conocimiento incorrecto o falso sobre la “veracidad” de lo dicho, lo que haría, según el caso y las circunstancias, que desapareciera la tipicidad subjetiva de la conducta. Bianchi y Gullco encuentran que esta consecuencia, buscando respaldo en la opinión de Vives Antón,

tutelado complica el panorama interpretativo al incorporar muchos elementos personalistas par el análisis típico, sin embargo, esto es consecuencia directa del fundamento personal del bien jurídico tutelado. A pesar de utilizar criterios normativos no resulta posible apartar del análisis de la tipicidad penal aspectos referidos a la víctima de las ofensas a fin de determinar el alcance ofensivo, esto último no es consecuencia de la teoría psicológica sino del principio de tutela de bienes jurídicos en un derecho penal republicano. Cfr. al respecto, Issa El Khory, *op. cit.*, 71 y ss.

43 La doctrina dominante en Alemania tiende a aceptar que la falsedad de tales alegaciones integra el tipo objetivo de la injuria. Cfr. al respecto Jaén Vallejo, *op. cit.*, p. 187.

44 Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*. Librería Editora Platense, La Plata, 1997, pp. 196 y ss.

para el análisis de la tipicidad de injurias proviene precisamente de la materialidad del derecho a la libertad de expresión, de tal manera que si la imputación es sobre hechos públicos, la veracidad subjetiva excluye, al igual que en la calumnia, la tipicidad de la conducta.

A nivel de la tipicidad subjetiva de la injuria se suele discutir, igualmente, el tema del famoso *animus injuriandi* que desde Beccaria acompaña a esta figura penal. Los que han querido ver este “ánimo” como integrante de los delitos contra el honor, aceptan también que habría otros “ánimos” que excluyen dicho elemento subjetivo del tipo, tal y como es el caso del *animus defendendi*; *el animus retorquendi* o el ánimo de narrar o criticar. Sin embargo, el tipo legal suele ser muy claro en comprender a nivel de tipicidad subjetiva un dolo que incluya en el elemento cognativo el conocimiento de que se ofende a una persona en su decoro y dignidad⁴⁵.

2. El delito de calumnia

Los Códigos Penales suelen referir como contenido del tipo objetivo la atribución falsa de que una persona ha cometido un hecho delictivo. Este punto de partida hace que la configuración típica acepte la falsedad como parte integrante del tipo objetivo y también como parte de los elementos cognativos que han de ser conocidos a nivel del dolo⁴⁶. Siendo así, y demostrada la verdad de los hechos, el hecho deviene atípico.

45 La Sala Tercera de Casación Penal de Costa Rica sostuvo en su fallo No. 18 de las 16:15 hrs. del 30 de enero de 1985, en un caso sobre injurias, que el *animus injuriandi* forma parte de los delitos contra el honor. Al mismo tiempo interpretó que la intención de injuriar se deducía de los actos que se ejecutan y de la significación gramatical de las palabras ofensivas y de la ocasión y forma en que se pronuncian o se escriben. El ánimo de injuriar, de acuerdo a este Voto, podía ser desplazado cuando existía un móvil en el sujeto activo de proteger el interés público mediante el desarrollo de una investigación contenida en una publicación.

46 Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 173.

En general se considera que esta es la forma más grave de afectación al honor, toda vez que la imputación se hace sobre hechos que configuran un hecho delictivo, lo que afecta grandemente al honor de la persona. Siendo la falsedad un aspecto del tipo subjetivo y teniendo en cuenta la gran entidad de la lesión que es posible causar al bien jurídico, es que el legislador penal, en consecuencia, ha permitido una libertad probatoria mayor sobre la falsedad o veracidad de los hechos que integran el delito que se imputa. En cuanto al delito no hay una especificación en la ley penal, por lo que podría ser calumniosa la imputación no sólo de un delito doloso sino también de un culposo. No lo sería la imputación de haber realizado una contravención o el haber cometido un delito putativo o un delito imposible, casos en los cuales podría estarse hablando, más bien, de injurias o de difamación.

3. El Delito de Difamación

La acción típica consiste en deshonrar o en propalar especies idóneas para afectar la reputación de una persona. La diferencia entre la difamación y la injuria no depende del carácter público o privado de la manifestación, sino el hecho formal de que esté o no presente el agraviado lo que produce el elemento diferenciador.

La propalación se alcanza, según lo ha entendido la literatura⁴⁷, con sólo que la ofensa se comunique a un tercero. El tipo penal no exige que la ofensa deba dirigirse a un número indeterminado de personas.

En cuanto a la reputación valen las consideraciones hechas en el numeral dos de la presente investigación. Se trata sin duda alguna de una manifestación o proyección de la personalidad del ser humano hacia los demás y consiste en la valoración que los “otros” hacen de la persona. Por esta razón pueden considerarse

“especies idóneas” todas aquellas manifestaciones que lesionen la valoración positiva del sujeto por parte de sus semejantes.

Es un delito de mera actividad y no de resultado, y para su configuración resultan idóneas tanto las palabras habladas como escritas, aunque es imaginable también un acto difamatorio por medio de dibujos o caricaturas. En todo caso, el tipo penal contempla la realización de comportamientos activos por parte del autor de la difamación.

Algunas defensas y correctivos a la tipicidad legal y la antijuridicidad en los delitos contra el honor

1. La prueba de la verdad como causal de atipicidad

La prueba de la verdad ha sido admitida de manera diversa por los distintos Códigos Penales de la región. En algunos casos es considerada una defensa absoluta y amplia, con riesgo incluso de terceros, y en otros casos presentan limitaciones en relación a los hechos que pueden ser probados⁴⁸. El Código Penal alemán admite la prueba de la verdad con amplitud, sin embargo, vía jurisprudencial se han ido estableciendo algunos límites que tienen como objetivo una mayor protección de derechos de la persona. La jurisprudencia estadounidense, por su parte, aceptaba una amplia actividad probatoria de los elementos que constituían la ofensa. No obstante, a partir de los importantes casos *New York Times vs. Sullivan** de 1964 y *Gertz vs. Robert Welch* de 1974 se establecieron diferenciaciones en cuanto a los titulares del derecho al honor en el caso de difamaciones que hubieran sido cometidos por medio de la prensa: cuando se trataba de funcionarios públicos o de figuras públicas, o de cuestiones que susciten un razonable interés

48 Tal es el caso del artículo 149 del Código Penal de Costa Rica.

* Nota del editor. Ver en este volumen: Bertoní, Eduardo Andrés, “‘New York Times vs. Sullivan’ o la malicia real de la doctrina”.

47 Cfr. Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 166.

público, se producía una desviación de la carga de la prueba del dolo y de la falsedad de lo dicho al demandante. Si no se daban esas circunstancias, entonces imperaba el principio general de que tendría que ser el demandado quien tenía que probar la verdad de los hechos.

En general, incluso en aquellos países donde la prueba de la verdad tiene limitaciones, existe una abierta dificultad para determinar la naturaleza jurídica de la *exceptio veritatis*. En efecto, se discute si ésta es una condición objetiva de punibilidad, una causal de atipicidad o una causa de justificación. De hecho la doctrina latinoamericana tiene representantes que sostienen alguna de éstas. En derecho penal costarricense, por ejemplo, se manifiestan Llobet y Rivero por una naturaleza compleja, toda vez que si la excepción de verdad se sostiene para la salvaguarda de un interés público será una causal de justificación. Si la *exceptio veritatis* es solicitada por el ofendido en el proceso de querrela, en tal caso aceptan estos autores la existencia de una condición objetiva de punibilidad, que sólo tiene consecuencias en cuanto a lo punitivo, pero no en cuanto al carácter de típica, antijurídica y culpable de la conducta. Sin embargo, si la excepción de verdad o prueba de la verdad exitosa es presentada en una causa de querrela por calumnia, en tal caso sería una causal de atipicidad⁴⁹.

El tema, en todo caso, no es pacífico, y no deja de tener interés desde el punto de vista de sus consecuencias para la interpretación con una teoría estratificada del delito. Nos decidimos más bien por un carácter de atipicidad para todos los casos en que la *exceptio veritatis* es ejercida con éxito, sobre todo cuando se interpreta que el elemento “falsedad” integra, en general, los delitos contra el honor.

2. El principio de insignificancia como herramienta defensiva

En primer lugar, es posible encontrar una posible defensa frente a imputaciones derivadas por lesiones al honor provenientes de la actividad periodística a partir del principio de insignificancia.

La “insignificancia”, a nuestro modo de ver, pertenece a ese grupo de conceptos legales que dejan la sensación, en una primera instancia, de ser “determinables” a partir de ideas o de presunciones propias del “sentido común”, pero que en el fondo contienen tal grado de porosidad que se convierten en una puerta abierta para que, en el ejercicio de poder implícito en la definición, se integren o interpreten con meras “opiniones” de economía procesal o de racionalización administrativa, que darían al mencionado concepto que lo apartaría de la realización de los principios constitucionales que le dan sentido dentro de la interpretación jurídico-penal.

El criterio de “insignificancia del hecho” al que hacen referencia las modernas legislaciones procesales debe ser definido, y esto como reacción a las posibles opiniones “eficientistas”, a partir de dos criterios: a) por una parte debe de buscarse una definición práctica que una las consecuencias de la aplicación de este principio con la realización de los fines del derecho penal material, que son también los fines del derecho procesal, en tanto y en cuanto es derecho constitucional aplicado. Un segundo criterio b) refiere a la necesidad de buscar argumentos que contribuyan a la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder definitorio de una determinada tipicidad por delitos contra el honor.

El sistema de los principios y normas del derecho penal material ofrece una veta amplísima de puntos de vista y perspectivas que pueden contribuir a alcanzar definiciones de la “insignificancia”, de acuerdo a los límites y fines antes expuestos. La

49 Llobet/Rivero, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

sistemática del derecho penal se convierte, de esta forma, en una herramienta metodológica que pone al alcance del intérprete la posibilidad de resolver problemas concretos de la práctica, como lo es en este caso la aplicación de un criterio de defensa frente a imputaciones jurídico-penales por delitos contra el honor.

Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene “poco” desvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene “poco” desvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es “insignificante” aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte “desproporcional”; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es “in-significante” puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la “mínima culpabilidad”).

Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación

de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente.

La pregunta sobre cuál hecho es “insignificante” y cuál no, es una cuestión que no puede resolverse con un mero ejercicio interpretativo de las normas procesales. Se trata de una pregunta central que atiende al contenido material del hecho, y, por ende, a su significado acorde con las reglas del derecho penal material. Atender al argumento de que al estar la “insignificancia” como un criterio incluido en la ley procesal debe ser interpretado únicamente de acuerdo con los extremos típicos de estas normas, haría olvidar que esta decisión legislativa en modo alguno excepciona el carácter realizador del derecho procesal de las normas del derecho penal material. Por otra parte una aceptación de este argumento sería defender una supuesta subordinación del derecho sustantivo al procesal que no existe ni desde un punto de vista constitucional, como tampoco desde un punto de vista práctico.

Serían insignificantes, desde este punto de vista, cualquier lesión al honor que desde la visión metodológica estratificada de la teoría del delito no constituya un hecho merecedor de persecución por su ínfimo carácter de injusto o su escasa dañosidad. Tal análisis sólo es posible en la casuística que se pudiera encontrar en las diversas “constelaciones de problemas” que son sometidas a los tribunales, y que suelen ser resueltas no directamente por criterios de insignificancia sino por ponderaciones estratégicas de las partes en conflicto para ahorrarse problemas procesales, gastos profesionales o incluso eventuales condenas utilizando la herramienta de la prescripción. Al margen de estas soluciones, las cuales también son posibles, la aplicación del criterio de insignificancia en los delitos contra el honor es de uso exclusivamente judicial y opera como herramienta de atipicidad de la conducta.

3. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión como causa de justificación

Habiendo analizado en el acápite anterior una de las causales de atipicidad que pueden funcionar dentro del análisis jurídico de los delitos contra el honor, corresponde ahora rastrear posibles herramientas de solución de conflictos que puedan derivarse del nivel de análisis de las causas de justificación.

En el caso del nivel de análisis de la antijuridicidad resulta que casi todos los análisis van dirigidos a comprobar si se ha producido o no una causa de justificación, que es una causal de exclusión de uno de los elementos del injusto, que cuando falta, no permite hablar de injusto en el sentido jurídico-penal del término.

Yo parto, como lo hacen otros autores de nuestro margen cultural, que la labor de interpretación del juez corresponde la misión de excluir lesiones bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal, hablándose aquí del principio de insignificancia como máxima de interpretación restrictiva. Esta función parte de consideraciones constitucionales que la Sala Constitucional de Costa Rica ha venido recapitulando en una cadena de sentencias importantísimas que comenzaron con la 523-93, y han seguido constantes hasta la sentencia 6623-96, donde se ha señalado incluso la necesidad del análisis de antinormatividad como un análisis típico ineludible. Responde esta solución que distingue constitucionalmente entre tipicidad y antijuridicidad también a razones político-criminales no siempre presentes en la discusión nacional, es decir, que si el derecho penal es la forma más intensa de lesión o, si ustedes lo quieren, de desaprobación de una conducta, entonces ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal; se trata, claramente, de la aplicación del principio de proporcionalidad en sede derecho sustantivo, un principio que no vale sólo para el derecho procesal penal

sino para todo el ordenamiento jurídico penal y cuyas prescripciones son para todos nosotros, analistas del derecho penal, ineludibles. Esta línea de interpretación ha sido seguida en dogmática alemana entre otros por Hassemer, Baumann, Krümpelmann, Heribert Ostendorf y Roxin, muy especialmente este último, en su importante obra “Política Criminal y Sistema Jurídico Penal”, ya traducida hace varios años al español⁵⁰.

Acerca de las causas de justificación y su distinción, estos son mis puntos de partida y el de otros autores de la dogmática penal moderna. También es el punto de partida de muchos autores que se han referido a las posibilidades que ofrece el derecho a la libertad de expresión como causa de justificación jurídico-penal, aún cuando se suelen sostener tesis diversas sobre la relevancia del análisis de la antijuridicidad dentro del análisis típico. Sin embargo, podríamos aceptar como tesis común en la doctrina, también, que las causas de justificación tienen una razón de ser que las une a todas ellas y que les da sentido dentro de la función político-criminal que ha sido escogida para ellas. Sin duda alguna, la esencia común a todas ellas es la de ser ejercicios legítimos de un derecho, que concede el ordenamiento jurídico, cuando, en situaciones de necesidad, no puede llegar a tiempo a la tutela de bienes jurídicos y por ello concede la posibilidad de que los defiendan sus titulares, aún aceptando las consecuencias que se puedan producir a la víctima. Esta razón de ser común para todas las causas de justificación permite entender su función y su papel en el desarrollo actual del derecho penal.

Si prescindimos de la tesis de Rudolphi del espacio jurídicamente libre, según la cual una conducta puede o no ser jurídica (conforme a derecho) ni antijurídica, sino jurídicamente neutra, conforme a la opinión que estamos representando todas

50 Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. Barcelona, PPU, 1992.

las causas de justificación son “medidas por el mismo rasero”, son tratadas en forma igual, y se niega que haya diferencias de eficacia en su misión de exclusión de la antijuridicidad. En consecuencia, para la dogmática penal sobre la justificación debe ser indiferente si el ordenamiento jurídico considera la conducta del sujeto deseada y ejemplar o si sólo la llega a tolerar, ya que, para esta posición, las causas de exclusión de la antijuridicidad es una regla permisiva que siempre concede al autor el derecho de intervenir y fundamenta así automáticamente para la víctima un deber de soportar la intervención.

Yo no distingo entre causas de justificación, en tanto causales de exclusión de la antijuridicidad, y meras formas de actuación que da el ordenamiento jurídico, ya que el cumplimiento de un deber legal es en sí mismo una causal de exclusión de la tipicidad, basado en que el ordenamiento no puede prohibir y permitir lo que a la vez permite en alguna parte del ordenamiento jurídico. El ejercicio legítimo de un derecho, que ya dijimos es para mí la *ratio essendi* de las causas de justificación, es en sí mismo también una situación paradójica desde un punto de vista procesal, ya que si aceptamos que es una causa de justificación y no una forma de actuación que da el ordenamiento jurídico, nos dirá un fiscal que entonces quien ejerce un derecho debe demostrar en juicio que lo ha hecho. Esto llevaría a una sinrazón constante obligando a quien actúa conforme al derecho y a lo que éste le indica a demostrar que no lo ha hecho de manera antijurídica, lo que no puede desprenderse del principio jurídico de que quien cumple el derecho no debe temer consecuencias.

Las causas de justificación excluyen siempre al injusto, y no existen causas de justificación de diversa jerarquía en relación con la antijuridicidad que excluyen. Todas las causas de justificación son reglas permisivas, pero no por ello someten al sujeto actuante a soportar sobre sus hombros un injusto, ya que por su virtud este injusto desaparece. La víctima que sufre los efectos de una causal de justificación debe soportar estos efectos en

virtud de que quien actúa bajo uno de estos supuestos lo hace amparado en un permiso que da el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico no fomenta la actuación en causales de justificación, simplemente las permite, porque no le queda más salida. Otra respuesta resulta inconsecuente con la misma misión de las causales de justificación en derecho penal. Quien decide ejercerla puede, perfectamente, decidir no ejercerla y no por ello se haría objeto de una persecución penal.

Tomando como punto de partida estas observaciones podemos analizar la problemática del derecho a la libertad de expresión como una fuente de nacimiento de permisos para comportamientos en apariencia típicos de algún delito contra el honor.

En la primera parte de este trabajo sostuvimos la tesis de que el derecho a la libertad de expresión, entendido hoy como una garantía comunicativa de información y de democracia, tiende a manifestar la relevancia de ofrecer una ponderación de bienes jurídicos dentro de la sociedad cuando exista un conflicto entre este ejercicio y el honor y la intimidad de un ciudadano. Se trata, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, de derechos constitucionales y humanos que se imponen límites recíprocos y deben ponderarse según las circunstancias. Esta interpretación proviene de la aceptación de que la libertad de expresión y de información no es sólo un derecho individual sino que se ha ido convirtiendo en un derecho de vocación social, ya que sirve de sustento a la formación de opinión pública, facilitando la transparencia de los asuntos públicos y generando pluralismo político, elementos todos indispensables para la democracia. Sin embargo, no cualquier ejercicio de la libertad de expresión faculta a considerarla una causal de justificación de una lesión al honor. En la misma jurisprudencia constitucional española se ha exigido que dicho ejercicio contribuya a la formación de opinión pública en asuntos de interés general. La información ha de ser veraz, bastando al menos una veracidad *ex-ante*, donde el deber de diligencia del informador comprueba y contrasta los datos y fuentes, permitiéndole ello

una creencia racionalmente fundada de la veracidad de la información. Junto a estos requisitos, se exige también que las expresiones utilizadas no sean puramente vejatorias e innecesarias para la formación del público⁵¹.

De esta manera, como lo sostienen Bianchi/Gullco, sería una hipótesis de ejercicio legítimo de un derecho, cuya fuente dimanante de permiso proviene de la misma Constitución Política⁵².

4. El error sobre la causa de justificación

En esta materia, como lo sostienen correctamente Bianchi/Gullco, también es posible no sólo acotar el ámbito de acción del error de tipo en los casos de falso conocimiento o ignorancia sobre la falsedad de los hechos ofensivos, sino que también es posible encontrar un error sobre la justificante, la cual tiene la virtud de exculpar de manera total cuando dicho error sobre la prohibición es invencible. Partiendo de una tesis de culpabilidad estricta, el mencionado error opera en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad y por ende es relevante en el análisis del reproche⁵³. En este caso, y partiendo del hecho que el reproche del injusto es graduable, corresponde imponer una penalidad menor en virtud de estas circunstancias, pudiendo llegarse, incluso, a una exclusión absoluta del reproche cuando el error sobre las condiciones de la justificante sean absolutamente invencibles.

51 Luzón Peña, Diego, España: “Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 221 y ss.

52 Bianchi/Gullco, *op. cit.*, p. 199.

53 Bianchi/Gullco aceptan la tesis limitada de la culpabilidad y separan un posible error sobre el hecho de la justificante y otro sobre la prohibición, tesis que no sostenemos. Cfr. Bianchi/Gullco, *op. cit.*, p. 204.

Observaciones de *lege ferenda* para un análisis posible político-criminal del castigo de los delitos contra el honor

En la presente coyuntura de los países de América Latina resulta esencial replantear la necesidad de una política criminal de castigo a los delitos contra el honor. Curiosamente no se ha verificado un proceso de construcción de un programa para realizar dicha tarea, ni tampoco se han sugerido respuestas para la angustiosa pregunta sobre los contenidos de esa política criminal, sino que simplemente se ha preguntado sobre la posibilidad de atender a lo indispensable mediante la herramienta del control penal, pregunta que frecuentemente se contesta afirmativamente, atendiendo a la esencialidad como derecho humano que ostenta el honor.

Lo político y lo normativo se enfrentan con enorme frecuencia al reto de intercambiar nexos de comunicación, a entenderse a través de signos que muchas veces no son inteligibles ni para unos ni para otros. Esta problemática se expresa muy especialmente en la dificultad con que el derecho puede realizar las aspiraciones de lo político, muy concretamente cuando lo político tiene expectativas imposibles o al menos inalcanzables para lo jurídico, como cuando se pretende, a través del derecho penal, resolver diversos problemas sociales que, en realidad, deben ser atendidos mediante otros mecanismos, mucho menos violentos, más efectivos y unívocos en relación con los núcleos conflictivos que se pretenden resolver. Esto es particularmente cierto si se observa el tipo de conflictos que suelen resolverse en la sede de las querellas por delitos contra el honor.

En efecto, el derecho penal se ve, ahora más que nunca, cada vez más enfrentado con la “realidad” que pretende aprehender, entendiendo bajo este concepto no sólo el contexto dentro del cual desarrolla el sistema de justicia penal su función, sino también el contexto de los discursos de legitimación de la persecución de los delitos contra el honor. Esta “realidad” manifiesta para el derecho penal que su funcionamiento más bien

genera más violencia, y que sus “soluciones” al conflicto suelen ser las menos aptas para alcanzar los fines que suelen aparejarse a tal funcionamiento.

El derecho penal se encuentra transitando por una de sus etapas más difíciles, no sólo por los evidentes problemas que enfrenta para “legitimar” su misión dentro del conglomerado social, como también porque hoy más que nunca se tiene conciencia que no se le puede confiar al derecho penal la función de resolver problemas sociales, no sólo porque es la peor vía para hacerlo, sino por la multiplicidad de efectos simbólicos que implica.

En la práctica del proceso penal por querrela, y muy concretamente al observar la interacción de sus actores, se pone fácilmente de manifiesto que la mayoría de las veces el interés de la víctima queda eclipsado por el “interés público de la persecución”, provocando esto último una insalvable situación de desconfianza en la “solución” que el sistema penal produce. En otras ocasiones, el fin de tutela de bienes jurídicos queda comprometido por la mera defensa de fines de orden procesal, alcanzando por ese medio que el funcionamiento del sistema traslade la definición práctica del “bien jurídico” al dudoso estatus de una relación de disponibilidad del Estado.

La discusión sobre una posible definición para la política criminal de los delitos contra el honor sugiere más bien que el camino para la construcción o renovación de un derecho penal no debe atender sólo al fenómeno del honor como derecho humano esencial, sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada: la necesidad de información, de su intercambio y de la generación de más conocimiento, en un momento histórico de la humanidad donde el potenciamiento de estos intercambios generará el desarrollo futuro de la forma de vida y de gobierno que hemos escogido.

Resulta casi una verdad de perogrullo el decir que el problema de los delitos contra el honor tiene un gran componente social, que en muchos casos resulta ser un detonante de muchos tipos de acercamiento discursivo y en otros casos es el marco de referencia indispensable para entender o discutir sobre otros tipos de delincuencia (como los delitos cometidos en el seno del hogar o contra bienes jurídicos interindividuales). Pero resulta también irrefutable que no puede creerse que el problema de delitos contra el honor puede reducirse o entenderse exclusivamente dentro del esquema del Derecho Penal y sus instituciones. Esta creencia es la que lleva a pensar que simples enmiendas al Código Penal acabarán con la criminalidad o la mitigarán, olvidando la larga historia de atrocidades y violencia que ha provocado la confianza del legislador en esta tradición.

Reconocemos que una buena parte de la orquestación de estos esfuerzos del Estado para atacar el problema de la delincuencia pueden consistir también en una atención a la legislación penal y a las agencias encargadas de su aplicación e interpretación, pero en modo alguno como factor único y esencial. Así se postula, por ejemplo, en el No. 21 de los “Principios Rectores en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional”, cuando se dice que “...el sistema de justicia penal, además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo...”⁵⁴.

Dentro de esta última idea es que sugerimos que, si bien la reforma penal es un paso dentro del camino hacia la consecución

⁵⁴ Aprobados por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Documento A/Conf. 121/22, Milán, 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985.

de un ideal de justicia social y de una adecuada distribución de la riqueza, como lo establecen muchas constituciones políticas de nuestra región, también es cierto que tal reforma no es en forma alguna un factor que ha de desarrollarse aislado de otras políticas del Estado para incentivar la paz, el respeto por los derechos fundamentales y el desarrollo equitativo de todos los ciudadanos.

El problema que un crítico atento encontraría hasta aquí es que hemos eludido una definición específica de la política criminal deseable en materia de delitos contra el honor, y que también hemos eludido discutir sobre sus contenidos, y es que precisamente ambos problemas refieren a un problema ideológico que rima también con el Estado de Derecho: la definición de ambos aspectos debe encontrarse en estabilidad y concordancia con los fines de Estado de Derecho y no al revés: que el Estado de Derecho deba someterse a los fines y objetivos de una determinada política criminal.

La llamada política criminal tampoco es de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, sino que debe ser aportada en un debate nacional en todos los niveles, donde todos los grupos afectados (también el de los criminalizados o en peligro de criminalización) puedan decir lo que piensan, proponer opciones y escuchar sus posibles sugerencias. La democracia no es un diálogo de grupos sordos y ajenos a las ideologías, sino un debate constante y cotidiano por la realización de fines comunes, fines que quizá se estandarizan en el cumplimiento de una determinada ideología constitucional, lo que al final de cuentas es una consecuencia del consenso.

Esta política criminal, surgida en ese debate amplio, tiene, por supuesto, la posibilidad de generar una reforma penal. En tal caso hemos de esperar que esta reforma coincida con el objetivo que sustenta ese entorno social y ese acomodo político que hemos llamado Estado de Derecho, es decir, precisamente la atención de los intereses de todos, muy especialmente de

aquellos que debido a su silencio social y a su papel altamente problemático dentro del entorno exigen y necesitan de un mayor apoyo y atención a sus problemas.

En esencia, resulta fundamental para el punto de vista que estamos exponiendo que los Estados de la región formulen, en primera instancia, un conjunto de metas a alcanzar, y las líneas generales de una política integral que englobe los principales problemas detectados en relación con la delincuencia, y que de allí se formulen entonces grandes temas para una discusión nacional. Esta discusión no retardará el problema, pero sí permitirá producir posibilidades de solución que gocen de una amplia conciencia e interés de la colectividad.

En esta tesitura es donde conviene dar una especial reflexión a las posibilidades de solución que ofrecen tanto las salidas alternativas al conflicto (formalizadas dentro del mismo proceso penal) como las que ofrecen otras sedes, como la civil, que han demostrado en otras latitudes sus virtudes y evidentes ventajas.

El camino queda abierto para la reflexión, pero sin duda será la ponderación necesaria de los bienes jurídicos en juego, en el marco del Estado de Derecho, quien dará la guía para la interpretación del camino posible para hermanar dos graves necesidades: la tutela de la persona y su dignidad como herramientas de autodeterminación y la libertad de información como herramienta de democratización y transparencia. La pregunta es ahora para ustedes y hemos de iniciar ya el camino hacia una solución posible.

Bibliografía

Arzt, Gunther y Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*. Ein Lehrbuch in 5 Heften, LH-1: Delikte gegen die Person, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1981.

- Bertoni, Eduardo; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabrizio, Gullco, Hernán, *Libertad de Prensa y Derecho Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*. Librería Editora Platense, La Plata, 1997.
- Chirino Sánchez, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. Comisión Nacional para la Administración de la Justicia, San José, Costa Rica, 1997.
- Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Editorial COLEX, Madrid, 1992.
- Issa El Khoury Jacob, Henry, “El Desacato dentro de un Derecho Penal Republicano”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 66 y ss.
- Llobet, Javier y Rivero, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la Personalidad)*. Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.
- Luhmann, Niklas, *Die Realität der Massenmedien*. Oppladen, Westdeutscher Verlag, 2. erw. Auflage, 1996.
- Luzón Peña, Diego, “Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 209 y ss.
- Madlener, Kurt, “El ejercicio legítimo del deber de información del periodista, como causa de justificación en el proceso penal por injurias y difamación”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 192 y ss.

- Márquez, Marcela, “Aspectos Fundamentales de la Libertad de Prensa en Panamá”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 171 y ss.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, S.A., Primera Edición, México, 1979.
- Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2. Überarbeitete Auflage, 1986.
- Rudolphi, Hans-Joachim, Horn, Eckhard, Samson, Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 4. Nuebearbeitete Auflage (Stand: 29. Lieferung (Junio de 1991), (citado como Autor de la Sección, en: *SK-StGB*, parágrafo, Rn. –número de párrafo-).
- Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994.
- Sarazá Jimena, Rafael, *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidación y Propia Imagen*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
- Schmidt-Bleibtreu/Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied; Kriftel; Berlin, Luchterhand, 8. Auflage, Luchterhand, 1995. (Citado como Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG)
- Sociedad Interamericana de Prensa, Proyecto Chapultepec, “Informes Legales Hemisferio Occidental”, documento mimeografiado, 1998.

Villanueva, Ernesto, “¿La libertad de expresión vs. el honor de las personas? ¿Qué debe prevalecer?: Una Reflexión Documentada”, en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc48/libertad.htm>

Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias, Asturias, España, 1994.

von Münch, Ingo (Edit.), *Grundgesetz-Kommentar*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, Tomo I (del Preámbulo hasta el Artículo 20), 1974.

CAPÍTULO III

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
SOCIAL EN EL FORTALECIMIENTO DE UNA
SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*

Fernando ROSPIGLIOSI

* La versión original de este artículo fue presentada en el II Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 25 y 26 de agosto de 1997.

En muchos países se dice ahora que los medios de comunicación están sustituyendo a los partidos políticos y a las instituciones y que, por tanto, están debilitando la democracia. La afirmación es discutible, pero no cabe duda que el papel de los medios y su relación con los partidos y las instituciones están cambiando.

El debilitamiento de los partidos políticos y el aumento de la desconfianza ciudadana en muchas instituciones de la democracia, han sobrevenido paralelamente al crecimiento de la importancia, la cobertura y la influencia de los medios de comunicación. Ya nadie duda de la magnitud de la revolución de las comunicaciones, particularmente de la omnipresencia de la TV.

En algunos lugares se piensa que los medios pueden poner o quitar presidentes. En Brasil se dijo que la poderosa cadena de TV *O Globo* le dio el triunfo a Fernando Collor de Mello en 1990. Ese mismo año, el gerente de la cadena de TV más importante del Perú le comentó a un periodista que ellos iban a hacer presidente a Mario Vargas Llosa. Sin embargo, no tuvo tanta suerte como sus colegas brasileños, lo cual muestra que en algunas oportunidades las expectativas respecto al poder de los medios son exageradas. No obstante, no se puede negar la trascendencia de *Televisa* en la elección de Ernesto Zedillo en México, en 1994, y la aplicación de sofisticados métodos de manipulación que han sido analizados en detalle¹. El éxito

¹ Ver Oppenheimer, Andrés, *En la Frontera del Caos. La crisis mexicana de los noventa, el efecto tequila y la esperanza del nuevo milenio*. Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1996.

político que alcanzó el controvertido magnate de la televisión italiana, Silvio Berlusconi, derrotando a los tradicionales partidos políticos de la península, ha avivado la polémica sobre el papel de los medios en la democracia y ha mostrado que no sólo en países tercermundistas los partidos pueden ser desplazados por nuevos caudillos que sustentan su poder en los medios.

Otra manifestación de la importancia que se asigna a los medios es lo ocurrido recientemente en el Perú. En mayo del 2000, el oponente del reeleccionista presidente peruano Alberto Fujimori, Alejandro Toledo, decidió no participar en la segunda vuelta electoral alegando fraude y denunciando el control absoluto de la TV de señal abierta por el gobierno, lo cual no permitía, en su opinión, elecciones limpias y justas².

¿El cuarto o el primer poder?

La historia del problema es antigua. La frase de Thomas Babington Macaulay, señalando a los periodistas que cubrían las informaciones del Parlamento inglés en el siglo XIX como el cuarto poder, junto al Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, se ha transformado hoy día en una suerte de acusación contra los medios, que estarían asumiendo funciones que no les corresponden, para las cuales no están preparados ni han sido elegidos.

2 El acceso a los medios, en particular a la TV, fue un tema central de discusión en esas cuestionadas elecciones. Al respecto, la Misión de Observación Electoral de la OEA, presidida por el ex Canciller de Guatemala Eduardo Stein, señaló antes de la primera vuelta que "A pesar de algunos intentos iniciales, no se ha constatado un avance sustancial en la adopción de medidas tendentes a producir un acceso equitativo y sin condicionamientos a los medios de comunicación por parte de todas las agrupaciones políticas participantes en la contienda electoral, elemento fundamental para asegurar a la población votante información amplia y diversa sobre las propuestas y posiciones en contienda, así como su debate abierto entre candidatos y analistas" (Boletín N° 2, 17.3.00). Y cuando la Misión se retiró del Perú, antes de la segunda vuelta, considerando que no habían condiciones para una elección libre, limpia y justa, señaló que lo hacía entre otras razones porque "La MOE/OEA lamenta, igualmente, la forma en que se planteó esta contienda electoral, que privó al pueblo peruano de la posibilidad de contar con una oferta plural sobre propuestas de gobierno, transformando el debate en una verdadera "guerra sucia" (Boletín N° 12, 25.5.00).

Si esto fuera cierto, la importancia de los medios para el fortalecimiento o debilitamiento de la democracia sería decisivo. Pero ¿es realmente así? ¿Los medios han dejado de ser eso, medios, para convertirse en actores con fuerza aplastante en las sociedades modernas? Y si es así ¿lo han hecho adrede?

En algunas interpretaciones extremas, los medios han contribuido conscientemente a desprestigiar instituciones de la democracia para tomar el poder de éstas. El Parlamento sería un caso típico.

Las imágenes de congresistas durmiendo o enfrentándose a golpes, que hacen las delicias de fotógrafos y camarógrafos, son ejemplos clásicos usados para fundamentar esa tesis. Los medios, se dice, destacan adrede conductas negativas singulares y las generalizan.

Si bien eso muchas veces es cierto, parece exagerado atribuir a los medios un rol decisivo en la decadencia de ciertas instituciones de la democracia, cuyo desprestigio obedece a razones más profundas, que son objeto de intensos debates en la ciencia política.

Lo que no puede negarse es que en algunos casos, como en el de los Parlamentos, las transmisiones de la TV pueden influir de manera significativa en la modificación de la percepción que tienen los ciudadanos de sus representantes; y también que la presencia de las cámaras afecta decisivamente el comportamiento de los propios parlamentarios que hablan más para ser escuchados y vistos por la TV que por sus colegas.

Eso podría haber contribuido a desprestigiar a los Congresos, percibidos muchas veces como lugares donde se pierde el tiempo en discusiones largas e intrascendentes. Sin embargo, como contrapartida puede argumentarse que la TV –y la radio– ha logrado el sueño de un demócrata: permitir que casi todos tengan acceso a los debates de sus representantes. Desde los

tiempos de la democracia griega, en que los ciudadanos se reunían en el ágora para discutir sus problemas, no se lograba un ingreso de la población –en esa magnitud– a los debates de sus representantes.

Podría argumentarse también que en ese caso, la transmisión directa de las sesiones parlamentarias, la TV y la radio son absolutamente neutrales y sólo reflejan exactamente lo que allí ocurre, a diferencia de lo que viene haciendo la prensa desde hace dos siglos: resumir la discusión y, por tanto, eventualmente filtrar la información de acuerdo a intereses particulares (lo mismo que los noticiarios de la TV)³.

Salvo excepciones, difícilmente puede atribuirse a los medios intenciones protervas cuando difunden imágenes perjudiciales a las instituciones, como el Parlamento. Puede ser que actúen con irresponsabilidad, buscando situaciones que salgan de lo común y que por tanto atraigan la atención del público, pero sólo en contadas ocasiones hay una intencionalidad destructiva⁴.

En suma, la revolución de las comunicaciones ha coincidido con el desprestigio de ciertas instituciones de la democracia y suele atribuirse a los medios gran parte de la responsabilidad en

3 Lo que si parece fuera de duda es que “estamos siendo partícipes de un cambio de paradigma del periodismo político: abandonó su rol de observador y pasó a ser intérprete”. Priess, Frank, “Del mitin político a las cámaras de TV: la nueva cara de las campañas electorales en Latinoamérica”, en: Josef Thesing y Frank Priess (Editores), *Globalización, Democracia y Medios de Comunicación*. Konrad Adenauer Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p. 284.

4 Es, por ejemplo, el caso del Perú entre julio de 1990 y abril de 1992. Desde que llegó al gobierno el presidente Alberto Fujimori se asoció con un grupo de militares golpistas y contribuyó sistemáticamente a desacreditar –con la ayuda consciente o inconsciente de algunos medios– al Parlamento, los partidos políticos y el Poder Judicial, preparando el terreno para el golpe que les permitió hacerse de todo el poder y controlar esas instituciones. Pero aún en este caso extremo, la campaña de Fujimori y los militares sólo pudo tener éxito debido al desprestigio preexistente de esas instituciones.

ese descrédito, acusándoseles de socavar sus bases. Sin embargo, al lado de los factores negativos que puede comprobarse en el desempeño de los medios, hay elementos positivos que los compensan largamente, como las posibilidades de acceso directo a los debates de audiencias amplísimas que antes no tenían manera de enterarse de esas discusiones.

No cabe duda, tampoco, que la revolución de las comunicaciones jugó un papel indiscutible en el derrumbe de los totalitarismos en la URSS y Europa Oriental y, por tanto, a la extensión de la democracia. So riesgo de quedarse estancados tecnológicamente, los gobiernos comunistas se vieron obligados a propiciar una apertura informativa que contribuyó de manera decisiva a su caída. El Muro de Berlín y la cortina de hierro podían impedir el tránsito de personas de un lugar a otro, pero no limitaban el acceso de los súbditos de Alemania Oriental a las ondas de la TV de su vecina Occidental.

Es sintomático el intento del gobierno comunista de China por impedir que su población tenga acceso libre a Internet y los noticieros de TV extranjeros, estableciendo toda clase de trabas y controles. Para ello ha conseguido la anuencia o complicidad de algunos magnates de los medios. Un ejemplo es lo que hizo Rupert Murdoch, que adquirió participación en Star-TV, que cubre Asia vía satélite y que para “asegurarse el mercado chino, cedió ante la presión del gobierno de aquel país y excluyó de la oferta de canales, al BBC World Service, difundido una vez por Star-TV. Pleitesía política que se rinde a un gobierno temeroso del libre flujo de las informaciones, autocensura practicada en interés del lucro”⁵.

Las nuevas tecnologías han influido, sin duda, en las formas de hacer política. El triunfo de John Kennedy sobre Richard

5 Scharlau, Winfried, “Medios de comunicación, globalización y democracia”, en: Josef Thesing y Frank Priess (Editores), *Globalización, Democracia y Medios de Comunicación*. Konrad Adenauer Stiftung-Ciedla, Buenos Aires, 1999, p. 416.

Nixon en 1960 se atribuye a su victoria en el famoso debate televisado que sostuvieron. Hoy día las campañas electorales en la mayor parte del mundo son desarrolladas en función de la televisión. Los mítines y actos públicos muchas veces sólo cuentan en razón de su impacto en la TV.

Igual ocurrió antes con la radio. El presidente Franklin D. Roosevelt la usó magistralmente para comunicarse cada semana con el pueblo norteamericano, y fue reelegido tres veces. En la otra orilla, Adolfo Hitler probablemente nunca hubiera alcanzado el nefasto poder que logró sin la radio.

La tecnología de las comunicaciones tiene, pues, un impacto decisivo en la vida política. Pero de allí no se deduce que eso les dé a los operadores de los medios la capacidad para manipular impunemente a la opinión pública.

Nuevas relaciones entre partidos y medios

“*Las elecciones se deciden en los medios.* Esta frase, bastante usual entre políticos alemanes, se escucha con creciente frecuencia también en América Latina. En este proceso, la figura del militante pierde fuerza, las movilizaciones masivas y las campañas callejeras caen en el olvido”, dice Frank Priess al analizar las transformaciones de las campañas políticas en Latinoamérica⁶. En este escenario, los partidos decaen y la política se personaliza.

A juzgar por lo que constata Priess, los políticos se han dado cuenta rápidamente de la importancia que tienen los medios para conseguir sus objetivos y están actuando en consecuencia. Pero los cambios que motivan esta nueva situación son profundos:

una creciente fragmentación de las sociedades, al disolverse los vínculos tradicionales; una disgregación del entorno social surgido

6 Priess, Frank, *ibid.*, p. 279.

hace cientos de años, con consecuencias sobre las ataduras partidarias heredadas; un comportamiento electoral pragmático de los nuevos sectores medios, lo que provoca una mayor proporción de votantes independientes; una desconfianza generalizada hacia las grandes organizaciones y hacia “los” políticos⁷.

Desde otro ángulo, el debilitamiento de los partidos ha sido atribuido a diversos factores entre los que se pueden señalar:

- La pérdida de funciones del Estado y, en algunos casos, los procesos de desinstitucionalización.
- Triunfo del mercado y la ideología neo liberal.
- El aumento del desempleo, la pobreza urbana, la migración.
- Intervención de actores externos, como organismos multinacionales (FMI, BID, BM) y países o grupos de países (EE.UU., Unión Europea).
- El derrumbe del comunismo y el fin de la guerra fría⁸.

A lo cual hay que añadir la exacerbación de fallas propias de los partidos, amplificadas a veces por los fracasos de las políticas económicas y el aumento de la pobreza:

- Corrupción percibida por los ciudadanos, sobre todo en épocas de graves dificultades económicas, como una de las causas de sus miserias.
- Clientelismo usado en tal magnitud que suscita fuertes rechazos de la población no involucrada.

7 *Ibid.*, p. 280.

8 Ver Landi, Oscar, “Outsiders, nuevos caudillos y media politics”, en: Carina Perelli, Sonia Picado, Daniel Zovatto (Compiladores), *Partidos y Clase Política en América Latina en los 90*, IIDH-CAPEL, San José, Costa Rica, 1995, p. 208.

- Luchas internas por el poder, faccionalismo, que al hacerse públicas refuerzan la percepción de los políticos como seres ávidos de poder que sacrifican todo –incluyendo los intereses del país y los electores– por disfrutar del poder.
- Reemplazo de los “políticos tradicionales” por los “tecnócratas”, menos propensos a responder a las demandas y expectativas de la población.

Como puede apreciarse fácilmente, varios de los elementos presentados en esta corta relación –podría ampliarse–, están presentes en todas las crisis que han afectado a los sistemas políticos en América Latina durante los últimos años, contribuyendo a debilitar a los partidos y a las democracias del continente, poniendo a algunas al borde del abismo o simplemente despeñándolas, como ha sucedido en Perú, Venezuela, Ecuador y Paraguay. ¿Esos problemas pueden acaso ser atribuidos a los medios de comunicación? Quizás la amplitud de la difusión que han alcanzado algunos de esos vicios, haya contribuido a profundizar la insatisfacción ciudadana –eso se discutirá más adelante–, pero no podría atribuirse al medio la responsabilidad, sino a los causantes y responsables de la corrupción, el clientelismo, el faccionalismo, etc.

Paralelamente a estos fenómenos se ha producido el de la revolución de las telecomunicaciones. Para Daniel Bell estamos asistiendo a la cuarta gran revolución comunicativa de la humanidad, la revolución de las telecomunicaciones, una de cuyas expresiones visibles es la expansión de la influencia de la TV, pero que es muchísimo más amplia (transistores, Internet, satélites, fax, teléfonos celulares, etc.). Las tres anteriores fueron la del lenguaje, la escritura y la imprenta⁹.

9 Muñoz Alonso, Alejandro, *Política y nueva comunicación. El impacto de los medios de comunicación de masas en la vida política*. Fundesco, Madrid, 1989, p. 13.

En relación a eso y para efectos del tema de este trabajo, hay dos factores que cabe mencionar. Uno, que como sostiene Oscar Landi, “no estamos en una sociedad *con* medios de comunicación, estamos en una sociedad *de* la comunicación”¹⁰.

El segundo, que como ha señalado Muñoz Alonso, la televisión es en realidad “el único medio de masas de nuestra época”¹¹. Las estadísticas en todas partes muestran constantemente un descenso de la lectoría de diarios y un aumento de las horas que las personas pasan frente a la pantalla de TV¹².

Este predominio de la TV habría producido un proceso degenerativo de la política y de las campañas electorales, donde los ciudadanos deciden la suerte de los gobiernos. Así “las contiendas electorales se transforman cada vez más en contiendas televisivas, en las que el debate intelectual en torno a los temas de interés pierde importancia. Las emociones copan la escena, y cuanto más se conmueve la gente con un político o un tema en particular, tanto mayor será su convencimiento en ese tema”¹³.

Esta escéptica percepción sobre el predominio que ha adquirido la TV en la vida política actual se sintetiza en la siguiente pregunta: “¿qué tan lejos llegaremos con una sociedad que depende más de sus emociones que de sus razonamientos y que posee un espectro de la realidad irrelevante desde el punto de vista racional?”¹⁴.

10 Landi, Oscar, *loc. cit.*

11 Muñoz Alonso, Alejandro, *op. cit.* p. 17.

12 Ver por ejemplo Keane, John, “Lo público en la era de la abundancia comunicativa”; Giuseppe Richeri “Medios de comunicación y opinión pública”, en: Miguel Giusti y María Isabel Merino (Editores), *Ciudadanos en la Sociedad de la Información*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

13 Rutz, Michael, “Duelo en la televisión”, en: Josef Thesing y Frank Priess (Editores), *ibid.*, p. 176.

14 Rutz, Michael, *ibid.*, p. 177.

Este punto de vista es compartido, sin duda, por muchos políticos y por un amplio espectro de analistas, intelectuales y ciudadanos. “Las emociones copan la escena”, dice en el texto citado Michael Rutz. ¿Y cómo era antes? ¿La racionalidad predominaba en la política y en las campañas electorales? Recordemos lo que era el gran escenario antes de la TV, las plazas públicas, los mítines políticos. ¿Tenían éxito los racionales o los que apelaban a las emociones? ¿Cómo se hizo famoso Adolfo Hitler, como llegó al poder, como cautivó y condujo a las masas, con discursos racionales o emotivos e irracionales? Y eso no ocurrió en un atrasado país africano o latinoamericano, sino en la muy culta Alemania.

Es verdad que el de Hitler puede considerarse un caso extremo, lo cual es cierto, pero no por eso deja de tener valor el ejemplo. Lo cierto es que en ese aspecto las cosas no eran muy distintas antes que ahora. La diferencia es que ahora el público al que se dirige el político es muchísimo más amplio que el que se alcanzaba antes, y el ambiente que se crea en la plaza pública está ausente de la habitación donde se ubica el televisor. Pero las lacras de la televisión no pueden llevarnos a idealizar el pasado.

Lo cierto es que la revolución de las comunicaciones ha cambiado al mundo y las percepciones que de él tenemos, y que en esa transformación muchos esquemas y paradigmas de una época muy reciente, que muchos hemos vivido, se han derrumbado. Para algunos políticos el cambio ha sido traumático y no han podido adaptarse. La pregunta es si en realidad ¿hay una degradación de la política que hoy es superficial e irracional o si en verdad no ha ocurrido un cambio sustantivo en ese terreno y sólo se han modificado las formas y los escenarios? O, incluso, si no han habido avances muy positivos al multiplicarse los medios a disposición del ciudadano y al ampliarse decisivamente la cobertura de la población incorporada al alcance de los debates políticos.

Una respuesta demoledoramente escéptica y de negativa valoración de los cambios es la de Giovanni Sartori.

Una nueva especie: el *homo videns*

El profesor Giovanni Sartori, uno de los más prominentes científicos políticos de nuestro tiempo, ha formulado una teoría provocadora: “la tesis de fondo es que el vídeo está transformando al *homo sapiens*, producto de la cultura escrita, en un *homo videns* para el cual la palabra está destronada por la imagen”¹⁵.

Para Sartori este es un hecho tremendamente negativo pero inevitable. Específicamente, Sartori sostiene que la TV ha transformado los procesos políticos y ha adquirido un influencia determinante y nefasta: “La democracia ha sido definida con frecuencia como un gobierno de opinión y esta definición se adapta perfectamente a la aparición de la video-política. Actualmente el pueblo soberano “opina” sobre todo en función de cómo la televisión le induce a opinar. Y en el hecho de conducir la opinión, el poder de la imagen se coloca en el centro de todos los procesos de la política contemporánea”¹⁶.

En esta nueva manera de crear opinión, se usan –afirma Sartori– mecanismos aparentemente democráticos pero en realidad perversos: “Cuando se dicen en la pantalla, las estupideces crean opinión: las dice un pobre hombre balbuceando a duras penas, y al día siguiente las repiten decenas de miles de personas”¹⁷.

Finalmente, en lo que se refiere a las consecuencias en los partidos, sostiene que

15 Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Taurus, Madrid, 1998, p. 11.

16 Sartori, *op. cit.*, p. 66.

17 Sartori, *op. cit.*, p. 76.

los efectos de la video política tienen un amplio alcance. Uno de esos efectos es, seguramente, que la televisión *personaliza* las elecciones... La video política tiende a destruir –unas veces más, otras menos– el partido, o por lo menos el partido organizado de masas que en Europa ha dominado la escena durante casi un siglo... La video política reduce el peso y la esencialidad de los partidos y, por eso mismo, los obliga a transformarse¹⁸.

En opinión de Sartori, entonces, la TV ha jugado un rol decisivo en la crisis de los partidos. Sin embargo, esta teoría es discutible y hay quienes opinan que en realidad son los fenómenos sociales y económicos señalados antes, los principales responsables del debilitamiento de los partidos. La TV, además, ha desempeñado un papel enormemente positivo –como se ha señalado anteriormente– al permitir que muchas personas que en el pasado no tenían acceso al debate político, lo tengan ahora y que la cantidad de información disponible se haya incrementado abrumadoramente.

De lo que parecen haber pocas dudas es que la política se ha personalizado, y ahora “el candidato es más importante que el partido”¹⁹. Esto significa que “forma parte de las nuevas realidades políticas la creciente debilidad de las instituciones políticas, en particular de los partidos” y que “las campañas electorales pueden ser ganadas o perdidas en la televisión”²⁰.

Esta constatación lleva a otro problema, que también es muy antiguo pero que cobra redoblada importancia, y es el del financiamiento de las campañas electorales. Pues si una campaña puede ganarse o perderse en la TV, y el acceso a ese medio es muy caro, aquellos que no poseen los recursos económicos

18 Sartori, *op. cit.*, p. 107, 109, 110.

19 Radunzki, Peter, “Management de la comunicación política. La americanización de las campañas electorales”, en: Josef Thesing y Frank Priess (Editores), *ibid.*, p. 181.

20 Radunzki, Peter, *ibid.* p. 182 y 183.

podrían quedar fuera del juego simplemente por carencia de dinero. El remedio que se ha aplicado a esa enfermedad es la reglamentación del uso de la TV, la distribución de espacios gratuitos o la subvención estatal, la limitación en la recaudación de fondos y otros²¹.

Finalmente, otro tema mencionado por Sartori es el de la calidad –o catadura– de los propietarios de las cadenas de TV. Según Sartori, depositar mucho poder en la TV equivale a “otorgar mucho poder a un chimpancé”, debido al nivel intelectual y profesional de los propietarios y conductores de las estaciones de TV²². Este es un tema relevante, aunque quizás no por el nivel de funcionamiento de las neuronas de los propietarios, sino por su lógica de ganancias, *rating* y entretenimiento, que es diferente a la lógica de los antiguos y tradicionales dueños y editores de periódicos y revistas, que eran casi siempre periodistas y cuyo negocio era vender noticias. Por tanto estaban interesados en la objetividad, veracidad, seriedad y credibilidad de sus diarios, además de los valores y la ética periodística que tenían. En ese sentido, son ejemplares los casos de grandes periódicos norteamericanos propiedad de familias, como el *New York Times* y *Washington Post*, y de muchos diarios y revistas de América Latina.

En los últimos años muchas cosas están cambiando, y el predominio de gigantescos conglomerados del entretenimiento y la información han modificado radicalmente el mapa de los medios. El problema reside en que, como se ha mencionado, la lógica de los dueños o los gerentes de las corporaciones es distinta, y son cada vez más frecuentes casos como los de Rupert Murdoch –citado antes– al que no le importa sacrificar la libre información en aras de penetrar a un mercado que le puede

21 Ver DelCastillo, Pilar y Daniel Zovatto (Editores), *La financiación de la política en iberoamérica*. IIDH-CAPEL, San José de Costa Rica, 1998.

22 García H., Arturo, “La opinión pública, avasallada por un videopoder fantasma y no democrático”, *La Jornada*. México, 4.11.98.

proporcionar ingentes ganancias. De todas maneras, habría que mencionar que si bien éste es un problema nuevo y grave, antes también hubo algo similar. Si no, basta recordar el papel jugado por el magnate de la prensa norteamericana, William Randolph Hearst, que manipulaba la información de acuerdo a sus intereses, según los críticos, y que a fines del siglo XIX atizó –según algunos inventó– la guerra contra España para arrebatarse Cuba.

Sensacionalismo y libertad de prensa

Una crítica común que se hace a los medios en muchos países es que están dirigidos por personas inescrupulosas cuyo único objetivo es hacer dinero vendiendo más ejemplares u obteniendo mayor audiencia. Eso es verdad en algunos casos y la competencia desenfrenada lleva en ocasiones a exagerar o simplemente falsificar los hechos para ganarle a los rivales.

Se reprocha también a los medios de comunicación su reticencia a rectificar los errores que perjudican, a veces injustamente, a personas e instituciones.

Sin embargo, estos problemas son por lo general insalvables y es un costo que hay que pagar para mantener las libertades de prensa y de expresión.

La existencia de medios de comunicación denominados “amarillos” o sensacionalistas es difícil de evitar. Eliminarlos mediante prohibiciones legales o represión es un remedio peor que la enfermedad, porque en ese caso **alguien** tiene que decidir cuándo un medio de comunicación es sensacionalista y cuándo no. En algunos casos puede ser obvio, pero en otros no. La línea que separa uno de otro puede ser muy tenue. Ese **alguien** puede equivocarse o actuar simplemente de mala fe.

En países de democracias incipientes, la tentación de suprimir a los medios críticos y/o de la oposición, hace que fácilmente

te se puedan usar disposiciones legales restrictivas para eliminar la prensa incómoda.

De hecho, un país con una democracia sólida y longeva, Gran Bretaña, tiene la que es probablemente la prensa sensacionalista más estridente y exitosa del mundo. Ellos prefieren eso al establecimiento de restricciones que amenacen una de las libertades básicas para el funcionamiento de la democracia.

Precisamente analizando el caso de la prensa amarilla británica, Mario Vargas Llosa ha planteado claramente el problema:

El periodismo escandaloso, amarillo, es un perverso hijastro de la cultura de la libertad. No se lo puede suprimir sin infligir a ésta una herida acaso mortal. Como el remedio sería peor que la enfermedad, hay que soportarlo, como soportan ciertos tumores sus víctimas, porque saben que si trataran de extirparlos podrían perder la vida. No hemos llegado a esta situación por las maquinaciones tenebrosas de unos propietarios de periódicos ávidos de ganar dinero, que explotan las bajas pasiones de la gente con total irresponsabilidad. Esto es la consecuencia, no la causa.

La raíz del fenómeno está en la banalización lúdica de la cultura imperante, en la que el valor supremo es ahora divertirse, entretenerse, por encima de toda otra forma de conocimiento o quehacer. La gente abre un periódico –va al cine, enciende la televisión o compra un libro– para pasarlo bien, en el sentido más ligero de la palabra, no para martirizarse el cerebro con preocupaciones, problemas, dudas. No: sólo para distraerse, olvidarse de las cosas serias, profundas, inquietantes y difíciles, y abandonarse, en un devaneo ligero, amable, superficial, alegre y sanamente estúpido. ¿Y hay algo más divertido que espionar la intimidad del prójimo, sorprender al vecino en calzoncillos, averiguar los descarríos de fulana, comprobar el chapoteo en el lodo de quienes pasaban por respetables y modélicos?

La prensa sensacionalista no corrompe a nadie; nace corrompida, vástago de una cultura que, en vez de rechazar las groseras intrusiones en la vida privada de las gentes, las reclama, porque ese

pasatiempo, olfatear la mugre ajena, hace más llevadera la jornada del puntual empleado, del aburrido profesional y la cansada ama de casa²³.

En suma, no es bueno que exista prensa sensacionalista y a veces es difícil soportar su presencia, pero el costo de suprimirla es demasiado alto e implica una amenaza real y concreta a la libertad de prensa y expresión. La existencia de dispositivos legales en el código civil sancionando la calumnia y la difamación, los comités de ética periodística y la madurez del público son, finalmente, los mejores frenos y límites para la proliferación de medios de comunicación “amarillos”²⁴.

Relaciones conflictivas de gobiernos y medios

La tendencia de los gobiernos ha sido siempre controlar y/o limitar a los medios. La primera gran revolución, la imprenta, trajo consigo la censura y el otorgamiento de licencias previas de parte de los gobiernos, como mecanismo para impedir la circulación de textos adversos. Hoy día, los Estados se reservan formas de controlar la difusión de las ondas radiales y de TV.

El hecho es que siempre ha existido una situación de tensión entre los medios y los gobiernos, en razón que los medios constituyen una instancia de fiscalización.

23 Vargas Llosa, Mario, “Nuevas inquisiciones”, *El País*. España, 30.4.99. Es un artículo publicado en 1998, que ganó en España el premio de periodismo “José Ortega y Gasset” y fue reproducido.

24 El caso de la prensa sensacionalista, que por lo general se ocupa de temas de sexo y violencia, es distinto, por cierto, de lo que hicieron los servicios de inteligencia en el Perú, que sobornaron a media docena de periódicos amarillos –después crearon otros más– y los usaron para difamar y calumniar sistemáticamente, durante dos años y medio, a políticos opositores de Alberto Fujimori y periodistas independientes, produciendo miles de titulares injuriosos. Esas prolongadas –e impunes– campañas tuvieron, según los analistas y los observadores internacionales, efectos decisivos en las elecciones de abril del 2000.

Los fundadores de la democracia norteamericana lo comprendieron a cabalidad, por lo que la Primera Enmienda a la Constitución, aprobada junto con otras nueve en 1791, dice:

El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma; **ni pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa...** (Destacado del autor)

Se entendía que la libertad de prensa es fundamental para posibilitar la existencia de las otras libertades.

Un aspecto significativo de las relaciones de los medios con la política, es el renovado papel fiscalizador que viene desempeñando el periodismo en muchos países de América Latina. Este tema es igualmente polémico, pues algunos acusan a los medios de comunicación de pretender reemplazar a fiscales y jueces, mientras que los periodistas sostienen que es la debilidad de las instituciones establecidas para controlar la que hace que el público demande crecientemente a los medios que cumplan esa labor. Es un hecho que los gobiernos en varios países tienen relaciones conflictivas con los medios de comunicación que realizan investigaciones y denuncias sobre temas controversiales.

Por cierto, es casi imposible en la actualidad que un gobierno se atreva a establecer la censura previa, poniendo funcionarios en todos los medios para que revisen el material a publicarse. O que simplemente expropian todos los medios, como hizo el régimen militar peruano en 1974. No obstante, los gobiernos han encontrado mecanismos más sutiles y menos visibles, pero tanto o más eficaces para limitar la libertad de prensa. Algunos de ellos son:

- Presiones económicas sobre las empresas periodísticas y también sobre otras compañías del mismo conglomerado o los mismos dueños. A pesar de la ola privatizadora y

liberal, los gobiernos en América Latina siguen teniendo instrumentos poderosísimos para favorecer o perjudicar a las empresas. Un método muy usado es la administración tributaria, que es permisiva con los amigos del gobierno y severísima con los que no lo son. Ahí funciona el viejo adagio, “a mis amigos todo, a mis enemigos la ley”.

- La publicidad estatal es también un tradicional instrumento de presión en la medida en que las leyes para posibilitar una distribución equitativa son escasas o inexistentes. Pero ahora se usa también la presión sobre los anunciantes privados.
- La información privilegiada es proporcionada a los medios complacientes con los gobiernos y negada a los críticos. En países donde la información pública en la práctica es secreta, se convierte en un mecanismo importante para domesticar a los medios.
- El otorgar –y renovar– las licencias para el uso de frecuencias de radio y TV, es una herramienta común para intentar someter a los medios²⁵.
- Las amenazas directas a los periodistas y propietarios, que pueden tener trágicas consecuencias, es un recurso usado por algunos aparatos estatales –sobre todo vinculado a las fuerzas de seguridad– en ciertos países.

Estos son algunos mecanismos usuales, pero la panoplia de los gobiernos para tratar de controlar a los medios parece no tener límite. Recientemente se han presentado algunos casos

25 Por ejemplo, la revista *Semana* de Colombia reveló una conversación telefónica entre dos ministros –Saulo Arboleda y Rodrigo Villamizar– en que hablan sobre cómo y por qué entregar determinadas frecuencias: “va a tener una emisora ciento por ciento de él [presidente Samper], hermano, pues que lo va a apoyar, que lo va a respaldar”. (“Conversación entre ministros”, Edición 798, Agosto 18-25 de 1997).

típicos en América Latina como el del periodista Gustavo Gorriti de “La Prensa” de Panamá y de Canal 2 Frecuencia Latina, en el Perú.

“La Prensa” de Panamá es un periódico fundado en 1980 precisamente para combatir la dictadura militar de ese país, con un sistema de accionariado difundido que buscaba evitar las presiones sobre un propietario y las posibilidades de un acuerdo bajo la mesa entre dueños y gobierno. “La Prensa” se convirtió en un baluarte en la lucha por la democracia y a la vez en un periódico de calidad, el de más circulación e influencia en el Istmo.

En 1996, un equipo periodístico conducido por el Director Asociado de ese diario, Gustavo Gorriti, investigó la quiebra fraudulenta de un banco, Banaico, que perjudicó a muchos de sus clientes. En la investigación se descubrieron vínculos de algunos funcionarios del banco con el gobierno del presidente Ernesto Pérez Balladares, así como la contribución a su campaña electoral de parte de un acusado de narcotráfico, el colombiano José Castrillón Henao. Después de negarlo, el propio Presidente panameño tuvo que admitirlo.

Por esa investigación, Gorriti y el equipo de “La Prensa” ganaron el premio Rey de España. En agosto de 1997 el gobierno panameño tomó represalias contra el diario y Gorriti, al no renovarle el permiso de trabajo que, como extranjero, necesita para seguir en su puesto. Aunque el gobierno adujo diversos pretextos legales, como que en Panamá hay más de 300 periodistas que pueden hacer el trabajo de Gorriti o exhumando una ley de la época dictatorial que Pérez Balladares se había comprometido a derogar, es claro que se trató de privar a “La Prensa” de uno de sus más destacados periodistas, advirtiéndole a éste –y a todos los medios– de los peligros de realizar investigaciones que pongan al descubierto sucesos oscuros de la administración.

Este ataque a “La Prensa” se produjo cuando el primo hermano del Presidente, Nicolás González Revilla, controlaba

dos de los tres canales de TV abierta, el único canal de TV por cable e importante emisora de radio; y cuando los partidarios de Ernesto Pérez Balladares intentaban cambiar la Constitución para posibilitar la reelección inmediata del Presidente, objetivo en que fracasaron luego al perder un referéndum convocado para tal fin.

En Argentina el fotógrafo Jose Luis Cabezas fue asesinado por obtener una imagen de Alfredo Yabrán, un empresario vinculado a negocios oscuros y varios personajes del entorno presidencial. Cuando las investigaciones condujeron hacia Yabrán, éste se suicidó. El periodista Horacio Verbitsky, autor de numerosas investigaciones sobre corrupción y violaciones de los derechos humanos ha sido procesado y amenazado en varias oportunidades*.

En el Perú el gobierno controló las principales cadenas de TV hasta que a fines de 1996, en medio de un creciente descontento ciudadano con el presidente Alberto Fujimori y su régimen, Frecuencia Latina, Canal 2, que hasta ese momento había tenido una posición completamente favorable al gobierno, realizó un brusco viraje y empezó a difundir, a principios de 1997, reportajes que lo incomodaban. Entre éstos estaban algunos que demostraron que una agente del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) había sido torturada en el sótano de su institución por sus compañeros, debido a una presunta filtración de los planes del SIE para atacar contra periodistas críticos y políticos de oposición. Y que otra agente acusada de lo mismo fue torturada, asesinada y descuartizada. El Canal 2 también propaló un reportaje donde se revelaban los injustificados ingresos millonarios de Vladimiro Montesinos, el jefe real de los servicios de inteligencia y el verdadero poder en el Perú.

* Nota del editor. Ver en este volumen “El Pacto de San José, constitución de los derechos humanos para los Estados partes”, de Horacio Verbitsky.

El propietario de la estación de TV, un ciudadano israelí nacionalizado peruano hace muchos años, Baruch Ivcher, fue despojado de la nacionalidad peruana por una resolución administrativa, cosa prohibida por la Constitución. Al perder la nacionalidad, Ivcher no podía seguir siendo propietario de Canal 2 porque la ley exige que los dueños sean peruanos. Los accionistas minoritarios del Canal 2, que ostensiblemente se manifestaron partidarios del gobierno, se hicieron de inmediato del canal en un proceso judicial amañado. A partir de allí esa cadena se convirtió en gobiernista ciento por ciento²⁶.

En Guatemala está el caso de “Crónica” una revista semanal presionada por el gobierno de Alvaro Arzú. Según “Crónica”, un medio crítico del gobierno, Arzú pidió a empresarios simpaticizantes con su gobierno que no otorguen publicidad al semanario, aunque el gobierno lo niega. De hecho, la publicidad contratada en sus páginas sufrió una reducción del 80 por ciento desde el segundo año de gestión del actual mandatario. En febrero de 1998 se hizo público que un vocero oficial distribuyó por escrito la orden tajante que prohibía a cualquier institución del Estado comprar espacio publicitario en la revista o aun suscribirse, y pedía a los funcionarios que no se le concediera ninguna entrevista exclusiva a los periodistas que trabajaban en ese medio²⁷.

En muchos otros países de América Latina pueden encontrarse situaciones similares, incluso en países desarrollados, como los Estados Unidos. Las diferencias las marcan los diversos niveles de extensión de la democracia y las distintas capacidades de las instituciones para actuar con independencia. Donde existen instituciones autónomas –Poder Judicial, Congreso, etc.– y sociedades civiles relativamente fuertes, los in-

26 Ver Vargas Llosa, Alvaro, *En el reino del espanto*. Grijalbo, México, 2000.

27 Font, Juan Luis (director periodístico de “El Periódico”, de Guatemala), “La larga lucha después de la paz”. *Pulso*, Miami.

tentos de los gobiernos para acallar a los medios de comunicación críticos no prosperan. Ejemplar es el caso Watergate (1972-1974), donde el presidente Richard Nixon trató por todos los medios de silenciar la investigación del *Washington Post*, recurriendo a mecanismos legales y extra legales. Pero a pesar de su enorme poder, no pudo hacerlo y, al final, tuvo que renunciar al comprobarse la veracidad de la investigación periodística. Pero si eso ocurrió fue porque existían instituciones fuertes y autónomas²⁸.

En suma, en los últimos años los medios de comunicación y los periodistas independientes están desempeñando un papel muy importante en la fiscalización de los gobiernos, rol que ha crecido al mismo tiempo que cundía el descrédito en los partidos políticos y otras instituciones de la democracia. Ese hecho a su vez, ha reforzado la propensión de algunos gobiernos a intentar silenciar a los medios a través de mecanismos sutiles pero eficaces.

Existen, sin embargo, enfoques distintos. Un reciente estudio comparativo presenta un panorama diferente. Según Hans Mathias Keppliger

los datos que llegan desde los Estados Unidos y Alemania permiten concluir que la publicación en forma de escándalo de las irregularidades es una de las razones del creciente hartazgo respecto de la política que evidencia la población. [Y agrega que es falso] que las denuncias sobre abusos cometidos por figuras públicas en forma de escándalo pueda fortalecer la fe en la vigencia de las normas y la confianza en las instituciones afectadas... Más bien promueven la desconfianza en las instituciones afectadas, además de fomentar el grado de apatía y resignación en lugar de incentivar un mayor compromiso político de la población²⁹.

28 Ver por ejemplo Bradlee, Ben, *La vida de un periodista*. El País, Aguilar. Madrid, 1996.

29 Keppliger, Hans Mathias, "Escándalos y desencanto frente a la política", en: Josef Thesing y Frank Priess (Editores), *ibid.*, p. 132.

No se conocen estudios empíricos específicos en América Latina que comprueben o refuten esa aseveración.

* * *

En conclusión, parece claro que las relaciones entre la política y los medios de comunicación están cambiando rápida y radicalmente. Los partidos y los políticos tienen que adaptarse a la revolución de las telecomunicaciones y actuar en este nuevo escenario, y entender que la demanda de la población hacia los medios para jugar un papel fiscalizador tiene que ver con fallas del sistema político.

Por el lado de los medios es necesario asumir con responsabilidad el creciente papel que vienen desempeñando en la vida política de los países, redoblando los esfuerzos por realizar investigaciones veraces y escrupulosas, pero al mismo tiempo evitando la tendencia a erigirse en jueces que decidan sobre lo bueno y lo malo, lo correcto e incorrecto. Y actuar con responsabilidad respecto a las debilidades y limitaciones de los partidos y de las instituciones democráticas, que muchas veces son sometidas a críticas y denuncias estridentes, que en lugar de contribuir a superar las deficiencias, propician el resurgimiento de corrientes autoritarias que precisamente buscan liquidar la democracia.

EL ROL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.
UNA PERSPECTIVA DESDE LA SOCIEDAD CIVIL*

Emilio ALVAREZ ICAZA

* La versión original de este artículo fue presentada en el VI Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Antigua, Guatemala, julio de 1999.

Introducción

El presente trabajo aborda el problema de la corrupción como un problema de cultura política que obstaculiza la transición democrática en el Continente Latinoamericano. A partir de esta consideración se analiza el aporte de las organizaciones sociales, nuevo actor en el escenario político actual, en lo que se refiere a una nueva propuesta para concebir la política y, de esta manera, incidir en la transformación de la cultura política misma. Se trata específicamente de una propuesta de ética cívica que podría contribuir a la legitimidad de la democracia.

En segundo lugar presento una reflexión sobre el papel de los medios de comunicación en el mismo terreno político-cultural y en un tercer apartado desarrollo la necesidad de que los medios de comunicación, como parte de la sociedad civil, jueguen un papel protagónico en la lucha contra la corrupción, aliados con las organizaciones civiles. Por último presento algunos casos en los que las organizaciones han implementado estrategias comunicativas para denunciar violaciones a los derechos humanos, diversos casos de corrupción y demandar la aplicación de la ley.

La corrupción como un problema de cultura política

La corrupción es la violación a la ley y su institucionalización implica ausencia del Estado de derecho, violación a los derechos humanos, abuso de autoridad, impunidad e, incluso, exclusión. En un sistema que funciona al margen de la ley no todos pueden participar de igual manera, basta asomarse a las cárceles para ver que sólo los pobres llegan a ellas como si ellos fueran los únicos que rompen las reglas. Como sabemos, la corrupción

es sinónimo de descomposición y ha llevado hasta la destrucción a los más grandes imperios.

El antónimo de corrupción tendría que ser entonces el cabal cumplimiento de la ley por parte de *todos* los miembros de la sociedad. Subrayo el término *todos* porque el verdadero Estado de Derecho limita y obliga a las autoridades en su servicio a los miembros de una comunidad, de manera que el Estado de Derecho es condición indispensable para la construcción de una sociedad democrática, incluyente en la que verdaderamente se respeten los derechos de todos los seres humanos.

Velar por el Estado de Derecho por tanto, no es función exclusiva de la autoridad ya que de esta manera, no habría quien cuidara que las autoridades se rijan por la ley. De hecho, todos los *actores* políticos crean, protegen y consolidan un Estado de Derecho. Esto es lo que posibilita el castigo a quienes cometen arbitrariedades y ofrece certidumbre y orden en la vida política.

Cabe advertir que el orden político no significa inmutabilidad. Un Estado de derecho democrático debe ofrecer espacios y procedimientos legítimos para la confrontación de las propuestas de todos los actores, es decir para ser verdaderamente democrático tiene que estar abierto al pluralismo, a la tolerancia y al cambio social¹.

En este sentido, la participación de la sociedad civil recubre vital importancia en la lucha contra la corrupción. Ciertamente, en la historia reciente de América Latina encontramos diversos casos en los que la sociedad civil ha tomado la determinación de castigar a través de métodos legales, distintas dimensiones de corrupción en las autoridades. Recordemos el caso de Collor de

1 Cfr. Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*. Cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática No. 12, Instituto Federal Electoral, México, 1996, p. 9.

Melo en Brasil; Carlos Andrés Pérez en Venezuela; el NO a la dictadura en Chile; el alto al fuego en Chiapas, México; etc.

A pesar de todo, hemos de reconocer que cuando la corrupción se arraiga en una sociedad invade todos sus sistemas y cobra muy cara su presencia. Se trata de un problema con implicaciones humanas, dado que debilita el desarrollo y causa un creciente abuso violatorio de los derechos humanos. Tiene particularmente implicaciones políticas ya que socava a las democracias y particularmente en los logros de éstas en muchos países en desarrollo y en transición; tiene un alto costo en el terreno de la ética, porque la corrupción degrada la integridad de una sociedad; y cobra muy caro económicamente hablando, debido a que distorsiona las operaciones de los mercados y priva a la gente común de los beneficios que se derivan de ellos.

Podemos decir que se trata de un problema de cultura política, entendida ésta como el “sistema político internalizado en creencias, concepciones, sentimientos y evaluaciones por una población, o por la mayoría de ella” cuyo referente central es el conjunto de relaciones de poder y de autoridad. La politóloga Jacqueline Peschard define la cultura política como: “el *imaginario colectivo* construido en torno a los asuntos del poder, la influencia, la autoridad, y su contraparte, la sujeción, el sometimiento, la obediencia y, por supuesto, la resistencia y la rebelión”². Peschard ha advertido que se trata de pautas consolidadas, arraigadas y que, por tanto no depende de coyunturas. En este sentido, hablar de una cultura política democrática significaría que todos o la mayoría de miembros de una sociedad comparten principios como: ciudadanía, eficacia cívica, pluralidad, cooperación, autoridad responsable y, para el caso que nos compete, respecto a un orden jurídico objetivo que obliga a los ciudadanos porque define sanciones frente a conductas que

2 Peschard, Jacqueline, *La Cultura Política Democrática*. Cuadernos de divulgación de la Cultura Democrática No. 2, Instituto Federal Electoral, México, 1995, p. 10.

violan normas pero que, a su vez, ofrece garantías ante actos arbitrarios de los gobernantes y de los conciudadanos y, por último, habría que compartir el principio de participación, que implica organización para influir en los rumbos y direcciones de las acciones que afectan a todos y atención y vigilancia de los actos de gobierno.

La cultura política democrática por tanto, detiene la violación a la ley, es una barrera de contención frente a la corrupción, a la prepotencia, a la arbitrariedad y a la impunidad. Inclusive ayuda a construir instituciones y organizaciones democráticas.

Lo anterior refiere a los desafíos de la democracia en América Latina, donde si bien se han realizado elecciones como un componente de un sistema democrático, hace falta mucho por avanzar en la construcción de la “normalidad” democrática, en el fortalecimiento de las instituciones, en la construcción de una nueva relación entre gobernantes y ciudadanos, así como en la cotidianidad de prácticas democráticas que abarque todas las esferas de la vida.

En este sentido resulta interesante echar un vistazo al siguiente cuadro, que es el Índice de Percepción de la Corrupción elaborado por Transparencia Internacional donde se desprende que la percepción de la corrupción en América Latina es de una gran dimensión comparado con otros países. En el caso del continente el mejor ubicado es Chile con la posición número 20 y así sucesivamente.

Cuadro. Índice de la Percepción de la Corrupción de 1998

Posición del país	País	IpdC 1998 Puntaje
1	Dinamarca	10.0
2	Finlandia	9.6
3	Suecia	9.5
4	Nueva Zelanda	9.4
5	Islandia	9.3
20	Chile	6.8
27	Costa Rica	5.6
41	Perú	4.5
42	Uruguay	4.3
46	Brasil	4.0
49	Jamaica	3.8
51	El Salvador	3.6
55	México	3.3
59	Guatemala	3.1
61	Argentina	3.0
61	Nicaragua	3.0
69	Bolivia	2.8
77	Ecuador	2.3
77	Venezuela	2.3
79	Colombia	2.2
83	Honduras	1.7
84	Paraguay	1.5

Fuente: Transparencia Internacional

Nota: a menor puntaje mayor percepción de corrupción

El aporte de las organizaciones civiles en la transformación de la cultura política

En este tiempo de escandalosa corrupción política que, a su vez, está corrompiendo la democracia, la recomposición moral de la política resulta una imperiosa necesidad sin la cual resultará imposible devolver credibilidad y autenticidad a la democracia.

La transición política actual está caracterizada por la crisis del sistema de partidos y, más aún, por la crisis de la democracia representativa y la búsqueda de una “democracia participativa” a través de la cual sea posible el consenso y el ajuste de programas. La búsqueda de este tipo de democracia ha sido, en buena medida, una lucha de las organizaciones que vienen de la sociedad civil así como de algunos periodistas en lo particular y de algunos medios, aunque más bien como excepción. La búsqueda de alternativas a la problemática social ha obligado a distintas organizaciones de la sociedad a interpelar al gobierno en la medida en que consideran como su responsabilidad el crear condiciones que posibiliten garantizar el bienestar social y en la medida en que cuentan con demandas y propuestas de políticas públicas.

La crisis del sistema de partidos y el auge de las organizaciones que vienen de la sociedad civil está dando lugar a la construcción de una cultura política distinta. Lo político está empezando a tener nuevas dimensiones. La concepción del monopolio exclusivo para partidos políticos resulta ya insuficiente en una sociedad compleja. Cada vez más la política es concebida como el espacio de lo público, de lo que afecta a todos y, por tanto, es un espacio de todos y al que todos nos sometemos. En ese sentido debe ser accesible y transparente a todos.

El término “político” en relación con el poder ha adquirido, al menos, dos dimensiones: una es la lucha del poder como ejercicio de gobierno y otra, la lucha por el poder en tanto

participación en la toma de decisiones que no necesariamente ejercicio de gobierno. Más bien se trata del hecho de ser tomados en cuenta. En este particular el papel de los medios de comunicación resulta fundamental pues constituyen un medio natural y eficaz para ese fin, y además porque los periodistas ejercen constantemente esa función en tanto dinamizadores y formadores de opinión pública*.

Los partidos políticos son el actor por excelencia para la lucha por el poder entendido como ejercicio de gobierno, de aquí su necesidad y aporte. Sin embargo, la lucha por el poder entendido como participación en la toma de decisiones tiene ya otros referentes. Es aquí donde la participación de la sociedad civil y de los medios es sumamente positiva y benéfica pues refuerza los mecanismos de participación y de construcción de consensos.

La ruptura y transformación del tradicional monopolio de la participación únicamente a través de los partidos políticos y el gobierno tiene aquí una de sus más acabadas expresiones, con los temores y reacciones que eso implica. Pero también aquí encontramos una enorme oportunidad para dotar al concepto de democracia como algo que va mucho más allá de la esfera de lo electoral.

Actualmente en todo el mundo se experimentan estrategias en la vida pública que son resultado de la interlocución entre agentes gubernamentales, partidos políticos y nuevos actores. Estos últimos, presentes probablemente desde hace tiempo han alcanzado tal protagonismo que comienzan a perfilar nuevas características en el espacio público. Este espacio se ha redefinido social y conceptualmente. En él se demandan respuestas y

* Nota del editor. Sobre el papel sociopolítico de los medios de comunicación y de los periodistas ver, en este volumen, el artículo de Fernando Rospigliosi (“El papel de los medios de comunicación social en el fortalecimiento de una sociedad democrática”) y el de Francisco García Gor (“Medios y público, empresarios y periodistas y reglamentación del periodismo”).

soluciones a la ineficacia e irracionalidad de los gobiernos, los partidos políticos y las corporaciones tradicionales; se demanda, asimismo, democracia política y social para participar en las decisiones y justicia social que signifique beneficios para los sectores más necesitados de la sociedad. Con todo esto, el espacio de lo público no es más coto exclusivo del Estado y los partidos, sino el lugar en el que se vierten los intereses de los diversos grupos sociales de manera que en la gestión pública sorprende la diversidad de actores. La actividad política no queda ya circunscrita a las instituciones destinadas a ello.

El crecimiento de organismos civiles se ha convertido en un indicador del nivel de participación de los ciudadanos en la búsqueda de soluciones a una serie de problemas de interés general. Dentro de los aportes de estos nuevos protagonistas están: la politización de cuestiones consideradas del ámbito privado y una propuesta de cambio de estilo de vida ya que proponen relaciones nuevas con los demás, con la naturaleza, con el otro sexo, con la diversidad racial, religiosa y cultural, etcétera. En el terreno político las organizaciones civiles aspiran a la conformación de una ciudadanía social impulsora de libertad, igualdad e identidad ciudadana que respete la diversidad cultural y a la socialización del poder en todos los ámbitos. En el terreno económico proponen una democratización que abarque desde los organismos internacionales hasta la empresa y en el terreno moral, un espíritu cívico respetuoso de los derechos humanos.

Algunos analistas han planteado que la revitalización democrática va de la mano del fortalecimiento de la sociedad civil organizada. En este sentido, los organismos civiles han apostado por construir una ciudadanía social en la que el ciudadano deje de ser “cliente” para ser partícipe activo y responsable en la construcción social. Esto implica, necesariamente, la solidaridad y la responsabilidad por el bien común que, a su vez,

demanda una ética cívica mínima sin la cual será imposible la revitalización de la democracia.

Para ello las organizaciones civiles proponen extender y profundizar la participación con la intención de superar la privatización de la vida; de extender lo político fuera de los ámbitos institucionalizados; de fortalecer la sociedad civil y las iniciativas de los ciudadanos; de transformar la calidad de vida, principalmente la de los más pobres; de desburocratizar la política y de aportar imaginación y simbolismo a las acciones colectivas. Sin todo esto resulta difícil la socialización del poder y, por ello, el avance democrático.

Por desgracia esta nueva concepción de la política aún está en debate, así como la pertinencia de la participación de este nuevo actor, y el riesgo de no entender el cambio estriba en que las instituciones se vean rebasadas, en que sean superadas y que las controversias, las resoluciones y los acuerdos se hagan en un espacio real disociado del formal. Esto nos aleja nuevamente del Estado de Derecho; contribuye a la fragilidad de las instituciones y a la pérdida de credibilidad de la democracia, a la cual se le achacan los impresionantes y acelerados procesos de corrupción en nuestro continente, Argentina, Chile, México, Brasil, y otros más. Basta recordar los “fujimorosos”, o concepciones que reivindican la implantación del “orden” sobre todas las cosas, incluso llegando a la apología de la pena de muerte como “instrumento” de justicia.

Lo que en realidad sucede es que factura de una altísima corrupción en los gobernantes durante las privatizaciones, tan de moda en América Latina, el incremento de la pobreza y el aumento de la concentración de la riqueza es trasladada a las nacientes democracias, cuando es precisamente la perversión de ella mediante la corrupción, la que en buena parte explica los fenómenos referidos.

El papel de los medios de comunicación en la construcción de una cultura política democrática

Como se puede ver, si bien la cultura política democrática cuenta ya con una valoración positiva prácticamente universal, en el presente latinoamericano y en México en particular la transición hacia la democracia se hace más difícil ante el arraigo de la corrupción.

Es precisamente aquí donde los medios de comunicación juegan, para bien y para mal, un papel estratégico. En la etapa actual del desarrollo histórico, que se considera como la era de la información, los medios de comunicación definen en mucho la forma como se desarrolla la vida de la ciudadanía. Como sabemos, los factores que más influyen en los cambios de valores, símbolos y orientaciones de una población son: las experiencias históricas y la difusión de nuevas ideas.

La vida pública se juega en buena medida en los medios de comunicación y no es posible concebir una democracia moderna sin una prensa libre e independiente y sin una sociedad que ejerza su derecho a comunicar. Los medios vigilan a las autoridades y denuncian el abuso del poder. Sin ellos, la ciudadanía se encontraría desarmada para defender sus derechos. La sociedad organizada juzga, propone y construye. La opinión ciudadana, la denuncia documentada y la propuesta viable destruyen el silencio y la impunidad y avanzan hacia la construcción auténtica de un nuevo código común de civilidad democrática, permitiendo a la sociedad civil mantenerse alerta en cuanto al respeto de la libertad de expresión, de conocimiento, de decisiones y del libre flujo de ideas:

Uno de los mejores mecanismos que tiene el pueblo para ejercer su soberanía es estar lo mejor informado posible para así poder influir en los debates y en las decisiones públicas... y la mejor manera que

conocen las sociedades democráticas modernas para diseminar esta información son los medios de comunicación colectiva³.

La información sobre el costo de la corrupción en la vida de cada ciudadano y las bondades de la legalidad resulta un aporte fundamental en la construcción de una cultura política democrática, pero su impacto dependerá de la amplitud con la que se difundan ideas, del grado de exposición de las personas a estas propuestas y del prestigio de las mismas, que precisamente depende de los beneficios que aporte, y la autoridad moral que tenga quien las proponga.

Por desgracia aún existen medios que sirven a autoridades para difundir sus mensajes oficiales y para confundir y engañar a la gente a través de la distorsión de la información. Los medios resultan un instrumento estratégico para las instituciones poderosas que se sirven de la desinformación, de esa expresión de corrupción que atenta contra el derecho a la información para confundir las conciencias, adormecer el derecho a saber y anestesiar el derecho a participar con pleno conocimiento de las decisiones públicas.

De hecho, la desinformación es un fenómeno inherente a la lucha por el poder. Se desinforma para moldear la opinión pública y extender así las fronteras del control. Así la desinformación es el ejercicio de la mentira, se engaña para mantener el poder, llegar a él o aumentarlo. Los medios impiden que se ventilen los abusos de poder con las consecuencias que anteriormente mencionamos.

Para la construcción de una cultura democrática resulta indispensable que difundan, analicen, cuestionen y debatan la información de la actividad del poder pero también que analicen, cuestionen y debatan la información de las acciones de la

3 Ramírez, Víctor, *Opinión pública y democracia*. Cuadernos de CAPEL No. 40, IIDH, Costa Rica, 1996, p. 85.

sociedad civil organizada como un actor político más. De esta consideración depende, en gran medida, la calidad y la intensidad del debate político pero, sobre todo, la construcción de alternativas a los problemas sociales.

Los medios de comunicación como arma de la sociedad civil contra la corrupción: el derecho a comunicar

La libertad de expresión, el derecho a la información y a la comunicación son ya derechos humanos reconocidos universalmente. En particular el Derecho a Comunicar es ya una de las más recientes expresiones de la evolución del movimiento por la promoción y defensa de los derechos humanos y en particular de la dignidad humana.

Si bien es cierto lo anterior y aún cuando la mayoría de los gobiernos han adoptado y –en el papel– aseguran por medio de sus leyes estos derechos, lo cierto es que son pocos quienes tienen acceso a la comunicación y sus medios. La persona, el ciudadano, los indígenas, las mujeres, los niños por mencionar sólo algunos sectores sociales, difícilmente cuentan con un espacio en el que puedan dar a conocer sus expectativas, sus necesidades y sobre todo sus propuestas. La sociedad es generadora de mensajes, de propuestas. La comunicación permite que éstas lleguen a todos los sectores, por tanto el desafío del año 2000 es hacer de la comunicación una herramienta accesible para todos, en especial para aquellos sectores de la sociedad más vulnerables.

Esto requiere que la sociedad reconozca en la comunicación un elemento indispensable para el logro de sus objetivos y haga suyos los mecanismos que ésta ofrece. La sociedad debe ir en busca del acceso a los medios y crear los medios propios. En pocas palabras, la sociedad debe defender y ejercer su derecho a la libertad de expresión, a la libertad de comunicarse e informarse. Como se establece en la Carta de Cuscatlán, docu-

mento resolutivo del Foro “Comunicación y Ciudadanía”, realizado en El Salvador en septiembre de 1998:

La democracia se consolida con la participación ciudadana, para lo cual es indispensable que diversos sectores sociales, además de estar debidamente informados, cuenten con sus propios medios para generar procesos de comunicación que contribuyan al fortalecimiento y desarrollo de movimientos sociales. Los medios locales, regionales y nacionales deben privilegiar la calidad de forma y contenido para visibilizar los asuntos que determinan la vida cotidiana de la ciudadanía.

De esta manera tendemos el puente necesario entre el ejercicio de los derechos y un sistema democrático, donde la participación ciudadana resulta fundamental.

El derecho a la comunicación es la condición necesaria para la construcción de una democracia basada en la diversidad y en la equidad entre hombres y mujeres ya que promueve la justicia y el respeto a la dignidad humana. Se afirma como un derecho humano fundamental y como elemento necesario para garantizar la vitalidad de la democracia y la participación ciudadana.

En este sentido, hay que ser claros al remarcar que la comunicación permite expandir la información, ampliar el conocimiento e invitar a la participación; además facilita la organización, es un aporte en la recuperación del entramado social, así como un elemento facilitador para el diálogo y la promoción de los valores democráticos. El uso de la comunicación permite el conocimiento, el intercambio de ideas, la toma conjunta de decisiones y lo más importante, la participación que genera acciones. El uso de la comunicación fortalece la presencia de los ciudadanos y de la sociedad civil como un actor de influencia en los procesos de cambio requeridos para la construcción de una sociedad más justa y digna.

Así, la democracia y la comunicación son conceptos que van de la mano cuando nos referimos al desarrollo de una sociedad civil que quiere ser actora y dueña de su presente y futuro.

El nexo entre medios de comunicación y sociedad civil en la lucha contra la corrupción puede resultar enormemente benéfico para la construcción de una normalidad democrática. Esta visión estratégica incluye el reto de aprovechar el momento de transición en el que se encuentra México, en particular, y América Latina, en general, porque dentro de la transición a la democracia, es importante ubicar que la misma sociedad civil y los medios de comunicación se encuentran en transición, tanto en los aspectos políticos, económicos y tecnológicos como en los culturales.

Algunos ejemplos

En seguida doy a conocer experiencias de utilización de los medios de comunicación por parte de organizaciones civiles en la lucha contra la corrupción. Inicialmente presento una experiencia local (micro) y posteriormente una de dimensión nacional (macro) y algunos casos latinoamericanos.

La Cooperativa mixe Tungkmikg Tung de Jaltepec de Cadayoc, Oaxaca

En el mes de julio de 1996 la Policía Federal de Cominos detectó en el Estado de Oaxaca anomalías en la marcación del número de serie y del motor de un camión tipo Torton que la Cooperativa indígena Tugkmikg Tung compró a una agencia distribuidora de la compañía Mercedes Benz. Ante el descubrimiento, la Policía Federal de Caminos decomisó el camión y encarceló al chofer, que salió poco tiempo después. Además se realizó un peritaje que concluyó que el camión tenía una dudosa procedencia. La cooperativa interpuso una demanda ante la Procuraduría Federal del Consumidor en contra de la agencia automovilística pero la compañía no aceptó cambiar la unidad o rescindir el contrato de compra-venta y mucho menos pagar los daños y perjuicios ocasionados a la cooperativa por el error de marcaje que aceptó haber cometido. La unidad dejó de utilizarse

durante más de un año, lo cual provocó un deterioro moral y económico incalculable para la cooperativa.

Después de más de un año de gestiones ante instancias judiciales locales y estatales y sin poder hacer uso del camión que habían pagado, los indígenas mixes contactaron el Centro Nacional de Comunicación Social (CENCOS) en la Ciudad de México en búsqueda de apoyo. CENCOS propuso implementar una estrategia de comunicación que abarcaba el uso diverso de los medios con el fin de evidenciar este caso de corrupción de la transnacional alemana. Después de un mes de intensa labor y ante las notas que aparecieron en diversos medios electrónicos y escritos, finalmente Mercedes Benz aceptó resarcir los daños otorgando un camión nuevo, último modelo sin irregularidades de marcaje y recursos económicos por los daños ocasionados. Cabe advertir que los dos elementos últimos que llevaron a que la transnacional alemana cediera fueron el aviso de que la campaña continuaría a nivel nacional en los medios especializados en negocios y la notificación de que se iniciaría una campaña similar en Europa, empezando por la Agencia Española que financió el camión originalmente.

En conclusión, lo que no se pudo obtener por la vía de las instituciones encargadas de impartir justicia se obtuvo mediante la colaboración de organismos civiles y medios de comunicación.

El caso de Aguas Blancas

El caso de Aguas Blancas resulta ilustrativo en lo que se refiere a la violación de los derechos humanos, el abuso del poder, la impunidad y el papel de los Medios de Comunicación. El miércoles 28 de junio de 1995 campesinos de diferentes comunidades de la Sierra de Guerrero se dirigían en diferentes camiones a la población de Atoyac de Álvarez, en el estado de Guerrero para exigir la presentación con vida del indígena Gilberto Romero Vázquez, integrante de la organización cam-

pesina Sierra del Sur, quien había desaparecido cuatro días antes. Cuando el primer camión se aproximó a la comunidad de Aguas Blancas, municipio de Coyuca, fue detenido por elementos de la policía judicial estatal y de seguridad pública. Varios policías formaron una barrera y otros estaban ocultos en la maleza. A golpes e insultos los uniformados obligaron a los campesinos a tirarse boca abajo y diez minutos después llegó al mismo lugar otro vehículo con más de 30 personas a bordo. Los policías les ordenaron que descendieran y mientras obedecían, comenzaron los disparos, la balacera duró varios minutos. Dentro y fuera de la camioneta recién llegada quedaron los cuerpos sin vida de 17 campesinos, 14 resultaron lesionados. Del lado de los policías hubo dos lesionados. “Por mitoteros, esto les pasa por andar de escandalosos, deberían estar sembrando maíz”, gritaban los policías al tiempo que arremetían contra los campesinos Fabián Gallardo Pastrana y Amado Sánchez. Marino Sánchez Flores pudo observar que un desconocido que había abordado previamente el camión hizo un disparo y huyó al momento de ser detenidos por la policía y no lo volvió a ver. Vamos a detener a los de Tepetitla a como dé lugar dijo Figueroa y empezó a gestarse la matanza de Aguas Blancas⁴.

Todas las investigaciones señalaban como responsable al gobernador Rubén Figueroa y a su gabinete de seguridad. Inclusive este lamentable suceso generó un fuerte debate nacional e internacional que incluyó una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México y otra de la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de ello el gobernador continuó en su puesto hasta marzo de 1996. Su caída se debió, no a los resultados de las investigaciones judiciales, sino a la presentación de un reportaje del periodista Ricardo Rocha quien expuso al aire en televisión, un vídeo que evidenció que la matanza perpetrada en junio de

4 Cfr. Monge, Raúl, “Vamos a detener a los de Tepetitla a como dé lugar... dijo Figueroa, y empezó a gestarse la matanza de Aguas Blancas”. En rev. *Proceso*, 21 de agosto de 1995.

1995 fue un acto criminal, unilateral, perpetrado por la autoridad.

Llama la atención el hecho de que, si bien con la presentación del vídeo se aplicó uno de los peores castigos en el sistema político mexicano, esto es, la destitución de un gobernador, no se llegó a la aplicación de la ley hasta sus últimas consecuencias. Rubén Figueroa nunca fue sometido a un proceso judicial por éste y otros asesinatos cometidos durante su administración. Este hecho muestra la tremenda corrupción del sistema de procuración e impartición de justicia pero también el impacto que pueden tener los medios de comunicación en la lucha contra la corrupción.

En otro orden de ideas quisiera presentar algunos ejemplos de acciones desarrolladas por organizaciones civiles que tienen como objetivo la lucha contra la corrupción desde diferentes ópticas en diversos países de América Latina.

Así como la corrupción se ha enraizado en los diversos ámbitos de la vida social, en América Latina diversos organismos civiles han implementado iniciativas para combatirla en sus diferentes campos en una lógica de construcción de una institucionalidad democrática. Por ejemplo, en el ámbito de la participación ciudadana está el caso de Poder Ciudadano en Argentina que busca precisamente la participación y la responsabilidad ciudadana y particularmente, impedir el manejo discrecional del patrimonio ciudadano por parte de los funcionarios públicos.

En el terreno de lo electoral podemos mencionar a Transparencia en Perú; a Ética y Transparencia en Nicaragua y a la Alianza Cívica en México, como instrumentos de la sociedad en la búsqueda de elecciones libres y confiables.

En el ámbito de las políticas públicas y de la construcción de una cultura de legalidad resalta el proyecto de Transparency

International con sus capítulos en América Latina como la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana de Panamá; Transparencia, Conciencia y Ciudadanía en Brasil; etcétera.

Consideración final

La corrupción es, sin duda, uno de los grandes desafíos del mundo contemporáneo y un gran reto para las democracias latinoamericanas. Ésta afecta a los gobiernos porque genera tremendas perversiones en el uso de los recursos públicos y altera la implementación de las políticas públicas, implica costos para la sociedad en general y para los sectores más desprotegidos en particular. La lucha por su control sólo es posible con la cooperación de un alto rango de actores, donde participan: sectores de gobierno, la sociedad civil, la iniciativa privada y los medios de comunicación.

Bibliografía

- Acosta, Miguel, *Los Medios de Comunicación y la Educación Ciudadana*. Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, D.F., 1997.
- Alianza Cívica, *Resultados de la Primera Jornada Nacional de Condena a la Política Económica del Gobierno*. México, 1995.
- Alvarez Icaza Longoria, Emilio, “Apuntes sobre la Observación Electoral en México”, en *Boletín Electoral Latinoamericano*. IIDH/CAPEL, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, No. XVII, enero-julio 1997.
- Argüello, María Yolanda y Alejandro Cabello, *Manual para la Comunicación Ciudadana*. Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, D.F., 1997.

- Arredondo Ramírez, Pablo y Enrique E. Sánchez Ruiz, *Comunicación Social, Poder y Democracia en México*. Editorial Universitaria de Guadalajara, Guadalajara, México, 1987.
- Barbero, Martín, *Cultura, Medios y Sociedad*. CES, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 1998.
- Bonder, Gloria, *Mujer y Comunicación, una Alianza Posible*. World Association for Christian Communication, Centro de Estudios de la Mujer, Buenos Aires, Argentina.
- Canto Chac, Manuel, “El nuevo papel de las organizaciones civiles”, *Revista Rostros y Voces*. México, No. 00, julio-agosto de 1995, pp. 17-19.
- Carreño Carlón, José y Ernesto Villanueva, coordinadores, *Temas Fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica*. Fragua Editorial y UIA, Madrid, España, 1998.
- Centro Nacional de Comunicación Social, “Informe de actividades 1998”. Mimeo, México, 1998.
- Communications and Democracy, Ensuring Plurality*. Editado por Southbound, Vidéazimut, Cndit. Canadá, 1998.
- Cruz, Patricia, *Cómo ver las campañas electorales por televisión*. Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, D.F., 1997.
- Cruz, Patricia, *La Práctica de la Ética en los Medios de Comunicación*. Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, D.F., 1997.
- Curran, James, *Estudios Culturales y Comunicación*. Paidós Comunicación, 1998.

- Esteinou Madrid, Javier, “El derecho a la información y la democratización del Estado Mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho de la Información*. México, Año 1, No. 2, septiembre-diciembre de 1998, pp. 58-79.
- Riva Palacio, Raymundo, *Más Allá de los Límites, Ensayos para un Nuevo Periodismo*. Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía, México, 1998.
- Riva Palacio, Raymundo, “Cultura política, medios de comunicación y periodismo en México”, *Revista Mexicana de Comunicación*. México, No. 47, enero-marzo de 1999, pp. 21-28.
- Robert, Marie José, “Une dictature démocratique: le Mexique”, *Citoyens, Lettre Politique de la Vie Nouvelle*. París, Francia, noviembre-diciembre, 1994.
- Rodríguez Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, No. 12, Instituto Federal Electoral, México, 1996.
- Schmelkes, Sylvia, “Para entender la sociedad civil en América Latina”, *Sociedad Civil, Análisis y Debates, Revista Científica Cuatrimestral*. Foro de Apoyo Mutuo, verano 1997.
- Tironi, Eugenio, “La comunicación en la transición democrática chilena”, *Boletín Interprensa, Edición Especial*. Lima, Perú, noviembre de 1997.
- Transparencia, *Informe del Conteo Rápido y la Observación Electoral de las Elecciones Generales de 1995*. Fundación Hanns Seidel, Lima, Perú, 1995.

LÍMITES Y CONTROLES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

Juan LOZANO RAMÍREZ

* El presente trabajo es el resultado de una serie de deliberaciones, ponencias, foros y debates conducidos entre 1997 y 2000 a partir de los ejercicios de reflexión sobre la libertad de expresión, generados dentro del marco del proyecto orientado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

“No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”.

I

Se equivocaron quienes, entusiasmados por las conquistas normativas, pregonaron a los cuatro vientos que la censura había muerto porque los censores oficiales desaparecieron de la planta oficial del servicio público, o porque, a la hora del cierre, han dejado de llegar a nuestras salas de redacción adustos funcionarios enfundados en polillosos vestidos de negro dacrón, o adornados con refulgentes charreteras sobre sus ropajes de guerra, con el propósito de verificar que el contenido del periódico –o la emisión del telediario o del radionoticiero, para el caso es lo mismo– no lesione la “dignidad” del régimen, ni perturbe la tranquilidad ciudadana, ni ponga en duda la pulquérrima gestión del prócer de turno que ocupe la suprema posición en la cúspide del poder estatal.

Ingenuos quienes creyeron que la censura había sido desterrada por un mamotreto de convenciones, leyes, decretos, resoluciones, proposiciones, indicios, incisos y parágrafos que actuaban a manera de prodigioso antídoto a punta de letras de molde, rúbricas oficiales y declaraciones académicas.

No sólo el abuso brutal de las mal llamadas fuerzas del orden oficial, el uso abierto de las herramientas de intimidación y la directa aplicación de la férula de los cuerpos de seguridad sobre los medios de comunicación configuran la censura en el nuevo milenio. No sólo a punta de plomo, torturas y garrote es

que se altera el contenido de los mensajes que se emiten o divulgan a través de los medios de comunicación. A lo largo de los últimos años hemos conocido un arsenal mucho más sutil, más variado y más peligroso, en la medida en que se oculta tras ropajes de utilería y un antifaz de democracia.

II

En las puertas del nuevo milenio, nuestra América Latina –para hablar sólo del vecindario– se ha convertido en un escalofriante laboratorio de estilos, modalidades y variedades de la censura encubierta. Así, no faltan quienes, en ciertos países, terminaran por recomendar la inclusión de la libertad de expresión –otra vez–, al lado del exótico oso de anteojos de los Katíos, en la conmovedora lista de las especies amenazadas, de las especies en peligro, de las especies perseguidas. Y no porque se haya dejado de avanzar en su defensa, ni porque se hubieran dejado de librar y de ganar batallas de honda significación, sino porque las señales de fatiga de la democracia hemisférica y las nuevas realidades económicas y empresariales en los multimillonarios procesos de toma de poder y concentración de la propiedad de los medios de comunicación en el mundo entero, han repercutido directamente contra la salvaguarda, defensa, promoción, protección y aplicación de la libertad de expresión. Los ejemplos en el patio son abundantes, recientes y dolorosos.

Así, los desajustes de nuestros sistemas democráticos, la crisis de la institucionalidad, la fragilidad y la debilidad que han evidenciado tantos gobiernos, los nuevos rostros de autoritarismos mesiánicos y populistas, y las vertiginosas transacciones que van agregándole más y más dígitos a las cifras en millones de dólares que permiten el ingreso al club de los propietarios de medios, se han convertido en graves fuentes de amenaza o vulneración de la libertad de expresión.

En el caso particular de mi país, de Colombia, el itinerario de muerte que los distintos agentes del conflicto armado le han

trazado a nuestro pueblo, se ha convertido en la guadaña implacable que silencia a los periodistas, que silencia a los colombianos, para siempre...

III

Se entiende entonces que cualquier aproximación al análisis sobre la libertad de expresión debe reconocer dos niveles distintos. Por una parte, la revisión normativa-jurídica y, por otra parte, la verificación fáctica acerca de la vigencia y aplicación de tales normas.

En el primer frente, en nuestro hemisferio, una juiciosa obra preparada por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), compilada por Jairo Lanao (Editor Ricardo Trotti), con el apoyo de la Fundación Robert R. McCormick Tribune, publicada a finales de 1999, titulada *La libertad de prensa y la ley*, se ha convertido en una valiosísima herramienta que contiene la legislación comparada de 24 países en materia de libertad de expresión.

En la obra se encuentran las disposiciones constitucionales que garantizan la libertad de expresión en cada país, la reglamentación sobre la propiedad de los medios de comunicación, las leyes de prensa, el derecho de rectificación y la confidencialidad de las fuentes noticiosas, la guarda de la privacidad y el honor, regulaciones sobre la publicidad comercial, propaganda electoral, derechos de autor y colegiatura obligatoria*.

Rigen, además, las normas fundamentales del derecho internacional en esta materia, que transcribo por su ámbito, significación e importancia; a saber:

* Nota del editor. Ver, en el Anexo Documental de este libro, el texto completo de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del derecho de rectificación y la colegiatura obligatoria.

A. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Carta Internacional de Derechos Humanos– artículo 19, que dice a la letra:

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.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo, entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) asegurar el respeto a los derechos o a la libertad de los demás;
 - b) a protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

B. El Pacto de San José de Costa Rica –Convención Americana sobre Derechos Humanos– que dice en su artículo 13, a la letra:

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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

IV

Si bien a estas alturas resulta claro que la libertad de expresión debe garantizarse como se garantizan los derechos fundamentales, es importante también resaltar que su majestad y su grandeza se justifican en su vocación constructora de un mundo mejor, proyectada hacia el bien público y hacia el interés colectivo.

Si fuésemos capaces de señalar el lugar de residencia de la libertad de expresión, ella necesariamente habría de ubicarse en la entraña misma de la sociedad. Vigente, ondeando viva en cada individuo, en cada ciudadano, pero residiendo en el alma del sistema democrático, en el alma de las sociedades libres.

Por eso su impacto y su propia razón de ser enaltecen a los individuos, los hace crecer como ciudadanos, pero los desborda

para recrear su vigencia en la colectividad toda, a la que se debe y a la que tiene que servir en sus propósitos generales de elevación de condiciones de vida, de búsqueda de reducción de la iniquidades, diferencias y discriminaciones, y de persecuciones de más altos niveles de bienestar general.

A partir de ese concepto, ha de inscribirse la deliberación sobre la libertad de expresión en una relación vital en la que los diferentes estamentos de la sociedad concurren, cada uno desde su propia trinchera, para darle vida real, para darle aplicación cierta.

V

En una de sus últimas intervenciones públicas ante un foro sobre libertad de prensa, organizado a instancias de la Fundación Konrad Adenauer, el ex presidente Misael Pastrana Borrero, refiriéndose a los recientes avances del constitucionalismo en estos predios señaló que “lo que ahora se pretende no es solamente darle libertad a las personas y a los editores para expresarse, sino, fundamentalmente, darle derecho al pueblo a ser informado. Hoy informar es una obligación del periodista y no puede reservarse ese derecho con una serie de pretextos inaceptables”.

Es cierto: si pudiera visualizarse gráficamente la libertad de expresión, necesariamente tendríamos que pensar en un diagrama de doble vía en el que uno de los extremos está sostenido por quienes informan y el otro por quienes reciben la información, siendo indispensable la concurrencia de los dos para que el derecho pueda estar garantizado en su integridad. En otras palabras, el derecho no admite exclusiones en ninguna de las dos partes.

En efecto, para que podamos predicar –o por lo menos anhelar– la plena vigencia de la libertad de expresión, debemos garantizar que los dos extremos de la relación comunicativa

puedan cumplir con sus roles, que incorporan, en estricto sentido, derechos y obligaciones, atribuciones y responsabilidades.

Deben quedar atrás, entonces, los arranques de explicable euforia periodística o los arrebatos de radical exaltación gremial que llevan a valorar la libertad de expresión por fuera del tejido general de derechos fundamentales, que debe articularse armónicamente para que la sociedad pueda respirar democracia.

El derecho fundamental de un periodista a informar debe coexistir con el derecho fundamental de la sociedad de estar bien informada.

VI

La libertad de expresión se escribe con letras mayúsculas, claro. Es fundamental. Es indispensable. Es imprescindible. Debería ser intocable. Debería ser invulnerable. Pero su aplicación y sus expresiones cotidianas no se pueden sustraer del respeto y guarda de otros derechos y libertades.

Tal como lo hemos visto ya, en términos generales se han aceptado dos grandes bloques de límites jurídicos a la libertad de expresión. El primero, referido a la intimidad, la honra, la dignidad, la reputación y el buen nombre de los demás. El segundo, referido al bien público, preferentemente expresado en terrenos de seguridad, salud, moral pública u orden público, como veremos en lo que sigue.

A

A toda persona se le garantiza la protección de su honra y de su dignidad. Al respecto, el propio Pacto de San José, ya citado, dice a la letra en su artículo 11:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Así, se entiende que la libertad de expresión llegue hasta la frontera de la dignidad, la intimidad, la honra y el buen nombre de los demás. Sin embargo, es necesario efectuar algunas precisiones.

La libertad de expresión no tiene vocación reconstituyente de la honra perdida por aquellos que han cometido delitos, que de manera flagrante han traicionado a la sociedad o que públicamente han quebrado sus principios. Una cosa son las afirmaciones temerarias, lesivas de la dignidad ajena, arbitrarias, sin confirmación ni fundamento y otra, bien distinta, es la necesaria contextualización que deben hacer los medios de comunicación frente a ciertos episodios que obligan a repasar los antecedentes de quienes en ellos intervienen.

La libertad de expresión no se ha consagrado ni para construirle buenos nombres a unos ciudadanos, ni para lavarles negros pasados a otros. En otros términos, cada ciudadano es responsable de edificar su buen nombre y honrar su plena libertad de registrar actividades que lesionen el bien común o que ofendan a la colectividad. Ni la dignidad, ni el buen nombre se pueden inventar. Como en la propaganda del escocés de marras, “se tiene o no se tiene”. Quienes no han conducido su vida de manera tal que se pueda presentar, no pueden pretender que las informaciones se refieran a ellos haciendo caso omiso de su pasado. El ejemplo es clásico. Políticos o funcionarios públicos que se han visto envueltos en escándalos de corrupción, no pueden esperar que de la noche a la mañana se les trate como próceres o arcángeles invocando el derecho a su buen nombre.

La intimidad de las personas es invulnerable. Lo que sucede de la puerta de la casa de residencia hacia dentro es sagrado. Lo que alguien haga o deje de hacer con su vida privada tiene las supremas protecciones tutelares. No se discute. No obstante, si los comportamientos en ámbitos que, en estricto sentido, deberían ser privados dejan de serlo por el propio accionar de una persona, o afectan a los demás, o interfieren la vida en comunidad, o tienen efectos dañinos frente a la pacífica convivencia, o transitan por los predios de lo comunitario, o ponen en peligro bienes públicos tanto físicos como espirituales, tal reserva en mi sentir debe ser levantada.

Dentro de esta misma familia, ameritan consideración especial el derecho al dolor y el derecho al luto de los ciudadanos, aunque no suelen clasificarse como derechos fundamentales. Derivados del derecho a la intimidad, el luto y el dolor hacen parte de la entraña íntima del ser humano. Simple y llanamente: a una madre que acaba de perder a su hijo en una tragedia, su derecho al dolor y al luto le deben ser respetados. Entrevistarla en momentos en los que sufre y llora por su hijo perdido, constituye un abuso del derecho a la libertad de expresión si ella no ha manifestado su deseo de ser entrevistada o si no ha aceptado conscientemente la entrevista.

B

Se ha dicho siempre que el interés general debe primar sobre el interés particular. Hasta aquí, la afirmación es sencilla, ¿quién la discute? No obstante, se complica cuando se intenta identificar aquellos campos en los que, por sus especiales condiciones, se defiende o se salvaguarda el interés general.

Tal como ya lo hemos visto, el Pacto de San José señala la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública dentro de esta categoría. La reflexión es comprensible. Si se vulnera cualquiera de esos campos, se afecta en su conjunto a la

sociedad y en particular a cada de los ciudadanos, en lo que a ellos les toca dentro del conjunto.

El efecto también es evidente. Se limita la posibilidad de informar sobre unos determinados sucesos, episodios, acontecimientos o procesos cuando ponen en peligro la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. En abstracto no ofrece dificultad. Pero...

- ¿Seguridad nacional, según quién? ¿Según las Fuerzas Militares? ¿Según las ONG? ¿Según el ejecutivo, el legislativo o según los jueces? ¿Según los intelectuales? ¿Según los propios medios? ¿Según los paramilitares? ¿Según los guerrilleros?
- ¿Orden público, entendido cómo? ¿No agitación? ¿No confrontación? ¿Silencio? ¿Con qué grado de beligerancia? ¿Con qué grado de disenso? ¿Obediencia? ¿Qué altera más el orden público, pregunto, una frase incendiaria de un congresista amigo de la línea armada para resolver los conflictos, o una frase conciliadora de un comandante guerrillero que, eventualmente, pudiera estar interesado en explorar un cambio de paz? ¿Qué altera más el orden público, el cinismo oficial de los corruptos arrogantes o las consignas de los inconformes?
- Y sobre la moral pública, ¿rondada por quién? ¿Cuáles sus guardianes? ¿Quién su cancerbero? ¿Quién, pregunto de nuevo, ha ofendido más la moral pública en mi país, lleno de gente nueva, lleno de gente honesta, trabajadora, recta, laboriosa y creativa: el ex alcalde Mockus cuando se bajó sus pantalones y exhibió, en vivo y en directo, su trasero para señalar que es preferible la agresión simbólica a la agresión de los fusiles, o directivos de la campaña presidencial de Ernesto Samper Pizano cuando aceptaron los malditos dineros manchados de sangre y corrupción del Cartel de Cali?

Formulo las preguntas solamente para señalar que la definición del interés superior puede resultar tan arbitraria, represiva y peligrosa como la propia censura a la que más adelante me referiré.

En concreto, ¿no deben los periodistas de un país referirse a la corrupción de sus Fuerzas Armadas para no poner en peligro sus fronteras y para evitar una invasión de sus peligrosos vecinos? ¡Qué viva la seguridad de la patria!

¿No deben las revistas ocuparse de los excesivos entusiasmos sexuales del señor Ministro porque ese mal ejemplo puede hacerle daño a la inocente e ingenua juventud de nuestro tiempo? ¡Que viva la moral pública!

Visto lo anterior y conocida la experiencia pasada, la cercana y la remota, lo que resulta imperativo es la definición de parámetros precisos que reduzcan las franjas de discrecionalidad y arbitrariedad en la aplicación de la restricciones que venimos comentando.

Reglamentaciones constitucionales y desarrollos legales adecuados sobre los estados de excepción –tan limitativas y reducidas como sea posible–, mecanismos de consulta y convalidación con la sociedad civil, instrumentos de autorregulación y un severo régimen de responsabilidades por la invocación inadecuada, abusiva o desbordada de circunstancias excepcionales, entre otras medidas, pueden contribuir a conjurar las asechanzas intimidatorias que rondan la libertad de expresión.

VII

Aunque parezca obvio, es importante tener presente que el derecho a la libertad de expresión comprende –de manera muy significativa– el derecho de disentir. Incluye también el derecho a estar de acuerdo, por supuesto, pero el derecho a disentir pertenece a la esencia misma de la libertad de expresión.

La Corte Constitucional de Colombia lo ha dicho en forma casi poética, a pesar de lo categórico que resulta en argumento jurídico de la sentencia T-706/96.

El derecho fundamental a la libertad de expresión implica, también, la protección del derecho a disenter y, por ende, la libertad de difundir todas aquellas opiniones que no se avengan con la ideología mayoritaria. La libre manifestación y circulación de ideas contrarias a la opinión predominante, enriquece la tolerancia y la convivencia pacífica, promueve la igualdad, fortalece la ciudadanía responsable y aumenta las posibilidades de control que, en una sociedad democrática, corresponde realizar a la opinión pública sobre las autoridades estatales. En este sentido, la posibilidad del individuo de disenter, en tanto manifestación directa de su libertad de conciencia, comporta la facultad de informar a la opinión pública acerca de estas ideas, a través de los medios masivos de comunicación, siempre y cuando la difusión de las anotadas opiniones no altere los postulados mínimos sobre los cuales se funda la convivencia social.

Y luego agregó la misma Corte:

Calificar de “peligrosa para el orden social” una información por el mero hecho de ser crítica, tampoco se aviene con los valores y principios en que debe fundarse un orden constitucional democrático y pluralista. Este tipo de manifestaciones, más propias de los regímenes autoritarios, constituyen una forma de censura cuyo único objetivo es acallar las voces de aquellos, que, legítimamente, en una sociedad democrática pretenden cuestionar una determinada política o, incluso, las propias instituciones. A juicio de la sala, la conservación del orden, la disciplina, no puede erigirse en un motivo tras el cual se oculten los prejuicios de ciertos funcionarios que establecen una equivalencia, equivocada y peligrosa para el orden constitucional entre disenso y subversión.

VIII

Aparte de las limitaciones de naturaleza jurídica anteriormente aludidas, dentro del empeño de garantizar la coexistencia de derechos protegidos simultáneamente en el ordenamiento

legal, se han aceptado otras que tienen fundamentos análogos a los ya invocados.

A

Así, por ejemplo, la legislación aplicable a los procesos judiciales, juicios, litigios, causas penales y, en algunos casos, procesos disciplinarios establece una reserva del sumario, en virtud de la cual las piezas procesales, las pruebas documentales, los folios que obran en el expediente, hasta un cierto momento litigioso, están reservadas y no pueden ser conocidas por personas ajenas al proceso.

A tales documentos solo tienen acceso las partes en el proceso, pues se considera que su divulgación puede poner en peligro la pronta y cabal administración de justicia, en perfeccionamiento de las investigaciones correspondientes y el derecho de la defensa de los implicados en la causa correspondiente.

Como nota entre paréntesis, registro una honda discusión académica que se ha suscitado en mi país en torno a las responsabilidades concurrentes de periodistas y funcionarios públicos en los casos en los que se presenta filtración de piezas judiciales sometidas a la reserva. La opinión jurisprudencial, recibida jubilosamente en medios periodísticos, señaló que son responsables los funcionarios judiciales por las violaciones y filtraciones de los sumarios reservados. Es decir, son ellos quienes en primer término deben responder por tales situaciones. La responsabilidad de los periodistas, en este caso, se configura si en su intervención activa para obtener la piezas reservadas se cometió algún hecho que tipifique una conducta punible.

B

Sin que se haya puesto punto final a la discusión, las deliberaciones sobre los límites entre libertad de expresión –léase en este caso libertad de información– y reserva bancaria

siguen generando profusión de cuartillas y teorías. En principio, la reserva ampara los documentos que dan cuenta del movimiento bancario y del flujo de fondos dentro del sistema financiero. Tal reserva, sin embargo, no se extiende hasta la prohibición o la limitación de publicar, como sucede con otros campos reservados, aunque se consideren la estabilidad económica y la seguridad financiera como activos de la sociedad que requieren protección.

Amparados en la reserva, los bancos pueden abstenerse de suministrar una determinada información. Sin embargo, si la misma llega a un medio de comunicación, esta podría ser publicada bajo la responsabilidad, del medio, si así lo dispone. Aún cuando tal predicamento se aplica en todos los casos en los que existen limitaciones, en otros hay normas que consagran la prohibición expresa de publicar o divulgar.

En esa línea se ha sostenido que consideraciones similares se pueden aplicar al secreto profesional, secreto médico, secreto del abogado, secreto técnico o empresarial, secreto de confesión o acuerdos de confidencialidad. Si ellos se violan por una de las partes obligadas a guardarlos y se publican, la parte afectada podrá intentar acciones contra el infidente, más no contra el medio que divulga, siempre y cuando, subrayo, la violación de tales secretos no se hubiesen originado en actividades ilícitas de un periodista.

C

Comentario especial merece la limitación a la libertad de expresión que surge de la consideración de derechos preferentes de ciertos grupos vulnerables de la población, en particular de los niños.

En este caso el ejemplo colombiano resulta bien interesante. El artículo 44 de la Constitución dice, a la letra, en su segundo inciso:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En desarrollo de tal postulado queda claro que la protección del niño se prefiere y prima sobre la libertad de expresión. Ese es, precisamente, el soporte de las limitaciones a la publicación de fotos, imágenes, nombres y documentos y testimonios que exhiban o muestren infantes en situaciones peligrosas, irregulares, ilegales o indignas.

IX

Aparte de los límites estrictamente legales aplicables a todos los medios y periodistas, los propios periodistas, los mismos medios de comunicación o la sociedad en su conjunto se imponen, en ciertos casos, unos límites morales a la libertad de expresión que, por su misma naturaleza, no están amparados en la fuerza de Estado, ni recogidos en normas coercibles.

Su aplicación no es imperativa, su verificación no es obligatoria y, en tal medida, su vulneración no acarrea efectos jurídicos, penales, patrimoniales ni administrativos. Por lo general hacen parte de consensos sociales, de acuerdos comunitarios y,

en ciertos casos, se incorporan a códigos de ética de los medios de comunicación.

En tales casos, la violación de la norma ética puede acarrear para el periodista que la transgrede la pérdida de su empleo, la expulsión del medio, pero no un efecto en el campo del derecho.

Como las posibilidades son amplias, para comprenderlas resultan de gran utilidad los ejemplos de determinaciones que se pueden adoptar por parte de la comunidad informativa.

- Abstenerse de publicar fotografías de cadáveres, masacres o tragedias.
- Abstenerse de informar o registrar hechos asociados con un determinado dirigente que en la conciencia de los medios sea responsable de actividades corruptas o inmorales, a pesar de que cuente con absoluciones formales de la justicia o de las autoridades competentes para investigarlo y procesarlo.
- Abstenerse de publicar una determinada historia cuando, a pesar de la aparente verdad documental, el efecto de la historia atente contra el bien público.
- Abstenerse de publicar informaciones cuando se alberguen dudas sobre las motivaciones de la fuente para suministrar sus datos o sobre los procedimientos que se utilizaron para conseguirlos.
- Abstenerse de publicar informaciones sobre procesos que contraríen las convicciones democráticas de los medios.
- Abstenerse de publicar informaciones en materia económica que puedan generar pánicos en los mercados, quiebras de entidades, o grave perjuicio patrimonial a personas inocentes, siempre que la no publicación no se traduzca en casca-

rón de impunidad ni un instrumento para profundizar las defraudaciones.

- Abstenerse de publicar ciertas informaciones sobre personas con minusvalías, impedimentos, complicaciones médicas, o sobre personas que se encuentren en grave condición de dolor físico o mental, o de aflicción humana.

Por lo demás, es fundamental definir en cada medio de comunicación una clara política acerca de los conflictos de interés, de manera que la preparación de cada pieza periodística esté soportada en la independencia plena y la serenidad de ánimo y de conciencia del periodista correspondiente. En esta categoría deben incorporarse razones económicas, afectivas, empresariales, ideológicas, por pro o por el contrario, por amores o por odios, en fin, todas aquellas razones que en un determinado momento pueden generar pérdida de objetividad del periodista.

X

La determinación es contundente. No habrá censura. Punto. Sin más arandelas y sin condicionamientos.

Sin embargo, para garantizar la plena vigencia de la norma, el postulado de la no censura debe partir de una comprensión muy amplia del concepto. Como decíamos anteriormente, la censura no se agota en los actos “previos, explícitos, directos y verificables de fuerza o de autoridad, encaminados a impedir la circulación de un impreso o de un mensaje electrónico o la emisión de una pieza radial o televisiva”. Esa es solamente una modalidad de la censura. La brutal, la burda, la primitiva.

Pero, tan peligrosas como éstas, o aún peores, pueden resultar aquellas manifestaciones de la censura que no parecen tales, que no se perciben como censura por la mayoría de los ciudadanos, que se producen, por lo general, en medio de

rimbombantes discursos oficiales a veces pronunciados con cinismo a nombre de la Declaración de Chapultepec, de la teoría de los derechos humanos, del Pacto de San José, o de los mártires de la libertad de prensa, o de nuestras benditas democracias, o de Simón Bolívar o de Nuestro Señor Jesucristo.

Constituye censura todo acto oficial que desemboque en piezas de comunicación diferentes a las que libremente habrían producido los medios, de no haber mediado la intervención de autoridad para favorecer los intereses del propio gobierno o de grupos protegidos por éste. No se necesita un gran garrote para censurar. Más perversos y peligrosos son los mecanismos encubiertos que terminan privando a la ciudadanía del acceso a la información sobre determinados aspectos de su interés o que, peor aún, se traducen en mensajes que riñen con la realidad, falaciosos, mentirosos, engañosos.

Los mecanismos son tan amplios como la imaginación de muchos gobernantes, y aun cuando no prohíben informaciones ni imponen contenidos, compran conciencias, rompen independencia, generan complicidades, recortan distancias, que para el efecto práctico, son primas hermanas dobles de la censura pues pueden generar, en muchos casos, el mismo efecto: que no se informe lo que se debe informar. Algunos ejemplos:

- Manejo arbitrario y amiguelero de la pauta oficial.
- Favorecimiento con cargos públicos a periodistas, propietarios de medios de comunicación o de sus allegados.
- Adjudicación de frecuencias radiales, concesiones de televisión, espacios periodísticos o contratos de comunicación.
- Manejo excluyente o con favoritismo de la información oficial o de las primicias del gobierno.
- Favorecimiento de leyes excluyentes para la aplicación de la libertad de expresión, de la libertad de opinión, de la

libertad de prensa, como aquellas que exigen la colegiatura obligatoria de los periodistas, o la tarjeta profesional de comunicador para el ejercicio de la actividad periodística o para la colaboración en los medios de comunicación.

- Invitaciones a numerosas comitivas a viajes en vehículos o aviones oficiales, o a residencias o locaciones del Estado.
- Premios, diplomas, medallas, homenajes, condecoraciones y reconocimientos del gobierno a los periodistas por “la forma ejemplar e independiente como vienen cumpliendo con su noble, peligrosa y difícil tarea”.
- Regalos de Niño Dios, Papá Noel, Reyes, cumpleaños, día de la amistad, día del periodista, día del comunicador, día de la patria grande, de la patria chica y de la mediana, día del partido, día del aniversario, de otro aniversario y de un aniversario más...
- Descalificación pública de la opinión de los periodistas por altos funcionarios del Estado, a través de los canales oficiales, cuando no está garantizado el derecho de réplica.
- Favorecimiento de leyes y normas que afecten empresarialmente a los medios de comunicación, impuestos al papel, impuestos a la publicidad, cambio de reglas de juego tributarias, persecución tributaria, cambio en las condiciones de los contratos de concesión de radio y televisión, cambio en las condiciones de obtención de licencias y permisos laborales, de licencias de funcionamiento, de permisos de trabajo, de autorizaciones de operación de reglamentaciones urbanísticas sobre construcciones, prevención de incendios, instalación de maquinaria, rotativas, antenas de transmisión, repetidoras, etc.
- Favorecimiento de esquemas de seguimiento, monitoreo, vigilancia y control de los periodistas, por parte de los

organismos de seguridad del Estado, aún en los casos en los que tales actividades se escudan en una pretendida intención de brindar seguridad a los propios periodistas.

XI

Si bien es cierto que el catálogo podría ser infinito, también lo es que, en casos como los aludidos, también cabe responsabilidad –y grande– a los periodistas venales, a la laxitud del gremio y a la fragilidad de valores y principios en algunos profesionales de la comunicación o el periodismo que sucumben ante las tentaciones.

¿Recetas? Difíciles. Mecanismos preventivos, pedagogía de valores, colegios de periodistas con directivas fuertes, firmeza ética colectiva, efectivos mecanismos para garantizar control general y sanción social frente a los venales y frente a los corruptores, Recordando a Sor Juana Inés de la Cruz: ¿quién tiene mayor culpa: el que peca por la paga o el que peca por pecar?

No nos podemos llamar a engaños. Tan nocivo y peligroso como el ánimo censor e intimidatorio de los gobiernos para silenciar a medios y periodistas a partir de mecanismos como los aludidos, resulta la fragilidad de principios de quienes permiten que con ellos se abone el terreno para la mordaza o la intimidación por la vía de convertirse en especies comprables silenciadas, corrompibles.

XII

Comentario particular merecen las situaciones en las que al interior de los medios de comunicación se generan discrepancias entre los directivos de los medios y los periodistas frente al tratamiento de un determinado tema, a la publicación de una noticia o a la divulgación de alguna información.

La diferencia con la hipótesis anterior es evidente: una es la situación cuando las piezas de comunicación se alteran por intervención de agentes oficiales y otra, muy distinta, cuando tal alteración proviene, frente a un periodista en particular, de la determinación de sus directivas o de los propietarios del medio.

Si la decisión de diferir, aplazar, modificar o inclusive cancelar la divulgación de una determinada noticia obedece a la propia convicción de las directivas del medio correspondiente de que es lo que mejor conviene al bienestar común, no se podría hablar, entonces, de censura. Habría operado la censura, solamente, si una determinación como la referida es el fruto de algún tipo de presión directa o indirecta sobre los directores de los medios.

En los casos en que la cancelación o modificación de ciertas informaciones se produzca no porque se hubieran dejado de consultar el bien público o el interés general, sino porque primaron intereses individuales o particulares de los propietarios de los medios, más que censura técnicamente tal –porque no medió intervención oficial–, lo que se estructuró fue una grave vulneración de principios de ética periodística por parte de las directivas de los medios, sin perjuicio de que se puedan configurar eventualmente otras conductas punibles. De nuevo, se abre espacio para una discusión amplia sobre los conflictos de interés a la luz de las nuevas realidades sobre la propiedad y el control de los medios de comunicación.

Ahora bien, debe advertirse que ha estado vigente una discusión paralela a esta, pero que desborda el marco de la presente ponencia, referida a los conflictos de intereses y a la manera de resolverlos cuando se esbozan amenazas contra la libertad de expresión que provengan de los mismos medios de comunicación, en defensa de sus propios intereses empresariales, en aquellos casos en los que conviven en su reglamentación la libertad de empresa y la libertad informativa.

Esa, aunque apasionante, es arena de otro costal en la medida en que envuelve discusiones complejas de otros ordenes sobre esquemas de desarrollo, modelos económicos, regulaciones empresariales, y normatividad antimonopolios.

Palabras finales

La dolorosa evidencia de los últimos meses obliga a repositionar en las agendas democráticas del continente las discusiones sobre la libertad de expresión. Es necesario despertar en la conciencia colectiva el afán, la urgencia y la convicción asociada con la protección de la libertad de expresión, entendiendo, claro está, que su ejercicio parte del reconocimiento de los otros derechos que conviven en nuestros ordenamientos, y que las responsabilidades civiles, penales y administrativas que se puedan derivar del abuso o el desbordamiento de este derecho deben ser severamente exigidas.

Han sido tan severas las amenazas, tan protuberantes los casos, que la deliberación sobre la defensa de la libertad de expresión debe salir de los recintos de los periodistas, para ganar terreno en la línea medular de las agendas políticas en la región. La voz respetable que tantas esperanzas despertó al interior del Sistema Interamericano no se ha escuchado suficientemente. Nuestro hemisferio ha padecido demasiadas violaciones frente a la libertad de expresión. Algunas –como en el caso de Gorriti en La Prensa de Panamá, o las acusaciones contra el presidente Fujimori en la última reelección– se han debatido ampliamente. Pero muchas siguen en la penumbra.

En el otro extremo, la Declaración de Chapultepec, y el proyecto con el mismo nombre liderado por la Sociedad Interamericana de Prensa, han cumplido con una tarea crucial en defensa de la libertad de expresión en nuestros países. Su análisis y evaluación hacen parte de otro trabajo, más amplio y especializado.

Sólo mediante la libre expresión y circulación de las ideas, la búsqueda y difusión de informaciones, la posibilidad de indagar y cuestionar, de exponer y reaccionar, de coincidir y discrepar, de dialogar y confrontar, de publicar y transmitir, es posible mantener una sociedad libre. Solo mediante la discusión abierta y la información sin barreras será posible buscar respuestas a los grandes problemas colectivos, crear consensos, permitir que el desarrollo beneficie a todos los sectores, ejercer la justicia social y avanzar en el logro de la equidad. Por esto, rechazamos con vehemencia a quienes postulan que libertad y progreso, libertad y orden, libertad y estabilidad, libertad y justicia, libertad y gobernabilidad, son valores contrapuestos.

Hagamos propias estas palabras de la Declaración de Chapultepec y sigamos librando esta batalla con todos aquellos que, como nosotros, todavía sientan la necesidad de defender la libertad de opinión, la libertad de información y la libertad de expresión como a la vida misma.

CAPÍTULO IV

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

MÁS ALLÁ DE LAS FORMULACIONES JURÍDICAS*

Ignacio GÓMEZG.

* La versión original de este artículo fue presentada en el IV Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Cartagena de Indias, Colombia, 3 y 4 de diciembre de 1998.

La Libertad de Expresión en el interior de los medios de comunicación está reflejada en un cielo artificial que fue fabricado para que ellos sueñen lo mismo que su público, pero antes en éste.

Periodistas y jueces preocupados por las filtraciones de información en un país centroamericano hablan de la ventaja que ciertos magistrados le otorgan a ciertos colegas de los que son más amigos; en otro país los cinéfilos se quejan de que muchas buenas películas, inclusive nacionales, no merecen siquiera un comentario despectivo del crítico del periódico de mayor circulación de la gran ciudad, si en la producción de ésta no participó la empresa propietaria del periódico; en mi país se alega que dos grupos financieros que poseen los medios de comunicación que toman la mayor tajada del pastel publicitario, no hacen más que pelear entre ellos a través de la noticia, mientras cada uno defiende informativamente el sector de sus principales negocios y las concesiones del Gobierno que esperan recibir o quieren preservar.

En el mundo en general, los adelantos tecnológicos han convencido a la sociedad de la importancia de la información y en todos los nichos del poder (y de los interesados en serlo), el deseo de adquirir el control sobre medios de comunicación es creciente. En América Latina, en general, grupos políticos y grupos económicos que antes manejaban la información, cada uno por su lado, han llegado a una simbiosis que ahora se extiende a territorios de poder en la televisión por cable, el mercado del espectáculo, las telecomunicaciones, que antes eran desconocidas para ellos. Además del periodista-empresario, hoy sabemos que el empresario a secas se convenció de la alta rentabilidad de sus inversiones si vende información y

todavía mejor si tuviera control directo sobre toda la información que llega a los potenciales consumidores de sus otros productos.

De esto último todavía no existen pruebas contundentes. Ellas nos servirían para pedir una ley contra los monopolios de la información, pero es un hecho que, sin que los iconoclastas de otras épocas hicieran ningún trabajo, durante los años noventa se quemó la romántica imagen del intelectual inconforme y pobre que logró el éxito diciendo lo que nadie más se atrevía a través de una imprenta semi-artesanal que muchos miembros de la clase media de la época podían haber adquirido en igualdad de condiciones. Hoy la imagen del periodista-empresario de éxito es exactamente contraria. En la inmensa mayoría de los casos éste es el que supo decir lo que todos van a decir, lo que al círculo de poder le interesa que se conozca, pero mejor rodeado de aparatajes de gerencia y mercadeo que cada vez con menos frecuencia utilizan la calidad informativa como argumento para su clientela.

Por el bien de la libertad de expresión deberíamos esperar que no resulten ciertos los temores de los lectores argentinos y colombianos sobre la suerte de la *Página 12* y el *Espectador*. Aunque éstos dos periódicos puedan demostrar que conservan su independencia característica a pesar de sus nuevos dueños hay que reconocer que en casi todos los países de América Latina existen temores sobre la subsistencia de los medios de comunicación de propiedad de aquellos periodistas que no aprovecharon las oportunidades que la ola de privatizaciones les ofreció para diversificar su negocio. En casi todos los países de América Latina donde existía este tipo de prensa, sus preceptores están preocupados porque los analistas económicos y los asesores extranjeros pronostican la muerte del que no se diversifique¹.

Tales preocupaciones existen porque hay un nuevo esquema empresarial y también porque no se ven aún casos paradigmáticos que nos permitan reconocer de manera pública o privada que las nuevas empresas de comunicación son tan eficientes para defender el concepto moderno de libertad de expresión, como lo hicieron sus antecesoras durante las épocas de auge en la defensa de lo que entonces se entendía como libertad de prensa.

Hasta hace muy pocos años, desde los medios de comunicación se podía observar la evolución democrática de un país tomando su reflejo en su multiplicidad y capacidad para cuestionar al Estado, a la empresa privada y a quien fuera que no resultara funcional para los principios de cada impreso o noticiero. Cada uno de ellos habría representado adecuadamente un conjunto específico de intereses y la generalidad a toda la sociedad; incluía la posibilidad de que grupos discriminados pudieran organizarse a través de medios de comunicación y difundir sus planteamientos, lo que le permitía a la sociedad rechazar la defensa de éstos con métodos ilegítimos. Debido al relativo bajo costo de impresión de una revista o instalación de una emisora humildes, los medios de comunicación podían convertirse en una puerta de ingreso a la sociedad para tendencias críticas de su organización, aunque para muy pocos existiera camino después de la puerta.

En la actualidad, debido a las grandes inversiones que éstos demandan y al creciente fenómeno de concentración de la propiedad de los medios de comunicación, es necesario preguntarse si en esas inmensas estructuras empresariales que demanda la multimedia es posible que estén considerados los intereses de la generalidad de la sociedad y especialmente de las minorías y los grupos en riesgo de violación a los derechos humanos. Para ellos, la posibilidad de goce de una efectiva libertad de expresión está amenazada por su incapacidad económica y tecnológica para acceder a recursos eficientes en comunicaciones, y porque a pesar del bajísimo costo y las posibilidades de la internet hacia el futuro, está todavía muy lejos de llamarse un

¹ Se podrían mencionar decenas de editoriales del mensuario *Presstime* de la Asociación de Periódicos de Estados Unidos, que se edita en Reston, Vancouver.

medio masivo en América Latina². Por esto convendría preguntarse si los aparatajes empresariales que respaldan a los medios más boyantes de la actualidad serán capaces de afrontar el papel que la historia les asignó en la defensa de éste derecho humano. Es más, podríamos preguntarnos si las facultades que preparan a estos nuevos gerentes consideran importante la enseñanza de los derechos humanos.

Con la sincera esperanza de encontrar alguien que me convenza de lo contrario, me arriesgo a responder que no a la primera de las preguntas. No, porque la situación de la libertad de expresión es precaria, de manera que tampoco podemos armar una loca teoría de complot y culpar de ese lamentable estado a oscuros intereses y componendas secretas entre los administradores del Estado y los de la riqueza privada. Ése era el árbol que no dejaba ver el bosque antes del afortunado derrumbamiento del muro de Berlín. En la actualidad el Departamento de Estado de los Estados Unidos se lamenta anualmente por la gravedad de la situación de la libertad de expresión en cada uno de los países de América Latina cada vez que presenta su informe anual de derechos humanos.

En el mercado idealmente libre, que sólo existe en la imaginación de los nuevos manchesterianos, el producto informativo de mayor éxito obligatoriamente debería ser el que mejor satisficiera las necesidades de información de la sociedad, es decir, el que le permitiera a ésta percibir la información suficiente y necesaria para tomar las decisiones más acertadas sobre su presente y su futuro. De la misma manera en la que una madre sabe dosificar el azúcar en la dieta de sus hijos, es hora de que los empresarios piensen en trazar fronteras infranqueables entre la noticia y el espectáculo, por no mencionar también,

en el otro lado, el sexo, el dinero fácil, los chismes de farándula y la publicidad, ellos deben ser solamente dulces, exquisitos ocasionalmente, en un menú informativo preparado para una sociedad que necesita madurar.

La evolución democrática del continente hace que sólo cinco de los 23 países latinoamericanos cuenten con una ley de acceso a la información, según cifras de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP)³. En la casi totalidad de países latinoamericanos, excepción hecha de Cuba, en donde no existe el concepto de información pública, los asuntos legalmente públicos se han ido restringiendo en los límites que marca el derecho que alegan tener las empresas privadas a la confidencialidad de sus planes y proyectos aunque éstos involucren servicios, proyectos de desarrollo, recursos estratégicos y otros asuntos que antes sólo eran del Estado y por consiguiente, según la teoría jurídica, libres para el escrutinio de los ciudadanos.

Entonces no se puede decir que existe una tendencia hacia la privatización de la información en la región, sencillamente en el 70% de la región ésta nunca ha sido formalmente pública. Por el contrario, el mismo estudio concluyó que, en general, en Latinoamérica las leyes de prensa son de tipo penal y frecuentemente se utilizan para intimidar a los periodistas que cumplen con su deber de informar.

Esos dos elementos, la inexistencia de normas que garanticen el conocimiento público de los asuntos que deben serlo y la existencia de elementos jurídicos o de cualquier otro tipo que se empleen para intimidar al periodista, son las premisas necesarias para que entre la fuente y el periodista exista un Síndrome de Estocolmo, según la estudiosa Petra Secanella⁴.

2 “La prensa hispana en la red”, documento mimeografiado del proyecto Infoamérica de la Asociación de periodistas Europeos (sección España) y el Centro Iberoamericano de Comunicación y Estudios Sociales (Cices), presentado en la Isla Margarita (Venezuela), octubre 30 de 1997.

3 Investigación de Jairo Lanao para el Proyecto Chapultepec de la Sociedad Interamericana de Prensa, presentado en San José, Costa Rica, Agosto de 1998.

4 Secanella; Petra M., *Periodismo Investigativo*. Editorial Paidós, Madrid, 1994.

Sin la existencia de una protección legal amplia y suficiente para la libertad de expresión y de una cultura democrática que permita hacerla efectiva, el periodista se presenta ante su fuente no como el vocero de sus lectores interesados en conocer sobre un asunto que está a cargo de ésta, sino como el oferente de un espacio para que difunda su versión interesada. Frecuentemente también lo acompaña la esperanza de que esta versión sea confrontada por otras partes igualmente interesadas y que el balance final de información se aproxime a la totalidad de lo que el lector merecería conocer sobre el asunto.

Para aplicar la teoría a un ejemplo, utilizo mi país que es el que tengo más a mano. Aunque objetivamente el estudio de la SIP diagnóstica que aquí existen las garantías legales necesarias para acceder y publicar información de interés público, en Colombia, como en muchos otros países del área, las formulaciones legales realmente no dejan en claro que la sociedad tenga derecho a conocer a fondo, detallada e imparcialmente todo lo que le atañe y, por supuesto, lo que tiene que ver con el conflicto armado, que es la principal causa de muerte en el país. Allí es donde se refleja más claramente el Síndrome de Estocolmo del que habla Secanella. Como las víctimas del famoso secuestro en el banco de Suecia, los periodistas se ven obligados a aprobar la conducta e inclusive a complacer activamente al que tiene la llave de la puerta que le permite satisfacer sus necesidades más básicas, la del baño y la caja de comida en el caso de los rehenes y las de la información en el caso del reportero para quien ésta es subsecuentemente la puerta de su nevera.

Un comportamiento en contravía de esto ha generado “castigos” para los periodistas, brutales en algunas ocasiones y en otras sólo lo suficientemente efectivos. Sus manifestaciones comunes son los obstáculos al cubrimiento periodístico, que van desde el no otorgamiento de una acreditación para

asistir a ruedas de prensa en instalaciones militares o la no inclusión de su número en listados de telefax, hasta el veto explícito de un militar de altísimo rango a un periodista o a un medio de comunicación y las golpizas, las amenazas y la difamación por haber dicho o mostrado lo que el mando militar no quería que se dijera.

El pensamiento militar termina por intoxicar todas las actividades del país y su esquema de manejo de la información se reproduce en la publicidad de lo que tiene que ver con los asuntos privados (y los que más recientemente han sido privatizados), creando una cultura que a su vez se extiende a los asuntos públicos de los civiles. Me explico. Es difícil pensar que un consultor privado al que contrata un organismo estatal tenga una percepción siquiera lejana de que el artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU y algunas normas internas lo obligan a entregar su diagnóstico a la opinión pública. Ellos fueron entrenados para actuar en la empresa privada en la que la información se preserva con el celo adecuado para un movimiento de estrategia militar y muy frecuentemente han sido aconsejados para hacerlo por un experto militar. Aún el funcionario del Estado se cree dueño de la información que hay en su oficina, siguiendo el ejemplo de Colombia, y frecuentemente niega su acceso al periodista y la utiliza en beneficio propio porque sabe apreciar el valor que ella tiene y su cultura democrática no le alcanza para entender que ésta debería ser un capital de toda la sociedad.

Este esquema, sumado a la reciente proliferación de asesorías de imagen y el relajamiento ético de las agencias de publicidad, está limitando gravemente la democracia interna de los medios de comunicación. Sin una cultura democrática en la que, por ejemplo, los bancos no estén obligados a informar públicamente, por lo menos a sus socios minoritarios o a sus ahorradores sobre las operaciones que realizan, sería impensable incluir a críticos independientes de las actividades de éstos

en las plantas de redacción de periódicos y noticieros. Cierta información que permita la crítica circula restringidamente, pero ante la censura tácita, sólo puede provenir de la competencia o de la disidencia interna y, para bien de la libertad de expresión, algunos periodistas en cada país se encargan de procesarla, confrontarla, organizarla y entregarla al público, inclusive a través de los medios de comunicación que tienen un mayor aparataje empresarial de respaldo.

Precisamente por estos últimos el esquema no entra en crisis. No se puede alegar la censura total porque los esporádicos informes de esos muchachos no incorporados al esquema demuestran que hay información disponible que, en ocasiones, circula sin otra mediación que las ganas de cumplir con el deber social de entregar datos a los perceptores de información y una buena dosis de vanidad personal. Pero la generalidad está adaptada a la censura sutil, de la que ni siquiera se percata el reportero raso porque la velocidad de las noticias no le da tiempo para reflexionar sobre la esencia de la libertad de expresión y su papel en defensa de ella.

Un colega mexicano habla del “cielo de los periodistas”, un cielo creado por las agencias de imagen pública y de publicidad, de elegantes salas de prensa con lujos insólitos dispuestos en ese tiempo y lugar para la entrega de una información de parte interesada. Por fuera de ella el ambiente puede ser hostil, pero a quién le cabe duda de que si se logra información ésta tendrá mucha más calidad que la que se recoge sin esfuerzo en el “cielo”. Muy frecuentemente el periodista que visita el Congreso adquiere el apelativo de senador y el de asuntos jurídicos el de magistrado, sin que a ellos les moleste el asunto. Por qué habría de molestarles si vienen del “cielo”, un cielo que se vive en horario laboral y se acepta a veces con resignación porque la norma de competitividad implica que el deber de los periodistas es estar lo más cerca posible de la fuente cuando ésta vierta información. Y la fuente dispone su escenario para vertirla

pensando en que así colabora para que esa información llegue a la sociedad de la manera más útil posible para la imagen del personaje o las ventas del producto. Un cielo que de todos modos causa insatisfacción porque el periodista que calculó billones de dólares en su noticia no necesariamente cenará con su familia el salmón de la misma calidad que probó mientras le entregaban el informe interesado sobre la fabulosa transacción.

En la redacción del periódico se repite una democracia tan imperfecta como la del país que perciben los receptores de su información. En general, en los medios de comunicación más prestigiosos de mi país, y creo que en la totalidad de la región, nuevamente exceptuando Cuba, los periodistas tienen derecho a discutir profesionalmente sobre la importancia de sus averiguaciones en las juntas de redacción y las instancias de decisión de su programa, revista o periódico. Cuando éstas realmente afectan a un sector amplio de la sociedad, normalmente se publican y causan impacto, pero la oferta de información pública es amplia en variedad y las redacciones frecuentemente no tienen el personal necesario para abastecerlas, de manera que la búsqueda de información por fuera del “cielo” es trabajo adicional y sacrificado y, de todos modos, el “cielo” también fue creado para insinuar posibilidades de permanencia, en la figura de un nuevo empleo mejor remunerado defendiendo con el esquema de un interés privado las imágenes y las actividades que antes debía proyectar en representación de un interés público.

Lo que hay que reconocer de antemano es que la nueva estructura empresarial de los medios de comunicación en América Latina, casi que sin darse cuenta, le está aportando a la libertad de expresión una especie de vacuna contra esta última expresión del Síndrome de Estocolmo. No se puede negar que las grandes inversiones en los medios de comunicación han elevado el ingreso promedio de los periodistas en niveles tan notables como el de Bolivia, donde fácilmente el salario promedio actual de un reportero de prensa supera en más de 400%

el de hace no menos de cinco años. Pero insisto en que el aporte de esos nuevos medios de comunicación a la libertad de expresión todavía está en duda. Por sustracción de materia, están llamadas ya no sólo a reflejar la cultura democrática de sus perceptores sino a ayudarle a la sociedad a superar su ignorancia en materia de derechos humanos y a acercarla a los avances democráticos, especialmente en un país cuya democracia está en crisis precisamente por la violación generalizada (*widespread*) de derechos humanos.

Ya no se trata de la libertad de imprenta, porque el precio de una fotocopiadora es accesible para la casi totalidad de los grupos humanos, ni del elemental derecho a imprimir un libro y a venderlo sin ser molestado en el proceso. Inclusive a la formulación universal que asegura el derecho de todos a difundir su pensamiento sin limitaciones de ninguna especie le hace falta incorporar la palabra “eficazmente” para que de la libertad de prensa se llegue a la libertad de expresión que se idealiza como el derecho que tiene la gente a conocer los asuntos que le atañen para decidir sobre su presente y su futuro sin tener que consultar a estafadores esotéricos, otro producto masivo de los nuevos medios de comunicación social.

En Colombia existe al menos un grupo de personas a las cuales entregarles esa gran responsabilidad: seis periódicos y dos canales de televisión tienen *Ombudsman*, pues los ocho tienen el título de Defensor del Lector, que es más pronunciable.

Los primeros en aparecer estuvieron anunciados en notas de análisis sobre el riesgo de pérdida de credibilidad de los grandes medios de comunicación con un alejamiento de los lectores y el anuncio de que la empresa se había conscientizado de que debería prestarle mayor atención a las inquietudes de sus consumidores. Otros fueron presentados públicamente como la atención de una necesidad que se hizo presente en los medios de comunicación con el auge que tuvo en el país la acción de tutela

como medio eficaz para proteger supuestas violaciones a los derechos a la intimidad, al prestigio y al libre desarrollo de la personalidad, de las que frecuentemente se señalaba como responsables a los periodistas y, en la intimidad confidencial de la empresa, como la figura que podría ahorrarle millones a la empresa en demandas por difamación y calumnia.

Los Defensores del Lector, sobre esa premisa, deberían ser una suerte de jueces que evaluaran la conducta de un periodista en la obtención y divulgación de información y dictaran una sentencia semanal por medio de un espacio. Sobre esas definiciones sólo en las últimas defenderían al lector pues, por un lado les correspondía defender los intereses comerciales de la empresa y por el otro sus intereses económicos, para lo cual tendrían que litigar cuando ello fuera justo, no en defensa del lector sino de los protagonistas de la información.

Pero, en general, los nombramientos han recaído sobre juristas brillantes o periodistas veteranos brillantes y sin cuestionamientos éticos. Varios aceptaron el cargo con la condición de que se les debería otorgar completa autonomía para definir sus ámbitos de trabajo, unos consideran que es necesario cumplir un horario de trabajo al lado de los periodistas y otros consideran que su labor debe desarrollarse lo más lejos posible de la redacción, la dirección y la gerencia para evitar interferencias. Frecuentemente se refieren a casos de libertad de expresión que ocurren por fuera de sus periódicos. Uno de ellos asegura que su papel también es el de defender al periodista, por ser su trabajo una expresión de la libertad de prensa, y alguno más, en una ocasión justificó la omisión de información importante para el público o lesiva para algún protagonista de la noticia en la consabida falta de espacio.

En última instancia, están llamados a beneficiar la calidad de la información que la sociedad recibe en la medida en que pueden cuestionar los métodos utilizados por el periodista,

pueden analizar desde afuera los peligros de una noticia manejada sin profesionalismo y, consecuentemente, evitar sus consecuencias. Pueden inclusive defender verdadera y eficazmente los intereses del lector en la medida en que éste tiene alguien a quien dirigirse para expresar su disgusto y, algunas veces, su beneplácito con el menú informativo que se le prepara.

Pero también existen distancias entre los intereses del lector de un medio de comunicación específico y la libertad de expresión, especialmente porque, hasta el momento, los medios de comunicación se han identificado con líneas de pensamiento específicas que pueden ser excluyentes, es decir, que de la misma forma en que las redacciones no necesariamente tienen una representación democrática de la sociedad, sus lectores también pueden pertenecer a un grupo social, económica y culturalmente definido (y hay sesudos estudios para definirlo en cada medio), de manera que el Defensor del Lector, al cumplir estrictamente con su papel, estaría defendiendo apenas la libertad de expresión de un sector de la sociedad.

Una visión extremista de este fenómeno nos puede llevar a una pregunta mortal: ¿quién defiende al que no consume ese producto informativo por excluyente, porque no está de acuerdo con sus enfoques, porque le parece que defiende intereses empresariales que no son los suyos, porque no sabe leer o porque aún sabiendo leer vive en zonas pobres que no son objetivo de las estrategias de mercadeo de la empresa?

La agremiación, que no se ha dado, de los Defensores del Lector podría aportar la perspectiva de las empresas periodísticas en el análisis de la libertad de expresión e inclusive convertirse en una autoridad que evaluara periódicamente la calidad informativa, la satisfacción de los deseos de un grupo social y el respeto de los periodistas por los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico. Pero la real defensa del lector, del real y

del potencial, que en últimas es la misma defensa de la libertad de expresión, no puede entregársele a ellos exclusiva ni preferencialmente porque esa es la misión social que específicamente le corresponde cumplir a todos los periodistas.

Para que ellos puedan hacerlo, a las grandes empresas de información les corresponde, como vimos antes, adoptar internamente una cultura democrática más avanzada que la del mismo país para que pueda jalonar cambios positivos en el universo de sus lectores. Al Estado, finalmente, le compete adoptar las prácticas que vayan más allá de las simples formulaciones legales para que el contribuyente tenga la posibilidad de saber qué está haciendo el Estado con los impuestos que él ha pagado y para que al periodista no lo vayan a castigar en ningún sentido por defender a su lector, que, en última instancia, es toda la sociedad. La modernidad y la creciente preocupación por la ética, la salud y el medio ambiente demandan unas fronteras de la información que penetren en los métodos de elaboración de los productos de consumo, en el impacto de las industrias extractivas y en operaciones financieras o de seguridad, que antes se consideraban exclusivamente de interés para los dueños de una empresa específica y, por lo mismo, legalmente protegidas de la intromisión de los periodistas y, por lo tanto, del resto de la sociedad.

MEDIOS Y PÚBLICO, EMPRESARIOS
Y PERIODISTAS Y REGLAMENTACIÓN
DEL PERIODISMO*

Francisco GARCÍA GOR

* La versión original de este artículo fue presentada en el IV Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Cartagena de Indias, Colombia, 3 y 4 de diciembre de 1998.

Introducción

Más allá de las amenazas externas que agresivamente atentan contra el derecho de la libertad de expresión y el derecho de la información tenemos también que preguntarnos si los medios de comunicación y, en definitiva, los periodistas somos capaces actualmente de ejercer como corresponde ese derecho y si estamos a la altura de nuestra tarea. Mi visión es, lógicamente, muy condicionada por el lugar donde yo trabajo y ejerzo mi profesión. En España, varias de las amenazas que todavía persisten en América Latina han sido superadas, aunque también existieron en su momento. Allí la preocupación más que por esas amenazas externas de los poderes públicos deriva por la situación interna de los medios de comunicación.

Tiene sentido preguntarse, aunque parezca contradictorio, sobre el ejercicio de la libertad de expresión en el interior de unas corporaciones u organizaciones que justifican sus tareas hacia el exterior, precisamente en el ejercicio de la libertad de expresión. ¿Por qué tiene sentido hoy más que nunca plantearse esa cuestión? Porque los medios de comunicación se han convertido, en muchos casos, en grandes conglomerados industriales en los que la información como tal, su claridad, su rigor, sus rasgos de objetividad y veracidad han dejado de constituir su principal objetivo social.

Hasta no hace mucho se atribuía a los medios de comunicación el papel de “controladores sociales” del poder político sobre todo, pero no sólo “político”. Se hablaba del “control social” de la prensa mediante el ejercicio honesto del derecho y el deber de informar a la sociedad. Pero los medios de comunicación se han transformado ellos mismos, en muchos casos, en poder y ello condiciona gravemente su función de transmisores

de una información honesta. Hoy los medios de comunicación no son sólo ya multimedia –grupos empresariales diversificados en todas las áreas de la comunicación por exigencias del desarrollo tecnológico y de la competencia–, sino que se han transformado en partes de conglomerados industriales y comerciales más amplios que nada tienen que ver con el mundo de la información. Ello ha llevado a aumentar enormemente el poder de los medios en las actuales sociedades democráticas, a dar a su actividad una exacerbada dimensión de negocio y de pugna comercial de la que hasta ahora carecían. Ello lleva a cuestionar seriamente su antigua función de “control social” y a dudar seriamente de la calidad de la información que transmiten. Este es un asunto sin duda gravísimo, pero no es objeto de esta intervención.

La pérdida del espacio

La espectacular evolución sufrida en los últimos años por los medios de comunicación en su estructura y en su propiedad, ha llevado también a un cambio en la correlación de fuerzas existentes en su interior. Por ejemplo, ¿ocupan los profesionales de la información, es decir los periodistas, el lugar central en los medios modernos de comunicación, como debería ser en organizaciones cuya actividad es obtener, elaborar y transmitir información? No lo parece. Es más, la tendencia es a ocupar cada vez más un espacio secundario en el entramado de estos medios modernos de comunicación como constatan los estudiosos de su evolución, entre ellos, Furio Colombo en su obra “Últimas noticias sobre el periodismo”¹. Efectivamente una de las consecuencias más visibles e importantes de los cambios estructurales y de propiedad habidos en los medios de comunicación modernos ha sido la pérdida de espacio e influencia en su seno de los profesionales de la información a favor de otro tipo

de profesionales, comunicadores, presentadores, conductores vinculados al espectáculo y al entretenimiento.

Las consecuencias de estos cambios interiores son sin duda graves en lo que se refiere a la calidad y credibilidad de la información. Veamos, por ejemplo, lo sucedido en Estados Unidos con las tres cadenas generalistas de televisión –ABC, CBS y NBC– integradas en el negocio del espectáculo de Disney y en el eléctrico y nuclear de la Westinghouse y General Electric respectivamente. No se oculta que ese nuevo tipo de organización empresarial tendrá algunos efectos en la forma de contar la verdad de lo que pasa, en las reglas de comportamiento profesional de sus periodistas y en la calidad de la información que transmiten.

Yo creo que, efectivamente, el derecho a la información está en riesgo en los modernos medios de la comunicación, en tanto que quienes están capacitados profesionalmente para ejercerlo con garantías, los periodistas, que son los profesionales de la información, ocupan cada vez más un papel más secundario en el proceso de obtención y elaboración de la información. Pero no sólo la nueva estructura organizativa y de propiedad de los medios de comunicación modernos, en cuanto que relega al periodista a un lugar secundario, pone en riesgo en su seno el proceso que garantiza que la información que se transmite es fiable y creíble por cuanto quien la obtiene, elabora y, en definitiva, pone su marca en ella, es un profesional de la información. También las nuevas tecnologías, que han facilitado tanto la producción como la transmisión de la información, pueden convertirse en el interior de los medios de comunicación en obstáculo al derecho de información. Hoy en día estas tecnologías permiten que la producción informativa, es decir, el negocio de la información, sea continua y permanente, incluso en los medios escritos. Por tanto, el periodista se ve impelido a obtener y a elaborar información con la máxima rapidez posible, con tanta que frecuentemente no tiene tiempo de contrastarla ni de verificar la fiabilidad de la fuente. El tiempo de elaboración

1 Colombo, Furio, *Últimas noticias sobre el periodismo*. Editorial Anagrama, Barcelona, 1998, pág. 15.

de la información se confunde con el de la producción, facilitando que se conviertan en papel mojado todas las reglas en las que se basa un sistema informativo digno de ese nombre. A ello se añade que esa tecnología –y especialmente internet– permite inundar las redacciones con mucho más información que de la que pueden digerir; tanta, que induce al periodista a permanecer recluido en ellas, en las redacciones, y a no buscar la información por su cuenta, alejándose por tanto de la fuente informativa y eludiendo un principio hasta ahora básico en el periodismo: el contraste de las fuentes y la verificación de la noticia. El periodista se encuentra en su mesa de trabajo con la información ya hecha que le suministran todo tipo de grupos y organizaciones. Una “información recibida y publicada” pero cuya fiabilidad el periodista no está en condiciones de garantizar.

Soporte de otros

Ello significa que los medios de comunicación, sus redacciones, sus servicios informativos, es decir, los que se presume que deben ser centros autónomos de elaboración de la noticia, que se responsabilizan de que la información que transmiten a los ciudadanos responde a ese nombre de acuerdo con aquellas reglas éticas y profesionales que garantizan su fiabilidad y credibilidad, pueden convertirse en meros centros transmisores y en soporte de las noticias elaboradas por otros.

Pues todo parece inducir en los medios de comunicación modernos a que tales reglas se incumplan porque se las considera desfasadas en unos casos o impracticables en otros. De modo que los medios de comunicación, al margen de que digan o no la verdad de lo que pasa –quien puede saberlo– dejan de ser “fiables” o “creíbles”. Y esto es lo más grave que puede pasar y lo que más deben lamentar los ciudadanos que necesitan estar bien informados para que exista una opinión pública libre en las democracias. Si el profesional de la información no identifica y verifica la naturaleza de la fuente, si no contrasta la noticia, si no toma la debida distancia ante la historia que cuenta, la

información pasa a convertirse en algo más próximo a la propaganda comercial o política que a información propiamente dicha. O sea, estamos en unos momentos en los que la estructura de los medios de comunicación modernos, el postergamiento de los profesionales de la información en su seno, el ascenso de los profesionales del entretenimiento y del espectáculo y el mercantilismo a ultranza, pueden llevar a matar la información como tal.

¿Qué papel juegan o pueden jugar en este escenario los consumidores de información, es decir, el público, para que dicha información mantenga unos estándares de calidad aceptables? No merece la pena, por ejemplo, en ese capítulo referirse a esos espectáculos televisivos en los que el público es utilizado como un elemento más del espectáculo, es decir, como comparasa, sin espíritu crítico y exigente respecto de la calidad del producto del que participa. Hay que centrarse más bien en ese intento circunscrito básicamente a los medios de comunicación escritos, de ofrecer a los lectores una participación activa en la vigilancia y control de la calidad de la información, es decir, de los criterios éticos y profesionales que deben tenerse en cuenta en la captación y en la elaboración de una información digna de ese nombre. Un intento que, como se sabe, se nuclea en torno a la figura del Defensor del Lector, iniciada a mediados de los años sesenta en la prensa norteamericana y que se ha ido extendiendo a Europa y Latinoamérica.

Balance positivo

¿Qué balance cabe hacer de la experiencia del Defensor del Lector? Yo creo que positivo pues esa figura no representa sólo una instancia moral, que lo es, sino una instancia con capacidad de señalar errores, de llamar la atención de quienes los cometen y, por tanto, de establecer los cauces para hacer posible su corrección. En todo caso, el Defensor del Lector es el cordón umbilical que posibilita una relación efectiva entre el público y el medio. Por supuesto existen otras formas de relación efectiva:

las que establecen las vías legales, por ejemplo, el derecho que tiene un ciudadano a rectificar una información errónea respecto de su persona. Están también las que el medio pone a disposición de sus lectores para que éstos expongan su opinión sobre los diversos asuntos de la actualidad: las secciones de cartas al Director que tanto han proliferado en los medios de comunicación escritos. Por otra parte, los medios también tienen interés en relacionarse con el público mediante sondeos o encuestas para conocer sus gustos y preferencias. Pero lógicamente esta relación tiene un componente eminentemente comercial. El público es un mero objeto de estudio y de análisis sociológico, en cambio la relación que se establece a través del Defensor del Lector es fundamentalmente activa, el lector tiene en sus manos la posibilidad efectiva de influir en los contenidos informativos del medio, de llamarle a éste la atención cuando, a su juicio, se ha desviado de las reglas y normas que hacen que una información sea fiable y de decírselo al culpable de la desviación. Es decir, el público no opina meramente sobre algo sino que se convierte de alguna manera en corrector vigilante de la línea y de la conducta informativas del medio.

Es evidente que la figura del *ombudsman*, por poco activa que resulte ser, necesita para ser efectiva y aceptada un consenso de las partes que integran la empresa periodística, la dirección, la redacción y el empresario o accionista. En el caso del diario EL PAIS de Madrid, ese consenso se materializó en 1985 en un estatuto jurídico que garantiza la autonomía del *ombudsman*, delimita el ámbito de sus competencias y establece los procedimientos para dirimir las quejas planteadas por los lectores. Pero para garantizar la profesionalidad del medio frente a exageradas apetencias mercantilistas de su dueño o dueños o manipulaciones de diverso tipo sería necesario establecer estos tres requisitos:

1. Existencia de unas claras pautas o reglas de comportamiento profesional, fijadas en un texto escrito, que deben ser el resultado consensuado entre los profesionales de la infor-

mación y el editor, patrón o propietarios del medio. Estas reglas o pautas deben vincular a todas las partes integrantes del medio de comunicación.

2. Existencia de un espacio de autonomía profesional en todo lo que atañe al proceso de elaboración de la noticia. En ese espacio deben primar los criterios estrictamente profesionales sobre cualesquiera otros.
3. Finalmente, existencia de algunos mecanismos, igualmente consensuados, que sirvan para que esas reglas o pautas de comportamiento se respeten por todos.

Espacio profesional

El caso del diario EL PAIS permite ilustrar lo que se puede hacer respecto a la reivindicación de un espacio autónomo profesional, no sometido directamente a los objetivos mercantilistas o de otro tipo de la propiedad, en bien de la calidad de la información y, portanto, de los lectores. Este medio de información, a lo largo de un periodo que se puede llamar fundacional, estableció mediante un proceso de discusión entre la dirección, la redacción y la propiedad los siguientes textos que son como su Constitución:

1. En 1977 se edita por primera vez el Libro de Estilo – actualmente va por la décimo sexta edición–, donde se encuentran además de los condicionamientos metodológicos que dan unidad a los textos desde el punto de vista formal, al menos tres cláusulas que pueden considerarse *de conducta*: la primera, que los rumores no son noticia; la segunda, que en caso de conflicto hay que escuchar o acudir a las dos partes y por último, que los titulares de las informaciones deben responder fielmente al contenido de la noticia. Estas tres reglas, además de un uso honesto de las fuentes de información, opinión y publicidad, forman parte con el que se intenta hacer y escribir EL PAIS.

2. En 1980 se aprueba El Estatuto de la Redacción que regula las relaciones internas de carácter profesional de los periodistas con la dirección y la propiedad del periódico, con independencia de las sindicales y laborales. El Estatuto regula aspectos tales como la cláusula de conciencia y el secreto profesional y ofrece al colectivo redaccional una serie de garantías ante un posible cambio en la línea editorial del diario. Por ejemplo, en su artículo séptimo se indica que cuando dos tercios de la redacción consideren que una posición editorial de EL PAIS vulnera su dignidad o imagen profesional podrán exponer a través del periódico en el plazo mas breve posible, su opinión discrepante. El Estatuto sirve, asimismo, para que la redacción se pronuncie a favor o en contra de los nombramientos de sus cargos rectores – desde redactores-jefe hasta el director– si bien sin carácter vinculante.
3. En 1986 surge el Estatuto del *Ombudman* o Defensor del Lector. Su tarea consiste en garantizar los derechos de los lectores, atender a sus dudas, quejas y sugerencias sobre los contenidos del periódico, así como para vigilar que el tratamiento de las informaciones sea acorde con las reglas éticas y profesionales del periodismo, pudiendo intervenir a instancia de cualquier lector o por iniciativa propia.

¿Reglamentar el periodismo?

Esto nos lleva a plantear el tema de la reglamentación del periodismo. Desde luego estoy contra, absolutamente en contra, además de ser incompatible con un auténtico régimen democrático. Otra cosa es la llamada “autorregulación profesional”.

En España, por ejemplo, felizmente no existe ninguna regulación legal específica de la libertad de expresión y del derecho de información salvo, naturalmente, la establecida en el artículo 20 de la Constitución de 1978, que reconoce tales derechos, no

pudiendo ser restringidos mediante ningún tipo de censura previa y teniendo como límite el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia. El legislador sólo ha regulado por ley el derecho del ciudadano a rectificar informaciones inexactas que le afecten (Ley reguladora del derecho de rectificación de 26 de marzo de 1984) y la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen mediante una ley civil que prevé indemnizaciones económicas en el caso de que el juez aprecie una intromisión ilegítima del periodista en el ámbito de dichos derechos (Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982). Existe como es lógico el Código Penal que establece diversos delitos (calumnias, injurias, etc.) que pueden afectar el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de prensa pero este límite penal es muy tenue y en la práctica apenas existe. La inexistencia de una regulación específica en materia de libertad de información ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha ido estableciendo unos criterios según los cuales la libertad de expresión y la libertad de prensa, además de derechos individuales, tienen una dimensión institucional que les hace prevalecer, en general, sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Esta dimensión institucional de tales derechos deriva de que son “garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, sin la cual no puede existir la democracia”².

Sin embargo en España, el grueso de los profesionales de la información se muestran a favor de algún tipo de autorregulación profesional pero frente a esa postura se levantan los propietarios de los medios de comunicación –editores– y el grupo de profesionales que ocupan puestos relevantes en la empresa de comunicación para los que la introducción e implementación de códigos éticos en el proceso productivo de la información

2 Tribunal Constitucional. Sentencia 6/1981, de 16 de marzo.

supondría de alguna manera un control y una limitación de su poder.

Es importante subrayar este aspecto. La creciente mercantilización del producto periodístico –fenómeno general en todo el mundo– y la utilización política de la información –fenómeno que al menos en España se produce– son obstáculos que dificultan cualquier intento de autorregulación deontológica de la actividad informativa.

De un lado, la importancia que los medios de comunicación han adquirido en la construcción de las sociedades modernas, a las que los avances tecnológicos y el desarrollo social han convertido en “comunidades mediáticas”, su capacidad para limitar a los otros poderes, la influencia que generan y el hecho de haberse convertido también en grandes negocios, han despertado el apetito sobre ellos de los agentes sociales y a veces también el apetito de los gobiernos.

De otro lado, el poder asignado a la prensa en la escena democrática también se ha transformado profundamente en los últimos tiempos. Para muchos ese poder se ha desvirtuado cualitativamente. Y no sólo por la expansión cuantitativa del espacio de influencia de los medios, a través sobre todo de la televisión, que les resta calidad tanto en el campo de la información como en el de la opinión fundada, sino porque los medios de comunicación responden cada vez menos a corrientes ideológicas plurales y más a grandes intereses mercantiles que son, a su vez, expresión de un modelo determinado de sociedad. Todo conduce al debilitamiento de los colectivos profesionales y redaccionales en ese nuevo escenario dibujado en el interior de los medios de comunicación. Los profesionales de los medios, los que tienen a su cargo la obtención y la elaboración de la noticia, han perdido en buena medida su conciencia de colectivo autónomo y, al menos en España, han descubierto en su seno, de un lado, a una clase emergente que tiende a monopolizar los espacios de opinión –tertulias, debates, columnas– y que legiti-

ma, en muchos casos, con su discurso los intereses mercantiles y políticos de los emisores y una amplísima clase de tropa, con escasa capacidad de intervención. Consecuencia de ello es la tendencia a que predominen los intereses puramente mercantiles y de grupo mediático sobre los profesionales y éticos –veracidad, rigor, contraste de las fuentes, etc.– en la elaboración del producto informativo.

No se escapa la dificultad de establecer en este escenario un código deontológico, unas reglas mínimas de comportamiento ético en el ámbito de la actividad periodística, voluntariamente aceptadas pero de obligado cumplimiento una vez asumido el compromiso de respetarlas.

Intentos autorreguladores

Quiero referirme ahora a los intentos que se han hecho en España, algunos con éxito aunque de carácter limitado, por establecer códigos de conducta profesional en el conjunto de la profesión periodística. En primer lugar, quiero señalar el intento culminado con éxito, reducido al ámbito territorial de Cataluña. Se trata del Código Deontológico del que se dotaron hace cinco años –en el marco del II Congreso de Periodistas Catalanes de octubre de 1992– los profesionales de la información de Cataluña. Dicho Código, ampliamente discutido antes de su aprobación en el ámbito del Colegio de Periodistas de Cataluña y en los medios de comunicación escritos y audiovisuales de esa comunidad autónoma de España, está sustentado en doce criterios que resumo:

- Observar siempre una clara distinción entre hechos y opiniones.
- Difundir únicamente informaciones fundamentadas.
- Rectificar con diligencia.

- Utilizar métodos dignos para obtener información o imágenes.
- Respetar el *off de record* cuando éste haya sido expresamente invocado.
- Reconocer a las personas individuales y/o jurídicas su derecho a no proporcionar información ni responder preguntas.
- No aceptar nunca retribuciones o gratificaciones de terceros para promover, orientar, influir o haber publicado informaciones u opiniones.
- No utilizar nunca en beneficio propio informaciones privilegiadas obtenidas de forma confidencial como periodistas en el ejercicio de su función informativa.
- Observar escrupulosamente el principio de presunción de inocencia.
- Tratar con especial cuidado toda información que afecte a menores.
- Actuar con especial responsabilidad y rigor en el caso de informaciones u opiniones con contenidos que puedan suscitar discriminaciones por razones de sexo, raza, creencia o extracción social y cultural, así como incitar al uso de la violencia.

En diciembre de 1996 se constituyó el Consejo de la Información de Cataluña –una especie de defensor del lector u *ombudsman* colectivo– cuya tarea es vigilar el cumplimiento del código deontológico. A él se han adherido no sólo los profesionales de la información en cuanto tales sino prácticamente todos los medios de comunicación radicados en Cataluña, que han aceptado voluntariamente su jurisdicción. Lo integran quince

representantes del conjunto de la sociedad en general y del sector de los medios de comunicación en particular, y está constituido como “un órgano de arbitraje privado e independiente, que vela por el cumplimiento de los principios y criterios de ética profesional periodística contenidos en el Código Deontológico”³.

Y ahora el intento fracasado, referido al conjunto de los profesionales de la información en el marco del Estado español. Este intento ha sido y es todavía protagonizado por la Federación de Asociaciones de Prensa de España, un organismo creado hace 75 años y que ha pasado, como es lógico, por todas las vicisitudes políticas vividas durante este tiempo en España. Este organismo pretende aglutinar a todos los profesionales de la información en el marco del actual Estado de las autonomías establecido por la Constitución de 1978 y está integrado, como miembro de pleno derecho en la FIP (Federación Internacional de Periodistas). En su intento de dotar a los profesionales de la información de un código de conducta profesional elaboró en noviembre de 1993 un Código Deontológico mucho más amplio y elaborado que el de los periodistas de Cataluña. Pero a diferencia del código de estos últimos, su vigencia es meramente teórica pues, si bien vincula a los profesionales inscritos en las diversas asociaciones de Prensa integradas en la Federación, no existe ningún organismo o consejo que obligue a su cumplimiento. En realidad, no pasa de ser un código de buenas intenciones, una referencia a tener en cuenta pero sin vigencia alguna, dada la negativa de un sector de profesionales y de importantes grupos de comunicación a todo intento de “autorregulación profesional”.

La experiencia catalana confirma que sin consenso profesional y sin el compromiso de las empresas periodísticas –de su propiedad y de su dirección periodística– todo intento de implantar un código deontológico lleva al fracaso.

3 Estatuto del Consejo de Información de Cataluña, diciembre 1996, pág. 2.

ANEXO DOCUMENTAL

**DECISIONES DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS SOBRE
LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE
LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

Hernando VALENCIA VILLA

* La versión original de este artículo fue presentada en el VI Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Antigua, Guatemala, julio de 1999.

La libertad de expresión está en el corazón de la cultura democrática. Resulta imposible, en efecto, concebir la organización y administración de una sociedad abierta y pluralista, en la cual convivan mayorías y minorías mediante libertades y justicias, sin reconocer y hacer efectivo al mismo tiempo el derecho de todos a la palabra libre, tanto propia como ajena. Esta garantía forma parte de lo más entrañable de la tradición democrática de Occidente desde las guerras de religión en los siglos XVI y XVII, y encuentra su primera formulación normativa de carácter universal en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789:

La libre comunicación de los pensamientos y las opiniones es uno de los más preciosos derechos del hombre; cada ciudadano puede entonces hablar, escribir e imprimir libremente, salvo para responder por el abuso de esta libertad en los casos establecidos por la ley.

Y el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 amplía y enriquece la fórmula clásica de los revolucionarios franceses:

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.

En ambas versiones, la de la Ilustración a finales del siglo XVIII y la de las Naciones Unidas a mediados del siglo XX, se reconocen ya los elementos básicos de lo que puede llamarse “estado del arte” en materia de libertad de expresión: (a) se trata de un derecho fundamental de carácter universal, que no

tolera discriminación alguna; (b) incluye todas las manifestaciones del pensamiento y todos los medios de comunicación; (c) no reconoce más frontera que la responsabilidad posterior o ulterior, definida por la ley; y (d) se refiere tanto a las modalidades activas o de emisión cuanto a las pasivas o de recepción de la expresión humana.

El sistema interamericano de protección de los derechos ha consagrado la libertad de expresión en sus dos instrumentos constitucionales, la Declaración y la Convención, y ha desarrollado una jurisprudencia propia a través de sus dos órganos principales, la Comisión y la Corte. Conviene aludir brevemente a estos dos aspectos esenciales del derecho internacional americano de los derechos humanos en el campo de la libertad de expresión, con el doble propósito de promover el sistema de garantías de la OEA y enriquecer nuestra educación ciudadana en clave democrática.

Las normas de la Declaración y la Convención

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada el 2 de mayo de 1948 en la novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, dispone en su artículo IV: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”. Veintiún años después, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos de San José, establece en su artículo 13:

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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las

que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

A continuación, el artículo 14 del Pacto de San José completa la proposición jurídica sobre libertad de expresión con una norma especial sobre derecho de rectificación o respuesta, así:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o

televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Salta a la vista que las normas transcritas de la Declaración y de la Convención ofrecen hoy una versión de la libertad de expresión y del derecho de réplica que corresponde a la etapa más avanzada en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, como se comprueba al cotejar los dos artículos citados con los artículos 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La norma europea es del siguiente tenor:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan [a] las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidad, puede estar sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Y la norma universal reza así:

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 en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El notable paralelismo entre estos cuatro artículos surge no sólo de su contemporaneidad (el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 10 de la Convención Europea son de 1948 y 1950, mientras que el artículo 19 del Pacto Internacional y los artículos 13 y 14 de la Convención Americana son de 1966 y 1969, respectivamente) sino también de su filiación: todos ellos proceden en línea directa de la Declaración revolucionaria de 1789 y recogen el ideario democrático del constitucionalismo liberal en uno de sus aspectos estratégicos.

A partir de este nudo normativo, la Comisión y la Corte, en tanto órganos especializados del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, han construido una doctrina sobre libertad de expresión que ya forma parte de la cultura jurídica y política de la democracia en el hemisferio, y que conviene glosar brevemente en sus elementos fundamentales.

Los informes de la Comisión *

En cumplimiento del artículo 50 de la Convención, que la faculta para exponer sus conclusiones sobre las peticiones relativas a las violaciones de los derechos humanos imputables

* Nota del editor. Ver, en este volumen: "Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", "Informe N° 22/94 **Caso 11.012** Argentina, Solución amistosa (Verbitsky)", e "Informe N° 11/96 **Caso 11.230** Chile, (Martorell)".

a los Estados miembros de la OEA, la Comisión se ha pronunciado en varias ocasiones durante los últimos años acerca de las características y consecuencias de la libertad de expresión en los casos concretos. Pueden señalarse tres decisiones principales: el informe sobre la solución amistosa en el caso N° 11012 (Verbitsky contra Argentina)*, de 20 de septiembre de 1994; el informe especial sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención, de 17 de febrero de 1995; y el informe sobre los méritos en el caso No. 11230 (Martorell contra Chile), de 3 de mayo de 1996.

El caso 11012 gira en torno a la querrela del periodista Horacio Verbitsky, condenado por el delito de desacato por haber injuriado a un juez de la Corte Suprema, contra el Estado argentino. En opinión de Verbitsky, la decisión judicial en su contra quebrantó los artículos 8, 13 y 24 de la Convención, referentes a imparcialidad e independencia de los jueces, libertad de expresión e igualdad ante la ley, respectivamente. Tras varios meses de gestiones encaminadas en principio a la preparación de un informe sobre los méritos de la petición, la Comisión propició un proceso de solución amistosa, que culminó de manera satisfactoria con la derogación del tipo penal recogido en el artículo 244 del Código Penal argentino, la revocación de la sentencia condenatoria y el retiro de la queja ante el sistema interamericano. En el párrafo 21 del informe sobre el proceso de solución amistosa se afirma que la derogación de la figura de desacato “elimina una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en la Convención”. Ello significa que, en opinión de la Comisión, el tipo penal del desacato implica en sí mismo una restricción ilegítima de la garantía consagrada en el artículo 13 convencional.

* Nota del editor. Sobre este caso ver, en este volumen: “El Pacto de San José, Constitución de los Derechos Humanos para los Estados partes” de Horacio Verbitsky.

Esta última tesis se encuentra ampliamente expuesta en el informe especial de febrero de 1995 sobre las leyes de desacato a la luz de la Convención. Tales leyes, que “penalizan la expresión ofensiva dirigida a los funcionarios públicos”, constituyen una restricción ilegítima de la libertad de expresión por cuanto otorgan a los agentes estatales una protección de la cual no disponen los demás integrantes de la sociedad, y no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática por cuanto sin debate público abierto y libre no hay democracia real.

Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática... Las leyes que penalizan la expresión de las ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

El caso 11230 versa sobre el libro *Inmunidad diplomática*, de Francisco Martorell, publicado por Editorial Planeta en Buenos Aires en abril de 1993. Varias personas denunciaron al autor por calumnia e injuria y consiguieron que la justicia chilena prohibiera la circulación de la obra en Chile. En diciembre de 1993, dos organizaciones no gubernamentales de derechos humanos denunciaron al Estado chileno ante la Comisión por violación de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana. Después del trámite reglamentario, que incluyó una tentativa fallida de arreglo amistoso, la Comisión aprobó sus informes 20/95 y 11/96, de 14 de septiembre de 1995 y 3 de mayo de 1996, respectivamente, en los cuales declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación del artículo 13 convencional y recomendó el levantamiento de la censura que pesaba sobre el libro de Martorell. La Comisión sostuvo que la decisión de la justicia chilena “infringe el derecho a difundir informaciones e ideas

de toda índole que Chile está obligado a respetar como Estado parte en la Convención Americana [y] constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión mediante un acto de censura previa que no está autorizado por el artículo 13”. Según el informe final, la única restricción lícita de la libertad de expresión que tiene cabida en el marco del derecho interamericano es la responsabilidad ulterior a que está eventualmente sujeto quien haya podido ejercer dicha libertad de manera abusiva o ilegal.

Las opiniones consultivas de la Corte*

En los tres informes reseñados, la Comisión no ha hecho otra cosa que aplicar la doctrina fijada por la Corte en sus opiniones consultivas OC-5 de 1985 y OC-7 de 1986, expedidas en la década anterior a instancias del gobierno de Costa Rica y relacionadas con dos aspectos específicos de la temática de la libertad de expresión: la colegiación obligatoria de los periodistas y la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. En ambos casos, el alto tribunal de San José ha ejercido su función consultiva, prevista en el artículo 64 de la Convención Americana, como un auténtico magisterio moral, que no sólo interpreta con autoridad el instrumento fundamental del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el ámbito continental, sino que además contribuye al desarrollo jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos en el espacio global.

La opinión consultiva OC-5 de noviembre 13 de 1985 se ocupa de la compatibilidad entre los artículos 13 y 29 de la Convención y los artículos 2, 22 y 23 de la Ley No. 4420 por la cual Costa Rica dispuso la colegiación obligatoria de los periodistas en su territorio nacional. La Corte analiza las normas internas a la luz de las disposiciones convencionales relativas a libertad de expresión e interpretación. Conviene reproducir el

* Nota del editor. Ver, en este volumen, el texto completo de estas decisiones.

texto del artículo 29 por su relación con el tema de la consulta y por su importancia en la lectura general de la Convención:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitiera alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Con fundamento en este precepto y en el que regula el derecho en cuestión, la Corte establece el marco teórico de su pronunciamiento al definir las dos dimensiones de la libertad de expresión, así: el derecho individual a manifestar el propio pensamiento y el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (párrafo 30). Más aún, puesto que “la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles... las dos dimensiones mencionadas de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente” (párrafos 31 y 33).

A continuación, la Corte aborda la cuestión de las restricciones admisibles en materia de libertad de expresión, que son aquellas que cumplen con los requisitos del artículo 13(2) de la Convención. Según esta norma, el ejercicio de la libertad de

expresión no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidad ulterior conforme a la ley, con la única excepción del acceso de los menores de edad a los espectáculos públicos, que puede ser legalmente censurado “para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. La Corte advierte que el criterio para determinar si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado cumple con las exigencias del artículo 13 convencional consiste en verificar que la responsabilidad ulterior esté regulada de tal manera que resulte “necesaria para asegurar” el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (párrafo 42).

Antes de cotejar la ley costarricense con la Convención, la Corte reitera en términos inequívocos su concepción democrática del derecho estudiado:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (párrafo 70).

Con estos elementos de juicio, el tribunal interamericano concluye que “las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados” la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención (párrafo 76). Por ello no resulta compatible con el instrumento una ley de colegiación de periodistas, como la Ley No. 4420, Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del

colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria; una ley tal restringe la libertad de expresión en forma no autorizada por el Pacto de San José (párrafo 81).

A diferencia de la OC 5, en la cual la Corte determinó la compatibilidad entre la Convención y una ley nacional en lo que podría denominarse “control de convencionalidad”¹, la OC-7 de agosto 29 de 1986 corresponde a la segunda modalidad de opinión consultiva, que consiste en la exégesis directa del Pacto de San José. En este caso, el Estado costarricense solicitó interpretar el artículo 14(1), sobre derecho de rectificación o respuesta en materia de libertad de expresión, en concordancia con los artículos 1(1) y 2 de la Convención.

Para empezar, la Corte trae a colación la OC-3 de septiembre 8 de 1983, sobre restricciones a la pena de muerte, y sostiene que las normas consultadas deben ser interpretadas conforme a los criterios hermenéuticos del artículo 31 de la Convención de Viena, que puede considerarse como una regla de derecho internacional general de carácter obligatorio o *jus cogens*. Esta norma señala que los tratados deberán interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus cláusulas en el contexto de cada instrumento y en función de su objeto y fin (párrafo 21). A partir de aquí, la Corte destaca la estrecha relación existente entre libertad de expresión y derecho de rectificación: “Al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14(1)” (párrafo 25).

1 Ruíz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pág. 36.

Puesto que el Estado consultante pregunta a la Corte si está obligado a adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivo el derecho en cuestión dentro de su territorio nacional, la opinión responde que si se leen conjuntamente los artículos 14(1), 1(1) y 2 de la Convención, todo Estado parte que no haya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta está en la obligación de lograr ese resultado por medio de legislación u otro medio idóneo (párrafo 33). Y concluye que el artículo 14(1) consagra un derecho de réplica “internacionalmente exigible” respecto del cual los Estados partes tienen dos obligaciones: respetar y garantizar dicha libertad a toda persona sujeta a su jurisdicción, de conformidad con el artículo 1(1); o, cuando no pueda hacerse efectiva en el orden interno, adoptar las medidas legislativas o de otra naturaleza que fuere menester para su ejercicio práctico, de conformidad con el artículo 2 (párrafo 35).

El trabajo de campo

Además de la doctrina elaborada a través del sistema de casos individuales que administra la Comisión y de la jurisprudencia consultiva que produce la Corte, conviene mencionar otras actividades relevantes del sistema interamericano en el campo de la defensa de la libertad de expresión y las garantías asociadas a ella. Entre las principales cabe señalar: (a) la labor de vigilancia de la Comisión por medio de la recién creada Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, a cargo de un funcionario adscrito a la Secretaría Ejecutiva; (b) la tarea pedagógica de la Comisión al formular recomendaciones generales a los Estados, como la concerniente a desclasificación de archivos oficiales y acceso a documentos en poder del Estado, aprobada en diciembre 8 de 1998; y (c) la jurisprudencia contenciosa en formación, habida cuenta de los primeros casos sobre libertad de expresión incoados por la Comisión ante la Corte: el del empresario Baruch Ivcher contra Perú y el de la película *La última tentación de Cristo* contra Chile. Adicionalmente, hay que recordar que los informes que adopta la Comisión en

cumplimiento de los artículos 50 y 51 de la Convención no son meros ejercicios académicos sino también y sobre todo, respuestas de justicia a situaciones concretas en las cuales las instituciones nacionales no pueden o no quieren responder, como es su obligación, por el esclarecimiento de los hechos, el castigo de los responsables y la reparación de las víctimas en todos aquellos casos en que los agentes del Estado resultan comprometidos en violaciones de los derechos humanos de los ciudadanos o habitantes del territorio. Esta función de complementariedad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con los sistemas judiciales nacionales, que ha alcanzado recientemente pleno reconocimiento con la aprobación del Estatuto de la nueva Corte Penal Internacional de carácter permanente², constituye quizá la tarea más importante de la Comisión y la Corte por cuanto responde a la gente de carne y hueso que sufre y muere en los campos de batalla de la vida cotidiana.

En su opinión consultiva OC-5 de 1985, la Corte llamó la atención de tirios y troyanos sobre los dos grandes peligros que amenazan a la libertad de expresión en el mundo contemporáneo. Resulta muy apropiado concluir este somero repaso de la jurisprudencia interamericana con una advertencia que, quince años después, conserva intacto todo su vigor moral y su valor crítico:

Las dos dimensiones mencionadas [individual y colectiva] de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación

2 Estatuto de Roma, de julio 17 de 1998, artículo 1.

para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista (párrafo 33).

Ante las amenazas siempre presentes de la censura estatal y el monopolio u oligopolio empresarial, hay que reivindicar una vez más la libertad y la pluralidad en el ejercicio de las diferentes modalidades de expresión, información y comunicación, que contribuyen de manera decisiva a la construcción de la democracia y a la práctica de los derechos humanos en los países del hemisferio.

INFORME SOBRE LA COMPATIBILIDAD
ENTRE LAS LEYES DE DESACATO
Y LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Doc. 9

88° PERIODO DE SESIONES

INFORME ANUAL 1994

COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Washington, D.C.

17 febrero 1995

CAPÍTULO V:

**INFORME SOBRE LA COMPATIBILIDAD
ENTRE LAS LEYES DE DESACATO
Y LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS**

En este capítulo, la Comisión pasará a analizar la compatibilidad de leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a los funcionarios públicos, las denominadas leyes de desacato, con el derecho de libertad de expresión y pensamiento consagrado en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como ha dicho la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, la Comisión es competente para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que ha asumido al ratificar la Convención o adherir a ella¹. Como consecuencia de esta facultad de calificar las normas internas, la Comisión podrá recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto².

La Comisión, luego de un estudio detenido de las leyes de desacato, recomienda a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en cuyos ordenamientos jurídicos existan estas leyes o leyes similares, derogarlas o reformarlas con el objeto de adecuarlas a los instrumentos internacionales, y a las obligaciones que a través de ellos han adquirido, armonizando de esa manera sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos.

INFORME SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS LEYES DE DESACATO Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

I. Introducción

Cualesquiera sean las consecuencias de acciones basadas en una determinada ideología... y cualquiera sea el juicio de valor que merezca ese tipo de ideas, resulta claro que las ideologías no se pueden erradicar como se elimina una enfermedad epidémica o un

1 Corte I.D.H., *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párr. 26.

2 Corte I.D.H., *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 39.

vicio social grave, si se quiere que sobrevivan los principios básicos de un sistema democrático representativo de gobierno... Es inadmisibles que, por el mero hecho de sostener o difundir una determinada ideología, el hombre se transforme en una especie de "intocable", a quien se considera legítimo negar... la libre expresión de su pensamiento y enviarlo a la cárcel³.

En el presente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("la Comisión") analiza la compatibilidad de las leyes que penalizan la expresión ofensiva para los funcionarios públicos, las denominadas leyes de desacato, con la libertad de expresión y pensamiento que constituye un derecho fundamental en el sistema interamericano de derechos humanos. El fundamento de las leyes de desacato, vigentes en varios Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, es la necesidad de proteger el honor de los funcionarios públicos en lo que se refiere a la obligación de mantener el orden público. Estas leyes están en conflicto con la convicción de que la libertad de expresión y de opinión es la "piedra de toque de todas las libertades a las cuales se consagran las Naciones Unidas" y "una de las más sólidas garantías de la democracia moderna"⁴. La libertad de expresión y pensamiento es un derecho fundamental del sistema interamericano de derechos humanos. El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene una disposición general que se desarrolla en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el Informe Anual de 1980-81, la Comisión declaró que:

3 Anotaciones del texto del proyecto de Pacto Internacional sobre Derechos Humanos (preparado por el Secretario General), 10 U.N. GAOR, Anexos (Punto N° 28 del temario) 50, UN Doc. A/2929 (1955); Primer Informe Especial sobre la situación de derechos humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 de octubre de 1974, página 155.

4 Anotaciones del texto del proyecto de Pacto Internacional sobre Derechos Humanos (preparado por el Secretario General), 10 U.N. GAOR, Anexos (Punto N° 28 del temario) 50, UN Doc. A/2929 (1955); Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.P/AG/doc.307/73, rev. 1, 14 de marzo de 1973, página 32.

La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir la información que los demás les comunican sin interferencias que la distorsionen⁵.

La cuestión que se plantea es si la penalización de la expresión porque está dirigida especialmente a los funcionarios públicos, cuando no existe un peligro de violencia inminente identificable, es compatible con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión que garantiza la Convención Americana.

II. Leyes de desacato

Las leyes de desacato son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. Estas leyes tienen una larga historia, habiéndose promulgado en tiempos de los romanos para defender el honor del emperador. Hoy en día, las leyes de desacato que subsisten en muchos Estados miembros se justifican so pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública⁶.

5 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1980-81, OEA/Ser.L/V/II, página 122.

6 Existen leyes de desacato en los siguientes Estados miembros: Bolivia, artículo 162 del Código Penal; Brasil, artículo 331 del Código Penal; Chile, Título VI del Código Penal, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, artículos 263 y 264; Costa Rica, Título XIII del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 307; Cuba, Capítulo II del Código Penal, “Violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes”, artículo 144; Ecuador, artículo 231 del Código Penal; El Salvador, artículo 456 del Código Penal; Guatemala, Título XIII del Código Penal, “De los delitos contra la administración pública”, artículos 411, 412, 413; Haití, Capítulo II del Código Penal, “Ultrajes, violencia contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública”,

A este respecto, se dice que las leyes de desacato cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que –según se argumenta– ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios.

La aplicación de las leyes de desacato varía entre un Estado miembro de la OEA y otro. En ciertos países, las leyes de desacato penalizan sólo los discursos insultantes que se pronuncian en presencia del funcionario público o por comunicación directa, como una carta o una llamada telefónica⁷. Otras leyes de desacato penalizan todo discurso que insulte, ofenda o amenace a un funcionario público, ya sea dirigido a la persona en cuestión o por un medio indirecto, como la prensa⁸. No obstante, en general, la protección de las leyes de desacato sólo ampara a los funcionarios públicos en el cumplimiento de tareas oficiales. Además, la legislación de los Estados miembros de la OEA difiere en cuanto a las defensas admitidas en los casos de acusación de desacato. En algunos países, las leyes de desacato exigen que los acusados demuestren la veracidad de sus alegatos como defensa⁹. En otros, la ley no permite que se introduzca la

artículo 183; México, Capítulo IV del Código Penal, “Delitos cometidos contra funcionarios públicos”, artículo 189; Paraguay, Capítulo IV del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 163(1); Perú, Sección III del Código Penal, artículo 374; Uruguay, Título V del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 173; Venezuela, Capítulo VIII del Código Penal, “De los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública”, artículo 223.

7 Véase el artículo 456 del Código Penal de El Salvador.

8 Véase el artículo 173 del Código Penal del Uruguay.

9 Véase el artículo 413 del Código Penal de Guatemala.

defensa de la verdad con respecto a un lenguaje insultante u ofensivo contra un funcionario público¹⁰. Las penas por desacato varían entre multas y encarcelamiento.

La Comisión debe determinar si tal restricción de la libertad de expresión con el fin de defender de las críticas a los funcionarios públicos y, en última instancia, al gobierno en general, es legítima, en virtud del artículo 13.2 y .3 de la Convención Americana. Además, si las leyes de desacato fueran incompatibles con las garantías previstas en el artículo 13 de la Convención, su perpetuación constituiría también una violación de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. El artículo 1.1 obliga a cada país signatario a respetar y garantizar esos derechos enumerados en la Convención, en tanto que el artículo 2 exige que cada país signatario adapte su legislación para garantizar tales derechos.

III. La Convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresión para preservar la existencia de las sociedades democráticas en los Estados miembros de la OEA

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre¹¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) ha declarado que, dado que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el

10 Véase el artículo 307 del Código Penal de Costa Rica.

11 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 70.

debate público, la Convención Americana otorga un “valor sumamente elevado” a este derecho y reduce al mínimo toda restricción del mismo¹². Como lo señaló la Corte, es en interés del “orden público democrático”, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente¹³.

El artículo 13 de la Convención Americana contiene la definición más apropiada de la libertad de expresión, al establecer lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información 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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones¹⁴.

12 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 30-32.

13 *Ibid.*, párr. 69.

14 Artículo 13, párr. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”).

La Corte ha sentado el amplio alcance y carácter del derecho a la libertad de expresión amparado por el artículo 13¹⁵. El artículo 13 establece dos aspectos distintivos del derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye no sólo la libertad de expresar pensamientos e ideas, sino también el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas¹⁶. Al garantizar simultáneamente los derechos a expresar y recibir tales expresiones, la Convención fomenta el libre intercambio de ideas necesario para un debate público efectivo en la arena política¹⁷.

La Corte concluyó además que la Convención Americana es más generosa en su garantía de la libertad de expresión y menos restrictiva de este derecho que las disposiciones pertinentes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos¹⁸. Esto es particularmente significativo si se considera que la Corte Europea ha afirmado reiteradamente que la libertad de expresión es uno de los “fundamentos esenciales de una sociedad democrática”¹⁹.

Por ejemplo, cuando decidió que la sentencia del reclamante por difamación de un funcionario público violaba el artículo 10

15 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párr. 30.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, párrs. 32-33.

18 *Ibid.*, párr. 50. La disposición pertinente de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, “la Convención Europea”) es el artículo 10. La disposición pertinente del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “el Pacto de la ONU”) es el artículo 19.

19 Véase Corte E.D.H., *Caso Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986, Serie A, N° 103, párr. 41; véase también, Corte E.D.H., *Caso Handyside*, sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A N° 24, párr. 49; Corte E.D.H., *Caso The Sunday Times*, sentencia del 26 de abril de 1979, Serie A N° 30, párr. 65; Corte E.D.H., *Caso Oberschlick v. Austria*, sentencia de 23 de mayo de 1991, Serie A N° 204, párr. 57; Corte E.D.H., *Caso Castells v. España*, sentencia del 23 de abril de 1992, Serie A N° 236, párr. 42.

de la Convención Europea, la Corte Europea afirmó que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquéllas que “ofenden, resultan chocantes o perturban”²⁰. Como lo señaló la Corte Europea, “tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”²¹. El Comité de Derechos Humanos, interpretando el Pacto de la ONU, también ha comentado que las restricciones a la libertad de expresión no deben “perpetuar los prejuicios ni fomentar la intolerancia”²². Además en la misma opinión se señaló la importancia especial de proteger “la libertad de expresión en lo que se refiere a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”²³.

El consenso observado en los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia se encuentra perfectamente fundamentada en el derecho internacional. Al protegerse este derecho conforme lo estipula el artículo 13 de la Convención, la Corte no ha hecho más que reforzar el propósito de la Convención, que es el de crear un sistema de “libertades personales y justicia social” dentro del “marco de las instituciones democráticas”²⁴. Resulta

20 Corte E.D.H., *Caso Castells*, *supra*, párr. 20.

21 *Ibid.*

22 N° 61/1979, *Hertzberg v. Finlandia*.

23 *Ibid.*

24 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 42. Además, otras disposiciones de la Convención abundan en ejemplos de la importancia del debate público como un elemento de libertad de expresión. El amplio concepto de la libertad de expresión que prevé la Convención está reforzado por la prohibición de imponer una censura previa, como lo estipula el artículo 13.2, y por el derecho de rectificación o respuesta que garantiza el artículo 14. La prohibición de la censura previa garantiza que ciertas ideas y cierta información no estén automáticamente excluidos de la arena pública. Es así que las personas

evidente que el derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones²⁵. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

IV. Las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque reprimen la libertad de expresión necesaria para el debido funcionamiento de una sociedad democrática

A. Las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática

Si bien la libertad de expresión es esencial para toda forma democrática de gobierno, no constituye un derecho absoluto. El artículo 13.2 define las restricciones permisibles a la libertad de expresión:

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las

no solo tendrán la libertad de expresar sus propias ideas, sino también de tener acceso a las ideas de los demás para ampliar su comprensión del debate político dentro de la sociedad. Además, el derecho de rectificación o respuesta dispuesto por el artículo 14 garantiza el acceso a un medio adecuado de comunicación a toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes. El artículo 14.1 de la Convención dispone: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por él mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

25 Véase al respecto, jurisprudencia de la Corte Suprema de los E.E.U.U., *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494, 584 (1951) (Douglas, J., en opinión disidente).

que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Es preciso señalar que las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención.

En su interpretación de estos artículos, la Corte declaró que el artículo 29.c) establece que no debe interpretarse disposición alguna de la Convención en el sentido de que puede “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Además, el artículo 29.d) dispone que no debe interpretarse disposición alguna en el sentido de que puede excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁶, la cual dispone, en el artículo XXVIII, que los derechos de cada hombre están limitados “...por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”²⁷. Asimismo, el artículo 32.2 establece que todos los derechos esbozados en la Convención pueden estar restringidos por los “derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”²⁸. Como lo afirmó la Corte, esta referencia constante a la democracia en los artículos 29 y 32 indica que toda vez que las disposiciones de la Convención son vitales para la “preservación y el funcionamiento de las instituciones

26 Artículo 29, literal d) de la Convención.

27 Capítulo primero, artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

28 Artículo 32, párr. 2 de la Convención.

democráticas”, las “justas exigencias de la democracia deben orientar su interpretación”²⁹. De manera que la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13.2) debe “juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas”, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática³⁰.

Previa censura está absolutamente prohibida. Las únicas restricciones legítimas del derecho a la libertad de expresión se ejercen mediante la responsabilidad ulterior en el caso de que se abuse de ese derecho³¹. No obstante, la imposición de dicha responsabilidad debe satisfacer cuatro exigencias para que tenga validez en virtud del artículo 13.2: 1) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben fijarse previamente; 2) estos fundamentos deben estar expresos con precisión dentro del marco de la ley; 3) los fines que se persiguen deben ser legítimos; y, 4) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar el fin legítimo que se procura³². En la hipótesis argumental de que las leyes de desacato en cuestión están bien establecidas, son expresas y precisas dentro de los códigos penales de sus respectivos países, sigue en pie la cuestión de determinar si dichas leyes satisfacen los requisitos 3 y 4 para ser compatible con el artículo 13.2. En última instancia, esta determinación se basa en los artículos 29 y 32, que obligan a que toda limitación de un derecho garantizado debe tomar en consideración las necesidades legítimas de la democracia³³.

29 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 44.

30 *Ibid.*, párr. 42.

31 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 139.

32 *Ibid.*, párr. 59.

33 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 44.

B. Las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión

La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisamente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.

Como se dijo antes, el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión. Dichas limitaciones a la libertad de expresión pueden afectar no sólo a quienes se silencia directamente, sino también al conjunto de la sociedad. John Stuart Mill lo expresó claramente:

No son las mentes de los herejes las más deterioradas por la prohibición... Mayor es el daño que se inflige a quienes no son herejes, cuyo desarrollo mental se trunca y su razón se amedrenta por temor a la herejía. No puede ser un gran pensador un hombre que

no reconozca que, en tanto que pensador, su deber primordial es seguir los dictados de su intelecto a cualquier sea la conclusión que lo conduzca. La verdad se enaltece más con los errores de quien, con debido estudio y preparación, piensa por sí mismo, que con las opiniones verídicas de aquéllos que las sostienen únicamente porque no se toman la molestia de pensar³⁴.

Además de las restricciones directas, las leyes de desacato restringen indirectamente la libertad de expresión porque traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público. A este respecto, la Corte Europea afirmó que, si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, “equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro”³⁵. El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor.

La Comisión observa por otra parte que la desventaja que las leyes de desacato imponen a las personas que desean participar en el debate acerca del funcionamiento adecuado de la administración pública no se ve reducida por la posibilidad de probar la verdad como defensa. Inclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones. Este es especialmente el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicio de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos³⁶. Puede resultar imposible

34 John Stuart Mill, citado en D. Sandifer y L. Scheman, “The Foundations of Freedom 69-82 (1966)”.

35 Véase al respecto, la jurisprudencia europea en *Lingens, supra* 17, párr. 44.

36 *Ibid.*, párr. 46.

demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba³⁷. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tiene consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quien critica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica. Además, la amenaza de responsabilidad penal por deshonorar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como método para suprimir la crítica y los adversarios políticos. Más aún, al proteger a los funcionarios contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas.

La Comisión considera que se debe hacer una importante distinción entre la mala conducta que altera o impide el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario público y el discurso que critica el desempeño individual. Si bien puede argumentarse que las leyes de desacato que requieren que el discurso ofensivo sea pronunciado en persona tienen por objeto impedir los disturbios y desórdenes civiles, de todas maneras castigan la libertad de expresión en tanto ésta se relacione con el honor del funcionario público.

Por último, y es esto lo que mayor importancia reviste, la Comisión observa que el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza

37 *Ibid.*

y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de “orden público” para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

C. Las leyes de desacato no son “necesarias para asegurar” el orden público en una sociedad democrática

Inclusive asumiendo hipotéticamente que la protección de los funcionarios públicos de la expresión ofensiva y crítica es una protección legítima del orden público dentro de una sociedad democrática, toda ley que limite la libertad de expresión debe también ser “necesaria para asegurar” este propósito legítimo³⁸. El término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2 debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable”, o “conveniente”. Para que una limitación sea “necesaria”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión³⁹. Además, la Corte declaró que para tal demostración, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto⁴⁰. La necesidad comporta la existencia de una “necesidad social imperiosa”⁴¹. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido

38 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párrs. 79.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*, párr. 46.

41 Véase al respecto, la jurisprudencia europea en *Sunday Times*, *supra* 17, párr. 59; *Lingens*, *supra* 17, párr. 40.

real”⁴². Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima.

La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público⁴³. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia⁴⁴. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13.2 porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe

42 *Ibid.*

43 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria...*, *supra*, párr. 67. Véase también *Lingens*, *supra* 17, párr. 42.

44 Con respecto a la capacidad del gobierno para defenderse a sí mismo, véase Corte Europea, *H. R. Castells*, *supra* 20, párr. 46.

abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública⁴⁵. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica⁴⁶.

IV. Conclusión

Los artículos 13.2 y .3 reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. El artículo 13.5 prescribe que:

45 Véase *Lingens*, supra 17, párr. 42; *Oberschlick*, supra 17, párr. 59.

46 A este respecto, la Corte Europea llegó a la conclusión, en el *Caso Lingens*, que el derecho a la libertad de expresión en la Convención Europea había sido quebrantado cuando el peticionario fue procesado por difamación al amparo del código penal austríaco. La Corte Europea sostuvo que si bien el peticionario usó, para referirse a un funcionario público, un lenguaje que podía afectar su reputación, los artículos hacían referencia a problemas de gran interés para el público y muy controvertidos. La Corte Europea decidió que las armas verbales utilizadas eran previsibles en la arena política y que el debate abierto acerca de una solución política controvertida era más importante que cualquier perjuicio a la reputación y el honor de los funcionarios públicos. Además, aunque el peticionario se hizo sólo pasible de una multa, la Corte Europea llegó a la conclusión de que inclusive estas sanciones podrían dar lugar a la autocensura y disuadir así a los ciudadanos de participar en el debate sobre problemas que afectan a la comunidad.

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

INFORME N° 22/94
CASO 11.012
ARGENTINA
SOLUCIÓN AMISTOSA
(VERBITSKY)

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

El 5 de mayo de 1992 la Comisión recibió una denuncia del señor Horacio Verbitsky en contra de la República de Argentina. El señor Verbitsky, de profesión periodista, fue condenado por el delito de desacato, al supuestamente injuriar al señor Augusto César Belluscio, Ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería al señor Belluscio como “asqueroso” era delito de acuerdo con el artículo 244 del Código Penal que establece la figura de desacato. Se alega la violación de los artículos 8 (imparcialidad e independencia de los jueces); 13 (libertad de pensamiento y expresión); y 24 (igualdad ante la ley).

I. Hechos

1. El día 6 de marzo de 1988 el reclamante publicó un artículo en el diario Página 12, titulado “Cicatrices de dos Guerras” en la cual, al referirse al Ministro de la Corte Suprema Argentina, Augusto Belluscio, utilizó la expresión “asqueroso” haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual el Ministro manifestó, entre otras cosas, que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos Ministros adicionales le “dio asco”. El reclamante alega que con dicho término se refería al sentido de “que tiene asco” como señalaba el mismo Ministro en su entrevista.

2. A raíz de este artículo, el Ministro Belluscio inició una acción privada de injurias en contra del reclamante que recayó en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 4 de la Capital Federal. La jueza federal interviniente en la causa consideró que la expresión utilizada

por el periodista Verbitsky excedía los límites del honor del funcionario y constituía un agravio al Ministro con motivo del ejercicio de su función. En función de ello, invocando el principio *iuria novit curia* la jueza decidió convertir la primigenia acción privada en la acción pública de desacato. La jueza condenó al Sr. Verbitsky, atribuyéndole la intención de difamar al Ministro.

3. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, el 13 de julio de 1991, confirmó la sentencia. Posteriormente, el reclamante recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del Recurso Extraordinario por afectar la garantía constitucional de la libertad de prensa. La Corte Suprema rechazó el Recurso Extraordinario declarándolo improcedente el 25 de febrero de 1992.

II. Trámite ante la Comisión

4. Mediante nota del 27 de mayo de 1992, la Comisión transmitió las partes pertinentes de la denuncia al Gobierno de Argentina solicitando información al respecto dentro de un plazo de 90 días.

5. En nota del 5 de mayo de 1992, los representantes del reclamante, CEJIL y Americas Watch, manifestaron su interés de asistir a una audiencia con la Comisión durante su 82° período de sesiones. La Comisión concedió la audiencia para el día 17 de septiembre de 1992 e invitó al Gobierno de Argentina a que enviara un representante a dicha audiencia.

6. En nota del 10 de julio de 1992, el peticionario envió a la Comisión informes presentados por organizaciones y juristas argentinos que a continuación se indican, en los que se explica por qué el desacato es un delito violatorio de la Convención. Los informes fueron presentados por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, Dr. Germán Bidart Campos, Dr. Eugenio Zaffaroni, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), Federación Ar-

gentina de Trabajadores de Prensa (FATPREN), y la International Federation of Journalists.

7. Mediante nota del 25 de agosto de 1992 el Gobierno de Argentina solicitó una prórroga hasta el 31 de agosto de 1992 para responder a la solicitud de información sobre la denuncia.

8. En nota del 31 de agosto de 1992 la Comisión recibió la respuesta del Gobierno de Argentina en la cual alega la inadmisibilidad de la denuncia, por las siguientes razones:

- i. El Gobierno informó que con fecha 15 de julio de 1992, ingresó al Congreso de la Nación un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo por el que se propicia la derogación del artículo 244 del Código Penal. Por consiguiente, la decisión del Congreso de la Nación puede transformar en derecho vigente la derogación del delito que se erige en agravio principal en el caso del reclamante.
- ii. Que en el caso que el artículo 244 no se repudiase, niega la alegación de violación de garantías judiciales por parcialidad de los jueces, violación a la libertad de expresión, y el derecho de igualdad ante la ley. Razona, con respecto a la violación del artículo 13 de la Convención (libertad de expresión), que como la figura del desacato preexiste la entrada en vigor de la Convención, la calificación de la conducta del querellado es simple aplicación del derecho interno y no traduce ningún afán persecutorio como se deduce en la denuncia. No se vulnera el principio de igualdad ante la ley porque el reclamante no ha sido objeto de un tratamiento distinto del que hubiese tenido otra persona en su lugar.

9. En nota del 15 de septiembre de 1992, el Gobierno envió una copia del proyecto de ley por el que se propicia la derogación de la figura de desacato junto con una nota que informa que dicho proyecto ha recibido la sanción de la Honorable Cámara de Diputados con fecha 3 de septiembre de 1992.

10. Durante su 82° período de sesiones, en septiembre de 1992, la Comisión recibió en audiencia a los apoderados del peticionario, CEJIL y Americas Watch, y a representantes del Gobierno. En la audiencia la parte del reclamante sugirió la conveniencia de iniciar un proceso de solución amistosa conforme a lo previsto en el artículo 48.1.f.

11. En nota de 21 de septiembre de 1992, los apoderados del peticionario informaron a la Comisión sobre las gestiones que se habían cumplido con respecto a las negociaciones con representantes del Gobierno y juntaron los lineamientos iniciales del acuerdo. En esa oportunidad, solicitaron a la Comisión disponga formalmente la apertura de un procedimiento de solución amistosa, y designe a uno de sus miembros para actuar en este proceso en calidad de mediador. En nota del 23 de septiembre, el Gobierno de Argentina también envió a la Comisión copia de los lineamientos iniciales del acuerdo.

12. Mediante nota del 29 de septiembre de 1992 enviada al Gobierno, el Presidente de la Comisión reconoció formalmente el procedimiento de solución amistosa en el caso, y aseguró que “tal como lo solicitan las partes en el numeral 4 de los lineamientos iniciales, la Comisión se pronunciará sobre la compatibilidad o incompatibilidad con el Pacto de San José de Costa Rica del presente Código Penal Argentino al emitir el Informe previsto por el artículo 49 de la Convención”. Mediante nota del 2 de octubre de 1992, la misma nota fue enviada a los apoderados del peticionario.

13. El 14 de octubre de 1992, el Representante Permanente de Argentina ante la OEA envió una nota a la Comisión en la cual señala que la resolución del 2 de octubre de la Comisión da al punto 4 del acuerdo un ámbito menor que el que las partes acordaron, toda vez que las partes solicitan a la Comisión que en su análisis sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la figura penal del desacato con las normas de la Convención,

incluya opinión si los Estados partes en ese instrumento deben compatibilizar su legislación interna, conforme el artículo 2 de la misma.

14. El 4 de junio de 1993, la Comisión recibió una nota del Gobierno mediante la cual adjunta la parte pertinente del discurso presidencial, relativo a la derogación del delito de desacato, así como copia de la ley derogatoria del artículo 244 del Código Penal, sus fundamentos y antecedentes.

15. En nota del 5 de enero de 1994, los apoderados del peticionario, CEJIL y Americas Watch, enviaron una nota a la Comisión mediante la cual informan acerca de la evolución en el caso.

16. Durante su 85° período de sesiones, la Comisión recibió en audiencia a los apoderados del peticionario y a representantes del Gobierno. Se informó sobre la evolución del caso y de que queda pendiente del acuerdo por resolver.

III. Solución amistosa

A. El Acuerdo

17. Después de varias reuniones las partes concordaron un texto con los lineamientos para una eventual solución amistosa. El 21 de septiembre de 1992, las partes firmaron una propuesta conjunta de solución amistosa. Los lineamientos iniciales del acuerdo entre las partes son:

- i. El reclamante solicita que el Estado de Argentina se comprometa a obtener derogación del artículo 244 del Código Penal, es decir la figura penal del desacato.
- ii. El peticionante solicita que una vez sancionada la nueva ley derogatoria de la figura penal del desacato, se aplique la misma al caso que lo afecta con la finalidad de revocar la

sentencia y cancelar todos sus efectos de acuerdo con el artículo 2 del Código Penal. Los representantes manifiestan que se aplicará en este caso, como se hace en todos los casos.

- iii. El peticionante solicita la justa reparación de los daños y perjuicios sufridos por la causa de las acciones judiciales. El peticionante hace renuncia expresa a toda indemnización por concepto de daño moral. Asimismo los letrados intervinientes hacen manifiesta renuncia a todo reclamo de honorarios originados en el presente caso.
- iv. Las partes solicitan a la Comisión que, en oportunidad de redactar el Informe al que se refiere el artículo 49 de la Convención, se pronuncie sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la figura penal de desacato, tal como se le contempla en el Código Penal Argentino, con las normas del Pacto de San José de Costa Rica, incluyendo opinión si los Estados partes en ese instrumento deben compatibilizar su legislación interna, conforme el artículo 2 de la Convención.
- v. Las partes acuerdan solicitar a la Comisión su intervención para conducir y supervisar el procedimiento.

B. El Proceso de cumplimiento del Acuerdo

18. El 8 de junio de 1993, el Sr. Verbitsky presentó un recurso de revisión ante la Cámara Federal de la Capital Sala I, respecto de la sentencia condenatoria por desacato dictada por dicha Sala.

El 1 de julio de 1993, el Fiscal de la Cámara propuso hacer lugar al recurso de revisión y absolver al Sr. Verbitsky, revocando también la sanción pecuniaria que tuvo que pagar. El 26 de julio, el Sr. Verbitsky adhirió al pedido del Fiscal.

El 4 de agosto de 1993, el Ministro Belluscio presentó un escrito a la Cámara Federal informando que había solicitado a

la Cámara Nacional de Casación Penal que promoviera una acción de competencia por inhibitoria, a fin de que el recurso de revisión fuera resuelto por esta última y no por la Cámara Federal, ya que según el nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 23.984) le corresponde a la Cámara Nacional intervenir en los recursos de revisión. En lo sustantivo, pide que no se haga lugar a la revisión porque se trata de una condena ya cumplida, y que no se revoque la indemnización porque al haberla cobrado ya forma parte de su patrimonio como derecho adquirido.

19. Mediante sentencia del 24 de febrero de 1994, la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió:

- i. Hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por el Sr. Verbitsky y dejar sin efecto la pena de un mes de prisión en suspenso por el delito de desacato calificado.
- ii. Declarar que no hay lugar a pronunciamiento alguno respecto de la restitución de las sumas pagadas en concepto de indemnización por daño moral y costas, a mérito de expresa renuncia efectuada por el Sr. Verbitsky.

20. De lo antes expuesto, la Comisión considera que se han cumplido los puntos previstos en el acuerdo para concluirse una solución amistosa:

- i. La Comisión intervino en función de lo dispuesto en el artículo 48.1.f.
- ii. La figura de desacato ha sido derogada por la Ley nacional N° 24.198.
- iii. Se ha revocado la sentencia en contra del Sr. Verbitsky y cancelado todos sus efectos.
- iv. A mérito de expresa renuncia efectuada por el Sr. Verbitsky, la restitución por costas que inicialmente se pedía no es requerido.

21. De conformidad con el artículo 49 de la Convención Americana, la Comisión ha analizado el contenido de la presente solución amistosa para asegurar su coherencia con la misma. La Comisión considera que la derogación de la figura de desacato, en el contexto del presente caso, resulta en la conformidad del derecho argentino con la Convención Americana ya que elimina una base legal para la restricción gubernamental del derecho de libre expresión consagrado en la Convención Americana.

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

RESUELVE:

22. Expresar su reconocimiento tanto al Gobierno argentino por derogar la figura del desacato de su legislación, dando así cumplimiento al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Argentina es parte desde el 5 de septiembre de 1984, como al Sr. Verbitsky por haber facilitado el proceso de solución amistosa en su aceptación de los términos de la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal.

La Comisión señala que en el caso que una ley resulta incompatible con la Convención, el Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención.

23. Expresar su profunda satisfacción por la culminación del proceso de solución amistosa y reconocer que el mismo ha concluido a entera satisfacción de las partes y de la Comisión habiéndose dado cumplimiento a los artículos 48.b. y 49 de la Convención Americana y el artículo 48 del Reglamento de la Comisión.

24. Publicar este Informe en el Informe Anual a la Asamblea General.

INFORME N° 11/96
CASO 11.230
CHILE¹
(MARTORELL)

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

¹ El Comisionado Decano Claudio Grossman, de nacionalidad chilena, no participó en el debate ni en la votación de este caso, conforme al artículo 19 del Reglamento de la Comisión.

I. ANTECEDENTES

1. El 21 de abril de 1993, el señor Francisco Martorell y la imprenta Editorial Planeta publicaron un libro en la Argentina titulado “Impunidad diplomática”, sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile Oscar Spinoso Melo. El libro debía estar disponible para su comercialización en Chile al día siguiente.

2. Sin embargo, el mismo día 21 de abril de 1993, el señor Andrónico Luksic Craig, empresario chileno, presentó un “recurso de protección” ante la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. El señor Luksic, alegando que el libro violaba su derecho a la privacidad, solicitó que se prohibiese su circulación. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó una “orden de no innovar” que prohibió temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro en Chile hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el caso.

3. Posteriormente, se entablaron varias acciones penales ante los tribunales chilenos contra el señor Martorell por personas que alegaban que el contenido del libro “Impunidad diplomática” era calumnioso e injurioso a su honor y dignidad. En la actualidad esos procesos continúan en trámite en el ámbito de la jurisdicción interna de Chile.

Litigio ante los tribunales chilenos

4. El 31 de mayo de 1993, la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo de dos votos contra uno, acogió el recurso

de protección interpuesto por el señor Luksic y emitió una orden de no innovar que prohibía la “internación y comercialización” del libro en Chile.

5. Se presentó una apelación a través de un “recurso extraordinario” ante la Corte Suprema de Justicia Chile invocando las garantías constitucionales sobre libertad de prensa. El 15 de junio de 1993, en una decisión unánime, la Corte Suprema rechazó el recurso de apelación, y la circulación del libro fue prohibida.

6. El 28 de junio de 1993, la Corte de Apelaciones notificó oficialmente al señor Martorell de su decisión final acerca del recurso de protección.

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

7. El 23 de diciembre de 1993, la Comisión recibió la denuncia que interpusieron Human Rights Watch/Americas y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) con relación a este caso. En la misma se alegaba que la prohibición de la entrada, distribución y circulación, en Chile, del libro titulado “Impunidad diplomática” constituía una violación del artículo 13(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que protege el Derecho de Libertad de Pensamiento y Expresión y dispone específicamente que: “el ejercicio del derecho. . . no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”.

8. La Comisión transmitió las partes pertinentes de la petición al Gobierno Chileno el día 16 de febrero de 1994, y le solicitó a éste información sobre los hechos u otra información pertinente en el término de 90 días.

9. El 30 de marzo de 1994, la Comisión recibió información adicional de los peticionarios, la cual fue transmitida al Gobierno el 15 de abril de 1994.

10. Con fecha 8 de junio de 1994, la Comisión recibió una nota del Gobierno en la que se solicitaba una prórroga de 60 días para dar respuesta a la demanda, la cual fue otorgada.

11. El Gobierno chileno solicitó una extensión adicional de 30 días el 7 de septiembre de 1994, que fue otorgada.

12. El día 13 de octubre de 1994, la Comisión recibió la respuesta del Gobierno y la transmitió a los peticionarios el 28 del mismo mes y año.

13. La Comisión recibió, con fecha 16 de noviembre de 1994, una comunicación de CEJIL y de Human Rights Watch/Americas en la cual exponen los términos de su participación en el caso.

14. El 5 de diciembre de 1994, la Comisión recibió las observaciones de los peticionarios a la respuesta del Gobierno, cuyas partes pertinentes fueron transmitidas al Gobierno el 19 de diciembre de 1994.

15. El día 1° de febrero de 1995 se celebró una audiencia sobre este caso en la que participaron los peticionarios y representantes del Estado chileno.

16. El 6 de febrero de 1995, la Comisión se dirigió a las partes para ponerse a disposición de las mismas con miras a lograr una solución amistosa del asunto. Los peticionarios respondieron que aceptarían esa propuesta de la Comisión siempre y cuando el Estado de Chile levantase previamente la prohibición del libro “Impunidad diplomática” del señor Martorell y permitiese su libre entrada, circulación y distribución en su territorio.

17. El 6 de marzo de 1995, el Gobierno chileno, en respuesta

a la propuesta de los peticionarios, envió una nota a la Comisión en la cual expresa que mientras el señor Martorell se rehuse a presentarse ante los tribunales chilenos no se consideraría una solución amistosa. Esta nota fue transmitida a los peticionarios el 9 de marzo de 1995.

18. Con fecha 5 de julio de 1995, el Gobierno de Chile presentó sus comentarios a las observaciones formuladas por los peticionarios mediante los cuales ratificó en todas sus partes las peticiones que formuló el Gobierno en su respuesta a la denuncia. El 18 del mismo mes se transmitió a los peticionarios copia de esos comentarios.

19. El 8 de septiembre de 1995 se celebró una audiencia sobre el caso en la que participaron los peticionarios y representantes del Gobierno chileno.

20. El 14 de septiembre de 1995, la Comisión aprobó, de acuerdo con el artículo 50 de la Convención Americana, el Informe 20/95 sobre este caso y lo transmitió al Ilustrado Gobierno de Chile con fecha 6 de octubre de 1995. El Gobierno chileno dio respuesta a este informe el día 8 de febrero de 1996.

21. Con fecha 19 de marzo de 1996, la Comisión transmitió al Gobierno de Chile el Informe 11/96. En la nota de transmisión se informó al Ilustrado Gobierno de Chile que la Comisión había dado su aprobación final al informe y ordenado su publicación.

22. El 2 de abril de 1996, la Comisión se dirigió al Gobierno de Chile con el objeto de informarle que se había acordado posponer la publicación del Informe 11/96, en vista de la información sobre nuevos hechos que los peticionarios remitieron a la CIDH con fecha 27 y 29 de marzo de 1996.

23. Con fecha 22 de abril de 1996, el Representante Permanente de Chile ante la Organización se dirigió a la Comisión con el objeto de expresar el parecer de su Gobierno sobre la decisión

de posponer la publicación del Informe 11/96.

24. El día 2 de mayo de 1996, se celebró una audiencia a solicitud de los peticionarios, en la que participaron éstos y los representantes del Gobierno chileno y, el 3 de mayo del mismo año, introdujo modificaciones en el cuerpo del Informe 11/96, pero no introdujo las conclusiones y recomendaciones del informe.

III. ADMISIBILIDAD

25. La Comisión tiene competencia para considerar este caso, porque se trata de acciones respecto de las cuales se alega violación de los derechos establecidos en el artículo 13 de la Convención.

26. La petición no está pendiente en ningún otro procedimiento internacional de conciliación, ni constituye una reproducción de una petición ya examinada por la Comisión.

27. El procedimiento de solución amistosa establecido por el artículo 48.1.f de la Convención y por el artículo 45 del Reglamento de la Comisión fue propuesto por la Comisión a las partes, pero no se pudo llegar a un acuerdo.

28. Como consta en los registros, el peticionario ha agotado los recursos establecidos en el marco de la legislación chilena. Sin embargo, el Gobierno sostiene que la petición fue presentada fuera del límite de seis meses establecido por el artículo 46.1.b de la Convención y el artículo 38 del Reglamento de la Comisión.

A. Posición de las partes acerca de la admisibilidad del caso

1. Del Gobierno

29. El Gobierno afirma que la decisión final sobre este caso fue el fallo dictado por la Corte Suprema de Chile el 15 de junio de 1993. Según el Gobierno los peticionarios confundieron la fecha de notificación, por la Corte de Apelaciones, de la decisión de la Corte Suprema con la fecha real del fallo final de ésta. Para emitir una notificación, que en realidad constituye sólo parte de la ejecución de la sentencia, la Corte debe verificar que no existen apelaciones pendientes.

30. El Gobierno sostiene que la denuncia presentada a la Comisión se efectuó tomando en cuenta la notificación del la Corte de Apelaciones, estando así fuera del límite de seis meses establecido por el artículo 46.1.b de la Convención, el artículo 35.b y el artículo 38.1 del Reglamento de la Comisión. En vista de lo antedicho, el Gobierno solicitó que la Comisión declarase inadmisibles la petición.

2. De los Peticionarios

31. Los peticionarios alegan que la notificación personal de 28 de junio de 1993, efectuada por la Corte de Apelaciones, mediante la cual se comunicó al peticionario que la Corte Suprema había confirmado la decisión de prohibir la entrada y circulación, en Chile, del libro “Impunidad diplomática” debía ser considerada por la CIDH como la fecha a partir de la cual comienza a contarse el plazo de seis meses que establece el artículo 46.1.b de la Convención.

32. Por otra parte, los peticionarios afirman que la total prohibición de la entrada, distribución y circulación del libro en Chile constituye una violación continuada y que, por tal motivo, el límite de seis meses no es pertinente en este caso.

B. Análisis de la Comisión sobre la admisibilidad de la petición

33. El límite de seis meses establecido en el artículo 46.1.b de la Convención tiene un propósito doble: asegurar la certeza jurídica y proporcionar a la persona involucrada tiempo suficiente para considerar su posición.

34. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno de Chile en el presente caso, el plazo de seis meses no debe contarse a partir de la fecha en que la Corte Suprema adoptó la decisión final sino, como establece la Convención Americana, “a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”.

35. Por lo expuesto, la Comisión considera que la denuncia que interpusieron los peticionarios en el presente caso fue presentada dentro del plazo previsto en el artículo 46.1.b de la Convención Americana y en el artículo 38 del Reglamento de la Comisión y que, en consecuencia, el caso es admisible.

36. Por otra parte, con referencia a la disposición citada en el párrafo anterior, la Comisión considera que la misma no debe interpretarse de una manera excesivamente formal que comprometa el interés de la justicia. La Corte Interamericana ha declarado al respecto que:

Es generalmente aceptado que el sistema procesal constituye una forma de lograr justicia y que ésta no puede sacrificarse por meras formalidades. Dentro de ciertos oportunos y razonables límites, ciertas omisiones o demoras en el cumplimiento del procedimiento pueden excusarse, siempre que se mantenga un adecuado equilibrio entre la justicia y la certeza jurídica².

IV. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE EL FONDO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

A. De los Peticionarios

² Corte I.D.H., *Caso Cayara, Objeciones Preliminares*, Fallo del 3 de febrero de 1993, párrafo 42.

37. Los peticionarios afirman que la Convención, cuando garantiza la libertad de pensamiento y de expresión, procura preservar la autonomía individual al reconocer y proteger los derechos de expresar, crear y recibir información. Además, la protección de este derecho asegura el funcionamiento de un gobierno democrático al garantizar el libre intercambio de ideas en la vida pública.

38. El artículo 13 garantiza el derecho de “buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole”, a través de cualquier medio de su elección. La Convención procura maximizar la posibilidad de participar en el debate público, garantizando no sólo la libertad de pensamiento sino también reconociendo el derecho colectivo de estar informado y el derecho de réplica. La Convención garantiza el derecho de expresión de tal forma que también proteja el derecho a una diversidad de fuentes de información. El derecho de réplica también se protege para asegurar que las personas afectadas por información inexacta o difamatoria puedan tener acceso a la esfera pública.

39. Como consecuencia de esta amplia interpretación del concepto de libertad de pensamiento y de expresión, se han contemplado limitaciones estrictas a las restricciones que pueden aplicarse a esos derechos. La Convención contiene normas generales que prevén las posibles restricciones a los derechos que garantiza. Sin embargo, en el caso de la libertad de pensamiento y de expresión, estas normas deben interpretarse de acuerdo con los límites específicos establecidos por el artículo 13 de la Convención.

40. Los peticionarios sostienen, asimismo, que la censura previa del libro del señor Martorell viola una prohibición explícita del artículo 13.2 de la Convención. El artículo 13.2 contiene una clara e intencional distinción entre la censura previa y la subsiguiente imposición de responsabilidad. La primera, en la opinión de los peticionarios, está expresamente prohibida, mientras que la segunda sólo se permite cuando es necesaria para

asegurar el respeto de los derechos y la reputación de otros.

41. Considerando que la libertad de expresión es un derecho fundamental, la Convención prohíbe absolutamente cualquier recurso de censura previa como medio de proteger el derecho al honor y establece que la imposición subsiguiente de responsabilidades constituye la única forma adecuada y aceptable de evitar abusos en el ejercicio de la libertad de expresión.

B. Del Gobierno

42. El Gobierno de Chile señala que el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor y la dignidad es un tema difícil. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual Chile es parte, establece que la libertad de expresión (aunque no de opinión) puede estar sujeta a ciertas restricciones, las cuales deben estar contempladas en la ley, cuando sean necesarias para asegurar el respeto de los derechos y la reputación de otros.

43. El artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que:

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

44. La Convención también reconoce en el artículo 11 la protección del derecho a la honra y la dignidad personal, concluyendo en el párrafo 3 que:

Toda persona tiene el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

45. Además, el Gobierno sostiene que está sujeto a obligaciones diferentes y contradictorias en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por una parte, y en la

Convención Americana, por la otra. Según el Gobierno, existe una diferencia fundamental entre las obligaciones que establece el Pacto y las que prevé la Convención Americana, y el Estado de Chile debe respetar ambos instrumentos. La Convención, cuando establece que este derecho sólo estará sujeto a la imposición subsiguiente de responsabilidad es menos amplia que el Pacto, que acepta las restricciones contempladas en la ley para proteger los derechos y la reputación de otros. El Pacto distingue entre la libertad de expresión y el derecho a la libertad de opinión. La primera puede estar sujeta a varias restricciones, mientras que el segundo constituye un derecho absoluto.

46. La acción tomada contra la publicación y la circulación del libro titulado “Impunidad diplomática” no afectó, según el Gobierno, la libertad de opinión del autor, ya que su contenido no expresaba opiniones o pensamientos del autor sino sólo material difamatorio y ofensivo sobre la vida privada de varias personas.

47. El Gobierno también hace referencia al artículo 25, que establece el derecho a un simple y oportuno recurso para la protección de los derechos garantizados por la Convención. Según el Gobierno, esta disposición establece que el recurso sea adecuado para garantizar los derechos protegidos en la Convención incluso antes de que haya ocurrido una violación, siempre y cuando un derecho esté en peligro inminente de ser violado. Tal es la petición de protección aplicada en este caso.

48. Según el Gobierno, la legislación chilena establece un equilibrio armónico entre el derecho a la honra y la privacidad y la libertad de expresión. Si bien la censura previa es inaceptable y contraria al gobierno democrático, ello no significa que no pueda aplicarse en ciertos casos excepcionales previstos por la ley.

49. En Chile existe una división absoluta entre los poderes

ejecutivo y judicial. En el presente caso, el Gobierno no tomó acción alguna contra el libro. El fallo en cuestión fue una decisión independiente de los tribunales basada en la legislación chilena. En opinión del Gobierno chileno no puede considerarse que una decisión independiente adoptada por el poder judicial, que admite un recurso prescrito por la Constitución, constituya violación de un derecho humano.

50. En cuanto a la imposición subsiguiente de responsabilidad, a pesar de los numerosos recursos presentados ante los tribunales chilenos, ello ha sido hasta ahora imposible debido a que el acusado se ha negado a someterse a la jurisdicción de los tribunales chilenos. Además, en opinión del Gobierno de Chile, el peticionario no puede exigir su derecho de libertad de expresión mientras se rehuse a aceptar las decisiones de los tribunales chilenos en los casos presentados contra él por los hechos alegados en el libro en cuestión.

V. ANÁLISIS

51. El Gobierno de Chile no controvierte ninguno de los hechos alegados en la denuncia. Cuestiona, en cambio, lo siguiente:

- en primer lugar, si las decisiones de los tribunales chilenos de prohibir la entrada, circulación y distribución del libro titulado “Impunidad diplomática” en Chile constituye una violación de los derechos protegidos en el artículo 13 de la Convención;
- en segundo lugar, si la violación de ese derecho podría justificarse, como pretende el Gobierno, en razón de la violación de otro derecho como es la protección de la honra y dignidad que reconoce el artículo 11 de la Convención y, por último,
- si el señor Martorell por su conducta estaría impedido de reclamar a la Comisión que se le garantice el goce del

derecho que pretende.

52. A continuación se analizan cada uno de los planteamientos del Gobierno de Chile.

1. El derecho a publicar, circular y distribuir un libro sin censura previa

El artículo 13 de la Convención declara que:

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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar

contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

53. El artículo 13 de la Convención engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones. La Corte Interamericana ha declarado lo siguiente sobre este tema:

...cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que se evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás³.

54. En la misma Opinión la Corte consideró, además, que los dos aspectos de la libertad de expresión deben garantizarse simultáneamente⁴.

55. La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y

3 Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 70.

4 *Ibid.*, párr. 33.

estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones. El principio estipulado en ese artículo es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los “espectáculos públicos” para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente por la ley y sólo puede imponerse en la medida necesaria para asegurar: a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

56. La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.

57. El carácter fundamental del derecho de libertad de expresión fue subrayado por la Corte cuando declaró que:

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia,

5 *Ibid.*, párr. 70.

puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre⁵.

58. El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban.

59. En virtud de los razonamientos expuestos la Comisión considera que la decisión de prohibir la entrada, la circulación y la distribución del libro “Impunidad diplomática”, en Chile, infringe el derecho a difundir “informaciones e ideas de toda índole” que Chile está obligado a respetar como Estado Parte en la Convención Americana. Dicho en otros términos, tal decisión constituye una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el artículo 13 de la Convención.

2. Los derechos a la privacidad, la honra y la dignidad

60. Corresponde analizar a continuación el segundo asunto presentado por el Gobierno de Chile en este caso: la obligación de proteger el derecho a la honra y la dignidad y su posible conflicto con el derecho a la libertad de expresión.

61. El Gobierno de Chile ha señalado que los derechos a la honra y la dignidad con frecuencia están en conflicto con la libertad de expresión, y que el Estado debe procurar equilibrar estos derechos con las garantías inherentes en la libertad de expresión y, por último, que un derecho puede ser sacrificado en virtud de otro derecho considerado más importante.

62. La Convención Americana reconoce que pueden existir

limitaciones cuando los distintos derechos protegidos en la misma se hallan en conflicto. Además, el texto del artículo 13 reconoce que el derecho a la libertad de expresión está sujeto a restricciones con el fin de asegurar el “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

63. A juicio del Gobierno de Chile y también de los tribunales chilenos que decidieron este asunto, en caso de conflicto entre las normas del artículo 11 relativas a la protección de la honra y de la dignidad y las del artículo 13 que reconocen la libertad de expresión, deben prevalecer las primeras.

64. Por su parte, los peticionarios ha sostenido que no ha aportado prueba alguna con referencia a la alegada violación del derecho a la honra y a la dignidad porque ese tema estaba en discusión no en estas actuaciones sino en los tribunales chilenos y que, por consiguiente, a la Comisión no le correspondía pronunciarse al respecto.

65. La Convención Americana reconoce y protege el derecho a la privacidad, la honra y la dignidad en el artículo 11. Este artículo reconoce la importancia del honor y la dignidad individuales al establecer la obligación de respetar esos derechos; que estos derechos deben estar libres de interferencias arbitrarias o abusivas o ataques abusivos, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques.

66. Además, los artículos 1 y 2 de la Convención establecen la obligación de asegurar los derechos protegidos por la Convención, y requieren que los Estados partes adopten “las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos (reconocidos en la Convención) y libertades”. En consecuencia, todos los Estados Parte en la Convención tienen la obligación de asegurar que estos derechos sean adecuada y efectivamente protegidos por sus ordenamientos jurídicos internos.

67. De acuerdo con la Convención, el Estado de Chile tiene una obligación positiva de proteger a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción de las violaciones del derecho a la privacidad y, cuando ese derecho fuese violado, proporcionar soluciones prontas, efectivas y adecuadas para reparar cualquier perjuicio derivado de una violación de ese derecho.

68. En el presente caso se alega que el contenido del libro titulado “Impunidad diplomática” afectó la honra de algunas personas y que, bajo el pretexto de describir las circunstancias que condujeron a la partida de Chile del Embajador argentino, se realizaron ciertos ataques no relacionados contra individuos privados. Según el Gobierno, estos ataques fueron calificados de una gravedad tal, que sólo la total prohibición del libro podía considerarse una solución efectiva y adecuada para proteger el derecho a la privacidad y la honra de las víctimas.

69. La Comisión considera que no le corresponde examinar el contenido del libro en cuestión ni la conducta del señor Martorell porque carece de competencia para pronunciarse al respecto, y porque el derecho a la honra está debidamente protegido en la legislación chilena. Además, las personas que se consideren lesionadas en su honra y su dignidad cuentan, como surge de lo actuado en el presente caso, con recursos adecuados en los tribunales de justicia chilenos para dirimir esa cuestión.

70. Por tal motivo la Comisión no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión.

El artículo 29, establece que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona,

suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Por su parte, el artículo 32, párrafo 2 dispone:

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en esa sociedad democrática.

71. La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger⁶.

72. En el mismo sentido, las disposiciones del artículo 11 no pueden interpretarse, por los órganos del Estado de tal forma que resulten en una violación del artículo 13 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa. En el escrito de respuesta a la denuncia de los peticionarios, el Gobierno de Chile sostuvo que:

En la especie no se ha impedido la publicación de ninguna opinión, pensamiento o idea, y solamente se ha buscado proteger la honra de las personas, como lo autorizan –más precisamente, lo ordenan– tanto la Convención, el Pacto y la Constitución Chilena, todas en esta materia en perfecta armonía.

73. La Comisión no está de acuerdo con ese argumento porque la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell implica dejar

6 En un caso similar la Corte Europea consideró que “no enfrentaba una elección entre dos principios conflictivos, sino un principio de libertad de expresión que está sujeto a algunas excepciones que deben interpretarse en sentido estricto”. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Sunday Times*, Sentencia del 26 de abril de 1979, Serie A N° 30, párr. 65.

al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

74. Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana –y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia– los Estados Parte tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

75. El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención, a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13, lo que lleva a considerar el tercer punto en cuestión.

3. Responsabilidades ulteriores de quien vulnera el derecho a la honra

76. El apoderado del señor Martorell, según consta en el expediente, en su defensa ante los tribunales chilenos afirmó que:

...si eventualmente se estableciera, en un juicio legalmente afinado, la existencia de abuso o delito en el ejercicio de esta garantía constitucional, deberá responder de ello en su oportunidad. El medio idóneo previsto en nuestra legislación, con tal fin, es la presentación de la denuncia o querrela ante la justicia del crimen.

77. Al respecto, el Gobierno de Chile, en el capítulo VII, último párrafo, del escrito de respuesta, expresa lo siguiente:

Si la Comisión estima que el Estado de Chile, a través de la resolución de sus tribunales, ha violado la Convención, al menos debiera exigir que el peticionario se presente a asumir las responsabilidades que la misma Convención le exige, y que tan ostentosa-

mente anunció en su petición.

78. En todo caso, habiéndose acreditado en la audiencia celebrada el día 2 de mayo de 1996, que el señor Martorell ha sido condenado penal y civilmente, y ha aceptado regresar a Chile a efecto de notificarse de la sentencia, la cuestión planteada por el Gobierno chileno ante la Comisión con referencia a las

7 Corresponde señalar que el criterio de la Comisión en este tema debe ser interpretado a la luz de lo expuesto por la misma en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina, donde estableció:

Por otra parte, no compete a la Comisión sustituir al Estado en la investigación y sanción de los actos de violación cometidos por particulares. En cambio, sí le corresponde proteger a las personas cuyos derechos han sido lesionados por los agentes u órganos del Estado. La razón que, en definitiva, explica la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como el caso de la CIDH, obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por tales agentes u órganos estatales. [Véase Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina (OAS/Ser.L/VII.49), doc. 19, 11 de abril 1980, página 29].

En el mismo sentido se pronunció la Comisión en la audiencia pública sobre excepciones preliminares celebrada el 16 de junio de 1987 en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Juez *ad hoc* Rigoberto Espinal Irías preguntó a la Comisión si podría existir, con referencia a ese caso, “alguna relación o vínculo posible entre la violación de derechos humanos y la llamada teoría de la Manos Limpias (*clean hands*) reconocida en el derecho internacional”. Al responder a la pregunta del Juez *ad hoc*, la Comisión sostuvo lo siguiente:

La respuesta es obviamente no. La Comisión protege seres humanos con entera prescindencia de su ideología, su comportamiento. Hay derechos que son fundamentales de toda persona. El derecho a la vida es el más importante de ellos. Cualquiera que sea la ideología, cualquiera que sea la conducta, cualquiera que sea, si una persona no tiene *clean hands* por supuesto lo que cabe al Estado es seguir un proceso regular contra ella. Pero no cabe, bajo modo alguno, que un país pueda ejecutarlo y a través de un método tan perverso como es su desaparición. De modo alguno, bajo este respecto podría aceptarse. No hay ciudadanos de primera y segunda en la protección diplomática, Su Señoría. Nunca la Comisión ha preguntado ideología o el por qué, nunca... y nunca lo va a hacer. [Respuesta del Dr. Edmundo Vargas Carreño, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Serie D: Memorias, Argumentos Orales y Documentos, página 182].

responsabilidad ulteriores del señor Martorell ha perdido vigencia y, por consiguiente, la CIDH estima que no le corresponde pronunciarse al respecto⁷.

VI. TRAMITACIÓN DEL INFORME 20/95

79. En el curso de su 90° Período de Sesiones, celebrado en septiembre de 1995, la Comisión adoptó el Informe 20/95 con referencia a este caso. El Informe concluye que el Estado violó, en este caso, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

80. El 6 de octubre de 1995 la Comisión remitió el Informe al Ilustrado Gobierno de Chile y le solicitó a éste que, en un plazo de tres meses a partir de esa fecha, “se sirva informar a la Comisión sobre las medidas adoptadas para solucionar la situación denunciada”.

81. Mediante nota N° 003/96 de 5 de enero de 1996 el Gobierno de Chile solicitó una prórroga de treinta días para dar respuesta al Informe.

82. En su respuesta de 1° de febrero de 1996, sobre las medidas adoptadas en relación al Informe 20/95 relativo al Caso N° 11.230, el Gobierno de Chile manifiesta, *inter alia*, que:

Adoptará todas las medidas que estén a su alcance para dar cumplimiento a dicho Informe; que procederá a comunicar oficialmente al Presidente de la Corte Suprema el contenido de dicha resolución para que en el futuro el Poder Judicial del Estado de Chile esté en condiciones de adoptar sus resoluciones sobre esta materia en concordancia con la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Chile es Estado parte; que además, el artículo 25 de la Convención establece el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales frente a violaciones de sus

derechos fundamentales y la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de aquellos tribunales; que efectuado un estudio de la legislación nacional y la correspondencia entre ésta y la Convención Americana y llegado a la conclusión de que existe plena concordancia entre el artículo 29.12, de la Constitución de Chile y 13 de la Convención Americana; y, que en consonancia con el punto 4 del artículo 13 de la Convención Americana.

Sobre los espectáculos públicos que pueden ser sometidos a censura previa para la protección moral de los niños, la Constitución chilena establece en el inciso final del artículo 19.12: "La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica".

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

CONSIDERANDO:

83. Que el Estado de Chile, mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de junio de 1993, que prohibió el ingreso, distribución y circulación del libro "Impunidad diplomática", cuyo autor es el señor Francisco Martorell, ha violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

84. Que la nota de respuesta del Ilustrado Gobierno de Chile al Informe 20/95 no aporta nuevos elementos que permitan desvirtuar los hechos denunciados o que acrediten que se han adoptado medidas adecuadas para solucionar la situación denunciada, y

85. Que en la tramitación del presente caso se han observado, cumplido y agotado todos los trámites legales y reglamentarios establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Reglamento de la Comisión.

CONCLUYE:

86. Recomendar al Estado de Chile que levante la censura que, en violación del artículo 13 de la Convención Americana, pesa con respecto al libro "Impunidad Diplomática".

87. Recomendar asimismo al Estado de Chile que adopte las disposiciones necesarias para que el señor Francisco Martorell pueda ingresar, circular y comercializar en Chile el libro mencionado en el párrafo precedente.

88. Publicar este informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 48 del Reglamento de la Comisión.

VOTO RAZONADO DEL SEÑOR COMISIONADO DR. ALVARO TIRADO MEJÍA

Me permito expresar las razones de mi voto disidente en relación con la decisión tomada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, durante la sesión del 3 de mayo de 1996, en lo que tiene que ver con el caso 11.230, sobre Chile.

Considero que al momento de tomar dicha determinación, la Comisión no estaba facultada para hacerlo, por lo siguiente:

- a. Durante el 90° período de sesiones, el 14 de septiembre de 1995, la Comisión aprobó el informe, de acuerdo con el artículo 50 de la Convención Americana, y su envío al Gobierno de Chile.
- b. Durante el 91° Período de Sesiones celebrado en Washington, el 1° de marzo de 1996, la Comisión aprobó el informe definitivo y su publicación en el Informe Anual de 1996. Así se procedió por la Secretaría y el Informe 11.230 se incluyó en las páginas 79 a 95 del Informe Anual.

- c. El 19 de marzo de 1996 la Comisión, por medio de una nota de la Secretaría, le informó al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, señor José Miguel Insulza, que “La Comisión ha dado su aprobación final a dicho Informe y ordenado su publicación”. Asimismo, le envió copia de la providencia.
- d. El día 28 de marzo de 1996, la Secretaría de la Comisión notificó a los apoderados del peticionario, señores José Miguel Vivanco, Juan Méndez y Viviana Kristicevic, Human Rights Watch/Americas y CEJIL, que la Comisión “...ha adoptado el informe definitivo No. 11/96 sobre el caso arriba citado, correspondiente al señor Francisco Martorell”, y adjuntó copia del informe.
- e. El día 29 de marzo de 1996, los apoderados del peticionario enviaron una comunicación a la Secretaría de la Comisión, acusando recibo del informe y solicitando que se dispusiera la suspensión de la publicación por considerar que existían “graves errores en la exposición de los hechos”, los cuales fueron relacionados en un escrito enviado a la Comisión el 27 de marzo como “información reciente”.
- f. El día 1° de abril de 1996, la Comisión celebró una reunión telefónica en la que se decidió posponer la publicación del informe. En el transcurso de la discusión, expresé mis reservas sobre la competencia de la Comisión para modificar lo ya resuelto y notificado y sobre la conveniencia de hacerlo.
- g. En la sesión del 3 de mayo de 1996, la Comisión aprobó un informe sobre el caso, con un nuevo texto, diferente al aprobado el 1° de marzo del mismo año.

Tal como lo expresé ante la Comisión, y ahora lo reitero en este escrito aclaratorio, mi voto disidente se debe a que consi-

dero que la Comisión no tenía competencia para modificar una providencia discutida y aprobada por unanimidad, cuya publicación había sido ordenada y cuando se había surtido la notificación a las partes. Dicho proceder no encuentra asidero en la Convención Americana, es contrario a la seguridad jurídica que requiere el sistema y que las partes necesitan como garantía, y se podría convertir en un mal precedente.

Por considerar inválida la nueva providencia, no entro en planteamientos respecto a los cambios que se produjeron en ésta, a los hechos y a las consideraciones que se dejaron de consignar, ni a si los hechos enunciados como nuevos fueron o no probados.

De la misma manera, tal como lo manifesté durante las deliberaciones y al consignar mi voto disidente, éste no implica que me aparte de la posición que tomé con todos los demás miembros de la Comisión al aprobar el Informe el 1° de marzo de 1996, en el sentido de que el Estado de Chile, por la decisión del Poder Judicial, violó el artículo 13 de la Convención Americana, al prohibir el ingreso, distribución y circulación de un libro.

COMUNICACIÓN DEL GOBIERNO DE CHILE

Con fecha 24 de marzo de 1997 el Presidente de la Comisión recibió la comunicación del Vice-Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, señor Mariano Fernández Amunátegui, cuyo texto se transcribe a continuación:

Me refiero a los Informes de fechas 1 de marzo de 1996 (OEA/SER/L/V/II.91 Doc. 24) y 3 de mayo de 1996 (OEA/SER/L/V/II.91 Doc. 24 rev. 1), ambos numerados como 11/96, y que fueron adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus 91° Período Ordinario de Sesiones y 92° Período Extraordinario de Sesiones, respectivamente, en relación al caso 11.230, cuyo peticionario es el señor Francisco Martorell, y que tanto el uno como el otro fueron notificados al Gobierno de Chile como el informe final

y definitivo de la Comisión en ese caso.

En virtud del primer informe antes mencionado, la Comisión unánimemente –con excepción del Comisionado señor Claudio Grossman, quien por razones reglamentarias debió abstenerse de participar y votar–, llegó a la conclusión de que el Estado de Chile, por la decisión de su Corte Suprema de Justicia, en orden a prohibir el ingreso, distribución y circulación del libro “Impunidad Diplomática”, cuyo autor es el señor Francisco Martorell, había violado el artículo 13 del tratado antes aludido.

Sin embargo, en ese primer informe, la misma Comisión afirmó que el peticionario señor Martorell había eludido las responsabilidades ulteriores que se derivaban de la publicación de su libro, señalando que no estaba en condiciones de adoptar en su favor medidas que tendieran a protegerlo del derecho conculcado, toda vez que no podía “avaluar la conducta del señor Martorell”, agregando luego que:

...Toda la estructura y aún la ideología subyacente en la Convención –cuya tutela ha sido confiada a la Comisión– descansa en el supuesto de que todos los derechos que ella establece pueden ejercerse sin menoscabo de otros. En la situación que se analiza, tal como ya ha sido expresado, la contrapartida del derecho que le asiste al señor Martorell para publicar, circular y distribuir en Chile sin censura previa su libro, es que pueda responder, ante la justicia chilena, de los abusos cometidos en contra de los derechos a la reputación de otras personas. Si esa responsabilidad que prescribe el artículo 13 de la Convención se pudiese eludir por quien está reclamando el ejercicio de un derecho, todo el equilibrio que ha organizado la Convención se alteraría...

Hasta la dictación del Informe 11/96, del 1 de marzo de 1996, las normas procesales contempladas en la Convención, particularmente los artículos 50 y 51, se habían cumplido rigurosamente, por lo que el Gobierno de Chile todavía sigue considerando a ese informe como el único válido y respecto del cual se encuentra jurídicamente vinculado.

Empero, la Comisión en una reunión extraordinaria, con fecha 3 de mayo de 1996, aprobó –no en forma unánime, ya que hubo un voto disidente del Comisionado señor Alvaro Tirado Mejía– un nuevo informe, de contenido diverso al aprobado el 1 de marzo. En ese informe, se omitió toda referencia a la responsabilidad ulterior que le cabía al señor Martorell, y que constituye –conviene tener presente también– una exigencia del artículo 13 del Pacto de San José.

En suma, sin que disposición alguna de la Convención justifique la elaboración de un nuevo informe, la CIDH adoptó un texto que resulta ser sustancialmente distinto al que había notificado como definitivo al Gobierno de Chile. Es evidente que a la luz de las correspondientes normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión carece de competencia para proceder de esa manera.

A mayor abundamiento, la decisión anteriormente expuesta introdujo en la tramitación de las comunicaciones individuales ante la CIDH, un elemento de incertidumbre y un preocupante factor de inseguridad jurídica.

El voto disidente del Comisionado Tirado, quien manifestó su disconformidad con la actuación de la Comisión, en razón de que ésta “...no tenía competencia para modificar una providencia discutida y aprobada por unanimidad...”, y porque tal proceder además “...no encuentra asidero en la Convención Americana, es contrario a la seguridad jurídica que requiere el sistema y que las partes necesitan como garantía, y se podría convertir en un mal precedente...”, resume apropiadamente las aprensiones del Gobierno de Chile.

Atendida la necesidad de clarificar y definir la validez del procedimiento aplicado por la CIDH en el caso en comento, el Gobierno de Chile decidió recabar el parecer jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular, consultándole concretamente si la Comisión está facultada, una vez que en relación a un Estado ha adoptado los dos informes contemplados en los artículos 50 y 51 de la Convención y que respecto al último de esos informes ha notificado al Estado correspondiente que se trataba de un infor-

me definitivo, para modificar sustancialmente los dos anteriores y emitir un tercero.

Si bien la solicitud de opinión consultiva recae sobre un punto jurídico de la mayor importancia práctica, ello no ha impedido algunos comentarios que tienden a desfigurar el alcance y el propósito de la iniciativa adoptada por mi Gobierno. Así se ha señalado que dicha opinión consultiva tenía como objeto desvirtuar la resolución en el “caso Martorell”, o que se pretendía impugnar una recomendación de la Comisión por la vía oblicua del pedido de una opinión consultiva, destinada a cuestionar atribuciones procesales o jurisdiccionales de la Comisión.

Comentarios como los indicados no han percibido la real voluntad que animó al Gobierno al recurrir a la Corte Interamericana, esto es, dilucidar una eventual diferencia que podría existir entre el Gobierno de Chile y la Comisión en cuanto a cuál de los dos informes a que se ha hecho referencia prevalece.

Sin embargo, un examen más detenido del asunto ha llevado a la convicción de mi Gobierno de que no existiría tal diferencia. En efecto, en cuanto al fondo, el Gobierno de Chile no ha tenido divergencia alguna con la Comisión, toda vez que como lo hemos manifestado en reiteradas ocasiones, en Chile existe una amplia libertad de expresión y opinión, la que está consagrada en nuestra Carta Fundamental en los mismos términos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esos criterios en cuanto a la extensión de la libertad de expresión y opinión han sido también recogidos por la Asamblea General de la OEA, la que mediante la Resolución AG/RES. 1331 (XXV-O/95), que Chile votó favorablemente –al igual que todos los Estados miembros de la Organización–, dispuso en su párrafo resolutivo 15:

...Reiterar la plena vigencia que en toda sociedad democrática tiene la libertad de expresión, la que no debe estar sujeta a censura previa sino a responsabilidades ulteriores que surjan por los abusos de tal libertad, de acuerdo con las leyes internas que los Estados miembros legítimamente hayan establecido para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los

demás, o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública...

En cuanto a los aspectos procesales envueltos en la especie, tal como se señaló anteriormente, para el Gobierno de Chile es sólo el informe del 1 de marzo de 1996 el único que puede tener vigencia, por lo que continuará ajustando su conducta a los términos del referido informe. Como lo expresara en mi carta de fecha 1 de febrero de 1996, dirigida a la Comisión en relación a este caso, el Gobierno de Chile junto con reiterar la relevancia que le reconoce al sistema interamericano de derechos humanos, adoptará todas las medidas que estén a su alcance para dar cumplimiento al mencionado informe.

A la luz de lo anterior, no parece conveniente ni necesario al Gobierno de Chile persistir en un debate con esa Comisión respecto a este asunto que ha dado origen a interpretaciones equivocadas o inconvenientes, especialmente cuando es un decidido propósito de mi Gobierno continuar teniendo las más fructíferas relaciones de cooperación con la Comisión, que permitan mediante el diálogo, tanto bilateral como el establecido a través de los canales multilaterales que en la actualidad se han diseñado para fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos, superar situaciones como las acaecidas en este caso y evitar que éstas puedan repetirse en el futuro.

Por las consideraciones precedentemente expuestas, es que el Gobierno de Chile viene en comunicar a la Comisión que Vuestra Excelencia preside, su decisión de retirar la solicitud de opinión consultiva incoada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se permite, en consecuencia, solicitar que la presente Nota sea publicada junto con el informe recaído en torno al caso 11.230.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85
DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985

LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA
DE PERIODISTAS
(ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS)

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

ORGANIZACIÓN DE LOS
ESTADOS AMERICANOS

CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

Serie A: Fallos y Opiniones
No. 5

OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85
DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1985

LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS
(ARTS. 13 Y 29 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS)

SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA

Estuvieron presentes,

Thomas Buergenthal, Presidente
Rafael Nieto Navia, Vicepresidente
Huntley Eugene Munroe, Juez
Máximo Cisneros, Juez
Rodolfo E. Piza E., Juez
Pedro Nikken, Juez

Estuvieron, además, presentes:

Charles Moyer, Secretario, y
Manuel Ventura, Secretario Adjunto

LA CORTE

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. El Gobierno de Costa Rica (en adelante “el Gobierno”), mediante comunicación del 8 de julio de 1985, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”), una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica (en adelante “la Ley No. 4420” y “Colegio de Periodistas”, respectivamente) con las disposiciones de los mencionados artículos. Según declaración expresa del Gobierno, esta solicitud de opinión ha sido formulada en cumplimiento de un compromiso adquirido con la Sociedad Interamericana de Prensa (en adelante “la SIP”).

2. Mediante nota de fecha 12 de julio de 1985, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Corte, la Secretaría solicitó observaciones escritas sobre los temas implicados en la presente consulta a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA.

3. La Corte, mediante nota de 10 de setiembre de 1985, amplió el plazo hasta el 25 de octubre de 1985 para recibir observaciones escritas u otros documentos relevantes.

4. Las comunicaciones de la Secretaría fueron respondidas por el Gobierno de Costa Rica, por la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) y por el Comité Jurídico Interamericano.

5. Asimismo, las siguientes organizaciones no gubernamentales ofrecieron sus puntos de vista sobre la consulta como *amici curiae*: la Sociedad Interamericana de Prensa; el Colegio de Periodistas de Costa Rica, el World Press Freedom Committee, el International Press Institute, el Newspaper Guild y la International Association of Broadcasting; la American Newspaper Publishers Association, la American Society of Newspaper Editors y la Associated Press; la Federación Latinoamericana de Periodistas, la International League for Human Rights; y el Lawyers Committee for Human Rights, el Americas Watch Committee y el Committee to Protect Journalists.

6. En virtud de que la consulta combina cuestiones que deben responderse tanto de acuerdo con el artículo 64.1 como con el artículo 64.2 de la Convención, la Corte resolvió separar ambos procedimientos, dado que, mientras el primero interesa a todos los Estados Miembros y órganos principales de la OEA, el segundo involucra aspectos legales relacionados especialmente con la República de Costa Rica.

7. Se celebró una primera audiencia pública el jueves 5 de setiembre de 1985, en aplicación de las disposiciones del artículo 64.2 de la Convención, con el fin de que la Corte, reunida en su Decimotercer Período Ordinario de Sesiones (2-6 de setiembre), escuchara las opiniones de los representantes del Gobierno, del Colegio de Periodistas y de la SIP que concurrieron previa consulta y con el consentimiento del Gobierno, sobre la compatibilidad entre la Ley No. 4420 y los artículos 13 y 29 de la Convención.

8. En esta audiencia pública fueron hechas a la Corte manifestaciones orales por los siguientes representantes:

Por el Gobierno de Costa Rica:

Lic. Carlos José Gutiérrez, Agente y Ministro de Relaciones Exteriores y Culto,

Lic. Manuel Freer Jiménez, Agente Suplente y Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores

Por el Colegio de Periodistas de Costa Rica:

Lic. Carlos Mora, Presidente,

Licda. Alfonsina de Chavarría, Asesora Legal

Por la Sociedad Interamericana de Prensa:

Dr. Germán Ornes, Presidente Comisión Jurídica

Lic. Fernando Guier Esquivel, Asesor Legal,

Dr. Leonard Marks, Abogado.

9. El día viernes 8 de noviembre de 1985 se celebró una segunda audiencia pública, en aplicación de las disposiciones del artículo 64.1 de la Convención. En esta ocasión, la Corte, reunida en su Cuarto Período Extraordinario de Sesiones (4-14 de noviembre), escuchó las opiniones de los representantes del Gobierno y de los delegados de la Comisión acerca de la pregunta general de la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas.

10. Comparecieron a esta audiencia pública los siguientes representantes:

Por el Gobierno de Costa Rica:

Lic. Carlos José Gutiérrez, Agente y Ministro de Relaciones Exteriores y Culto,

Lic. Manuel Freer Jiménez, Agente Suplente y Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Delegado,

Dr. R. Bruce McColm, Delegado.

I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

11. En su solicitud el Gobierno pidió a la Corte, con base en el artículo 64 de la Convención, una opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la misma en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y también acerca de la compatibilidad de la Ley No. 4420, que establece la colegiación obligatoria de sus miembros para ejercer el periodismo, con las disposiciones de los mencionados artículos. En los términos de dicha comunicación se plantea:

la consulta que se formula a la CORTE INTERAMERICANA comprende además y en forma concreta, requerimiento de opinión consultiva sobre si existe o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general y, en especial del reportero —según los artículos ya citados de la Ley No. 4420— y las normas internacionales 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En ese aspecto, es necesario conocer el criterio de la CORTE INTERAMERICANA, respecto al alcance y cobertura del derecho de libertad de expresión del pensamiento y de información y las únicas limitaciones permisibles conforme a los artículos 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA, con indicación en su caso de si hay o no congruencia entre las normas internas contenidas en la Ley Orgánica del Colegio de

Periodistas ya referidas (Ley No. 4420) y los artículos 13 y 29 internacionales precitados.

¿Está permitida o comprendida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero, entre las restricciones o limitaciones que autorizan los artículos 13 y 29 de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS? ¿Existe o no compatibilidad, pugna o incongruencia entre aquellas normas internas y los artículos citados de la CONVENCIÓN AMERICANA?

12. Las presentaciones, tanto escritas como orales, del propio Gobierno y de los demás participantes en el procedimiento mostraron claramente que el problema fundamental implicado en la consulta no es que la Corte defina en abstracto la extensión y limitaciones permisibles a la libertad de expresión, sino que las determine, en aplicación del artículo 64.1 de la Convención, respecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, considerada en general, e igualmente que dictamine sobre la compatibilidad entre la Ley No. 4420, que establece dicha colegiación obligatoria en Costa Rica, y la Convención, en aplicación del artículo 64.2 de la misma.

13. Esta solicitud se originó en una petición que le presentó la SIP al Gobierno para que formulara la consulta,

toda vez que existen serias dudas en Costa Rica y en todo el continente sobre la colegiatura obligatoria de periodistas y reporteros y se han emitido opiniones contrapuestas respecto a la legalidad —al tenor de las normas de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS— de ese instituto de la licencia previa.

14. El Gobierno accedió a plantear la consulta porque según la Convención la SIP no está legitimada para hacerlo. De acuerdo con lo que dispone el artículo 64 de la Convención, pueden hacerlo únicamente los Estados Miembros de la OEA y los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización reformada por el Protocolo de Buenos Aires de

1967, en lo que les compete. El Gobierno mencionó el hecho de que existen leyes similares en otros 10 países americanos, por lo menos.

15. Sin embargo, el Gobierno claramente manifestó en la solicitud respectiva su criterio adverso al de la SIP y dejó constancia de que está plenamente de acuerdo con la Resolución No. 17/84 de la Comisión que declaró:

que la Ley No. 4420 de 18 de setiembre de 1969 Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, así como las normas que la reglamentan y la sentencia dictada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica de 3 de junio de 1983 por la que se condenó al señor STEPHEN SCHMIDT a TRES MESES DE PRISIÓN por ejercicio ilegal de la profesión de periodista, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Resolución No. 17/84 Caso No. 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984).

II ADMISIBILIDAD

16. Como ya se ha observado, la competencia consultiva de la Corte ha sido invocada respecto del artículo 64.1 de la Convención, por lo que toca a la cuestión general, y del artículo 64.2, en lo referente a la compatibilidad entre la Ley No. 4420 y la Convención. Como Costa Rica es miembro de la OEA, está legitimada para solicitar opiniones consultivas según cualquiera de las dos disposiciones mencionadas y no hay ninguna razón jurídica que impida que ambas sean invocadas para fundamentar una misma solicitud. En consecuencia, desde ese punto de vista, la petición de Costa Rica es admisible.

17. Cabe entonces preguntarse si la parte de la solicitud de Costa Rica que se refiere a la compatibilidad entre la Ley No. 4420 y la Convención es inadmisibles dado que esa materia fue considerada en un procedimiento ante la Comisión (*Caso*

Schmidt, supra 15), al cual el Gobierno hizo expresa referencia en su solicitud.

18. Según el sistema de protección establecido por la Convención, la presente solicitud y el caso Schmidt son dos procedimientos legales enteramente diferentes, aun cuando en este último se hayan considerado algunos de los aspectos sometidos a la Corte en la presente opinión consultiva.

19. El caso Schmidt se originó en una petición individual presentada ante la Comisión de acuerdo con el artículo 44 de la Convención. En ella el señor Schmidt acusó a Costa Rica de violar el artículo 13 de la Convención. Esa infracción habría sido el resultado de una condena que se impuso al denunciante en Costa Rica por haber violado las disposiciones de la Ley No. 4420. Después de considerar la petición admisible, la Comisión la examinó de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 48 de la Convención y, en su debido momento, aprobó una resolución en la cual concluyó que la Ley No. 4420 no violaba la Convención y que la condena al señor Schmidt no violaba el artículo 13 (*Caso Schmidt, supra* 15).

20. Costa Rica ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte (art. 62 de la Convención) pero ni el Gobierno ni la Comisión ejercieron su derecho de someterle el caso, el cual llegó a su término sin que el peticionario tuviera la posibilidad de que su queja fuera considerada por la Corte. Este resultado, sin embargo, no despojó al Gobierno del derecho de solicitar a la Corte una opinión consultiva, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 64 de la Convención, sobre ciertas cuestiones legales, aunque algunas de ellas coincidan con las implicadas en el caso Schmidt.

21. La Corte anteriormente sostuvo que

la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo

al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. (*Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. no.43).

Sin embargo, la Corte también ha reconocido que su competencia consultiva es permisiva y que consideraría inadmisibles

toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. (*Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. no. 31).

22. No escapa a la Corte que un Estado contra el cual se ha entablado un proceso ante la Comisión podría preferir que la denuncia no fuera resuelta por la Corte en uso de su competencia contenciosa para evadir así el efecto de sus sentencias que son obligatorias, definitivas y ejecutables según los artículos 63, 67 y 68 de la Convención. Frente a una resolución de la Comisión en que se concluya que ha habido violación de la Convención, el Estado afectado podría intentar el recurso a una opinión consultiva como medio para objetar la legalidad de esas conclusiones de la Comisión sin arriesgarse a las consecuencias de una sentencia. Dado que la opinión consultiva de la Corte carecería de los efectos de esta última, podría considerarse que una estrategia como esa menoscabaría “los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos” y que “desvirtuar(ía) la jurisdicción contenciosa de la Corte”.

23. El que una solicitud de opinión consultiva tenga o no estas consecuencias dependerá de las circunstancias del caso

particular (“*Otros tratados*”, *supra* 21, párr. no. 31). En el presente asunto, resulta claro que el Gobierno ganó el caso Schmidt ante la Comisión. En consecuencia, al solicitar una opinión consultiva sobre la ley que, según la Comisión, no viola la Convención, Costa Rica no obtiene ninguna ventaja legal. En verdad, la iniciativa de Costa Rica de solicitar esta opinión consultiva después de haber ganado el caso ante la Comisión enaltece su posición moral y no hay, en tales condiciones, razón que justifique desestimar la solicitud.

24. La Corte considera, por otra parte, que el hecho de que Costa Rica no le haya sometido el caso Schmidt como contencioso no hace inadmisibles las solicitudes de opinión consultiva. Costa Rica fue el primer Estado Parte en la Convención en aceptar la competencia contenciosa de la Corte. Por tanto, la Comisión pudo haber sometido el caso Schmidt a la Corte. A pesar de lo expresado por uno de los delegados de la Comisión en la audiencia del 8 de noviembre de 1985, ni el artículo 50 ni el 51 de la Convención requieren que la Comisión haya concluido que ha habido violación de la Convención, para que se pueda referir un caso a la Corte. En consecuencia, difícilmente se podría negar a Costa Rica el derecho de solicitar una opinión consultiva por el solo hecho de no haber ejercido una facultad que corresponde a la Comisión como órgano de la Convención responsable, *inter alia*, de velar por la integridad institucional y por el funcionamiento del sistema de la Convención. (*Asunto Viviana Gallardo y otras*. Resolución del 13 de noviembre de 1981, párrs. nos. 21 y 22).

25. Aunque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aún cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte. El caso *Schmidt* cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que

plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica.

26. Dado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte. En una situación en que la Comisión no haya referido el caso a la Corte y, por esa razón, el delicado equilibrio del sistema de protección establecido en la Convención se ve afectado, la Corte no puede abstenerse de considerar el asunto si éste se le somete por la vía consultiva.

27. Por lo demás, la cuestión de si las resoluciones emitidas por la Comisión de acuerdo con los artículos 50 o 51 pueden o no en determinadas circunstancias poner fin al procedimiento, no tiene relevancia en el asunto sometido a la Corte.

28. No existiendo, en consecuencia, ninguna causa de inadmisibilidad de la solicitud de opinión consultiva introducida por el Gobierno, la Corte la declara admitida.

III LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

29. El artículo 13 de la Convención dice lo siguiente:

Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión

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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El artículo 29 establece las siguientes normas para la interpretación de la Convención:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de

cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

33. Las dos dimensiones mencionadas (*supra* 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas,

se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

34. Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

35. Lo anterior no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención, cuyo artículo 13.2 dispone:

Artículo 13.2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En efecto, la definición por la ley de aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad según el citado artículo,

envuelve una restricción a la libertad de expresión. Es en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión “restricción”.

36. Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención.

37. La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

38. El artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

40. Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (*supra* 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa.

41. Antes de entrar a estudiar los literales a) y b) del artículo 13.2 de la Convención, a la luz de lo que interesa en la presente consulta, la Corte analizará el significado de la expresión “necesarias para asegurar”, empleada en el mismo artículo. Para ello debe considerarse el objeto y el fin del tratado teniendo presentes los criterios de interpretación resultantes de los artículos 29 c) y d) y 32.2 según los cuales

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

...

- 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Igualmente debe tenerse presente lo señalado en el Preámbulo donde los Estados signatarios reafirman “su propósito de consolidar, en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

42. Esas disposiciones representan el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2. Se desprende de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

43. En relación con este punto, la Corte estima que es útil comparar el artículo 13 de la Convención con el artículo 10 de la Convención (Europea) para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “la Convención Europea”) y con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el Pacto”) los cuales rezan:

CONVENCIÓN EUROPEA - ARTÍCULO 10

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

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

PACTO - Artículo 19

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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

44. Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión “necesarias en una sociedad democrática”, mientras que el artículo 13 de la Convención Americana omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Debe enfatizarse, también, que el artículo 29 d) de la Convención Americana prohíbe toda interpretación que conduzca a “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre...”, reconocida como parte del sistema normativo por los Estados Miembros de la OEA en el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión. El artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por su parte, dice lo siguiente:

Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas.

45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del ar-

tículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo “necesari(o) en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, *supra*, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold* judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26).

47. El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable. Es, también, significativo que la norma del artículo 13.3 esté ubicada inmediatamente después de una disposición –el artículo 13.2– que se refiere a las restricciones permisibles al ejercicio de la libertad de expresión. Esa circunstancia sugiere el deseo de asegurar que los términos del artículo 13.2 no fuesen mal interpretados en el sentido de limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión.

48. El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención)... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente “la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”, sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los “controles... particulares” mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.

49. Las disposiciones de los incisos 4 y 5 del artículo 13 no tienen una relación directa con las preguntas hechas a la Corte en la presente solicitud y, en consecuencia, no necesitan ser examinadas en esta ocasión.

50. El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La

comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado del texto original).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

IV POSIBLES INFRACCIONES A LA CONVENCIÓN AMERICANA

53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido.

54. En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada

persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. La Corte considera que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie.

55. La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

57. Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2. Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición.

58. Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al “difundir informaciones e

ideas de toda índole... por cualquier... procedimiento de su elección” invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados, lo que obliga a examinar si sus fundamentos caben dentro de los considerados legítimos por la Convención para determinar si tal restricción es compatible con ella.

59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son “*necesari(os) para asegurar*: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 13.2).

60. La Corte observa que los argumentos alegados para defender la legitimidad de la colegiación obligatoria de los periodistas no se vinculan con todos los conceptos mencionados en el párrafo precedente, sino sólo con algunos de ellos. Se ha señalado, en primer lugar, que la colegiación obligatoria es el modo normal de organizar el ejercicio de las profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen. Así, el Gobierno ha destacado que en Costa Rica

existe una norma de derecho no escrita, de condición estructural y constitutiva, sobre las profesiones, y esa norma puede enunciarse en los siguientes términos: toda profesión deberá organizarse mediante una ley en una corporación pública denominada colegio.

En el mismo sentido la Comisión señaló que

Nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la Ley. La pertenencia a un Colegio o la exigencia de tarjeta para el

ejercicio de la profesión de periodista no implica para nadie restricción a las libertades de pensamiento y expresión sino una reglamentación que compete al Poder Ejecutivo sobre las condiciones de idoneidad de los títulos, así como la inspección sobre su ejercicio como un imperativo de la seguridad social y una garantía de una mejor protección de los derechos humanos (*Caso Schmidt, supra* 15).

El Colegio de Periodistas de Costa Rica destacó igualmente que “este mismo requisito (la colegiación) existe en las leyes orgánicas de todos los colegios profesionales”. Por su parte, la Federación Latinoamericana de Periodistas, en las observaciones que remitió a la Corte como *amicus curiae*, señaló que algunas constituciones latinoamericanas disponen la colegiación obligatoria para las profesiones que señale la ley, en una regla del mismo rango formal que la libertad de expresión.

61. En segundo lugar se ha sostenido que la colegiación obligatoria persigue fines de utilidad colectiva vinculados con la ética y la responsabilidad profesionales. El Gobierno mencionó una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en cuyos términos

es verdad que esos colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros, pero nótese que aparte de ese interés hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiatura obligatoria en algunas profesiones, las que generalmente se denominan liberales, puesto que además del título que asegura una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan estos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus servicios. Todo ello es de interés público y el Estado delega en los colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la profesión.

En otra ocasión el Gobierno dijo:

Otra cosa resulta de lo que podríamos llamar el ejercicio del periodismo como “profesión liberal”. Eso explica que la misma Ley

del Colegio de Periodistas de Costa Rica permita a una persona constituirse en comentarista y aún en columnista permanente y retribuido de un medio de comunicación, sin obligación de pertenecer al Colegio de Periodistas.

El mismo Gobierno ha subrayado que

el ejercicio de ciertas profesiones entraña, no sólo derechos sino deberes frente a la comunidad y el orden social. Tal es la razón que justifica la exigencia de una habilitación especial, regulada por Ley, para el desempeño de algunas profesiones, como la del periodismo.

Dentro de la misma orientación, un delegado de la Comisión, en la audiencia pública de 8 de noviembre de 1985, concluyó que la

colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implican negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente regular su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y la seguridad nacionales. La colegiatura obligatoria busca el control, la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodistas para garantizar la ética, la idoneidad y el mejoramiento social de los periodistas.

En el mismo sentido, el Colegio de Periodistas afirmó que “la sociedad tiene derecho, en aras de la protección del bien común, de regular el ejercicio profesional del periodismo”; e igualmente que “el manejo de este pensamiento ajeno, en su presentación al público requiere del trabajo profesional no solamente capacitado, sino obligado en su responsabilidad y ética profesionales con la sociedad, lo cual tutela el Colegio de Periodistas de Costa Rica”.

62. También se ha argumentado que la colegiación es un medio para garantizar la independencia de los periodistas frente a sus empleadores. El Colegio de Periodistas ha expresado que el rechazo a la colegiación obligatoria

equivaldría a facilitar los objetivos de quienes abren medios de comunicación en América Latina, no para el servicio de la sociedad sino para defender intereses personales y de pequeños grupos de poder. Ellos preferirían continuar con un control absoluto de todo el proceso de comunicación social, incluido el trabajo de personas en función de periodistas, que muestren ser incondicionales a esos mismos intereses.

En el mismo sentido, la Federación Latinoamericana de Periodistas expresó que esa colegiación persigue, *inter alia*,

garantizarle a sus respectivas sociedades el derecho a la libertad de expresión del pensamiento en cuya firme defensa han centrado sus luchas... Y con relación al derecho a la información nuestros gremios han venido enfatizando la necesidad de democratizar el flujo informativo en la relación emisor-receptor para que la ciudadanía tenga acceso y reciba una información veraz y oportuna, lucha esta que ha encontrado su principal trabaje en el egoísmo y ventajismo empresarial de los medios de comunicación social.

63. La Corte, al relacionar los argumentos así expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2 de la Convención, observa que los mismos no envuelven directamente la idea de justificar la colegiación obligatoria de los periodistas como un medio para garantizar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional”, “o la salud o la moral públicas” (art. 13.2); más bien apuntarían a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2.b)) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden

público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público.

65. El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.

66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

69. Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este

sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló:

que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. (“Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, vol. 4, (1961), pág. 138).

También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

71. Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues

está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano.

72. El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere de la legislación similar, aplicable a otras profesiones, no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa...”. La profesión de periodista —lo que hacen los periodistas— implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

73. Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina —es decir, lo que hacen los abogados o los médicos— no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina.

74. Se ha argumentado que la colegiación obligatoria de los periodistas lo que persigue es proteger un oficio remunerado y que no se opone al ejercicio de la libertad de expresión, siempre

que ésta no comporte un pago retributivo, y que, en tal sentido, se refiere a una materia distinta a la contenida en el artículo 13 de la Convención. Este argumento parte de una oposición entre el periodismo profesional y el ejercicio de la libertad de expresión, que la Corte no puede aprobar. Según esto, una cosa sería la libertad de expresión y otra el ejercicio profesional del periodismo, cuestión esta que no es exacta y puede, además, encerrar serios peligros si se lleva hasta sus últimas consecuencias. El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales.

75. Por otra parte, el argumento comentado en el párrafo anterior, no tiene en cuenta que la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Esta circunstancia indica que el fenómeno de si ese derecho se ejerce o no como profesión remunerada, no puede ser considerado como una de aquellas restricciones contempladas por el artículo 13.2 de la Convención porque, sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, esto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información.

76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del

orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

77. Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.

78. Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquéllos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones

adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados.

79. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las “*necesarias para asegurar*” la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea *útil* (*supra* 46) para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser *necesaria*, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.

80. También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes (*supra* 72-75).

81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley

semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.

V COMPATIBILIDAD DE LA LEY NO. 4420 CON LA CONVENCIÓN

82. La segunda parte de la solicitud de consulta se refiere a la compatibilidad de los aspectos relevantes de la Ley No. 4420 con la Convención, los que, para efectos de esta consulta, son los siguientes:

Artículo 2- Integran el Colegio de Periodistas de Costa Rica:

- a) Los Licenciados y Bachilleres en Periodismo, graduados en la Universidad de Costa Rica o en universidades o instituciones equivalentes del extranjero, incorporados a él de acuerdo con las leyes y tratados;
- b) En el caso de comprobar el Colegio que no hay periodistas profesionales colegiados interesados para llenar una plaza vacante determinada, el Colegio podrá autorizar, a solicitud de la empresa periodística, a ocuparla en forma temporal pero en iguales condiciones, mientras algún colegiado se interesa en la plaza, a un estudiante de la Escuela de Periodismo que tenga al menos el primer año aprobado y esté cursando el segundo. Durante el tiempo que un estudiante de periodismo esté autorizada para ocupar una plaza de periodista, está obligado a cumplir con los deberes profesionales, éticos y morales que esa ley estatuye para los colegiados, así como a continuar sus estudios en la Escuela de Periodismo.

Artículo 22- Las funciones propias del periodista, sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio.

Artículo 23- Para los efectos de esta ley, se entenderá que es periodista profesional en ejercicio, el que tiene por ocupación principal, regular o retribuida el ejercicio de su profesión en una publicación diaria o periódica, o en un medio noticioso radio-difundido o televisado, o en una agencia de noticias y que obtiene de ella los principales recursos para su subsistencia.

Artículo 25- Los columnistas y comentaristas permanentes u ocasionales de todo tipo de medios de comunicación, pagados o no, podrán ejercer su función libremente, sin obligatoriedad de ser miembros del Colegio, pero su ámbito de acción estará limitado a esa esfera, sin poder cubrir el campo del reportero, especializado o no.

Para resolver sobre la compatibilidad entre la Ley y la Convención, la Corte deberá aplicar los criterios expuestos en la parte general de esta opinión.

83. La Corte observa que según el artículo 25 de la Ley No. 4420 no se requiere la colegiación para actuar como comentarista o columnista, permanente u ocasional, remunerado o no. Tal disposición ha sido alegada para demostrar que dicha Ley no se opone a la libre circulación de ideas y opiniones. Sin embargo, sin entrar a considerar en detalle el valor de ese alegato, ello no afecta las conclusiones de la Corte respecto de la cuestión general, toda vez que la Convención no garantiza solamente el derecho de buscar, recibir y difundir ideas sino también información de toda índole. La búsqueda y difusión de información no cabe dentro del ejercicio autorizado por el artículo 25 de la Ley No. 4420.

84. Según las disposiciones citadas, la Ley No. 4420 autoriza el ejercicio del periodismo remunerado solamente a quienes sean miembros del Colegio, con algunas excepciones que no tienen entidad suficiente a los efectos del presente análisis. Dicha ley restringe igualmente el acceso al Colegio a quienes sean egresados de determinada escuela universitaria. Este régimen contradice la Convención por cuanto impone una restric-

ción no justificada, según el artículo 13.2 de la misma, a la libertad de pensamiento y expresión como derecho que corresponde a todo ser humano; y, además, porque restringe también indebidamente el derecho de la colectividad en general de recibir sin trabas información de cualquier fuente.

85. Por consiguiente, en respuesta a las preguntas del Gobierno de Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con los artículos 13 y 29 de la Convención y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 con las disposiciones de los mencionados artículos,

LA CORTE ES DE OPINIÓN,

Primero

Por unanimidad

que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Segundo

Por unanimidad

que la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 13 de noviembre de 1985.

Thomas Buergenthal (f)
Presidente

Rafael Nieto Navia (f) Huntley Eugene Munroe (f)

Máximo Cisneros (f) Rodolfo E. Piza E. (f)

Pedro Nikken (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

OPINIÓN SEPARADA DEL JUEZ RAFAEL NIETO NAVIA

1. La solicitud de consulta formulada por Costa Rica para esta Opinión mencionó solamente los artículos 13 y 29 de la Convención. Pero el Ilustrado Gobierno de ese país manifestó, a través del señor Ministro de Relaciones Exteriores, en la audiencia de 5 de setiembre de 1985, que “el problema aquí no es un problema de libertad de expresión: es un problema de derecho de asociación y es un problema de regulación de un trabajo”.

2. La libertad de trabajo no está directamente regulada en la Convención. Pero sí lo está, en el artículo 16, la de asociación, a cuya luz hay que analizar el fenómeno del Colegio de Periodistas de Costa Rica que, creado y no meramente permitido o tolerado por ley, es una corporación de derecho público que ejerce, por delegación del Estado, potestades normativas, disciplinarias y éticas sobre sus colegiados y monopoliza el ejercicio de la actividad profesional, de manera que nadie puede ejer-

cerla si no pertenece al Colegio (art. 22 de la Ley No. 4420).

3. El artículo 16 de la Convención dice:

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

4. El contenido del artículo 16.1 toca, a la vez, con un derecho y con una libertad, es decir, con el derecho a formar asociaciones, que no puede ser restringido sino en los eventos y para los propósitos contemplados en los artículos 16.2 y 16.3 y con una libertad, en el sentido de que nadie puede ser compelido u obligado a asociarse. Hay que entender que ambos extremos están protegidos por la Convención, aunque no mencione ésta expresamente la libertad negativa —el derecho de no asociarse— que desapareció del proyecto original de la Convención sin que se conozcan los argumentos para ello (*Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, pág. 283 pero que sí está expresamente contemplado en el artículo 20 *in fine* de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre según el cual “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”. Dentro de la teoría expuesta por esta Corte, los derechos huma-

nos hay que interpretarlos de la manera más favorable a las personas (*Asunto Viviana Gallardo y otras*. Resolución del 13 de noviembre de 1981, párr. 16) y resulta contraevidente y aberrante interpretar la palabra libertad como “derecho” únicamente y no como “la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, o de no obrar” (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición) según su albedrío.

5. La tendencia a asociarse que, como dijo Aristóteles en *La Política* (Libro I, cap. I, párr. 11), deriva de la naturaleza, solamente se convierte en “derecho” durante el Siglo XIX y éste constituye, juntamente con el sufragio, uno de los pilares sobre los que se edifica el Estado democrático contemporáneo.

6. La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual—por oposición al físico o material— de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. En cuanto a éstos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.

7. Cabe preguntarse si los entes públicos con estructura asociativa, llámense asociaciones, corporaciones o colegios, violan el carácter voluntario —la voluntariedad de la acción— contenido en la libertad de asociación. Habrá que responder que la norma imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse per se violatoria de la libertad de asociación,

cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, trascendentes al interés privado, es decir, cuando reciben del Estado una delegación que éste podría cumplir directamente pero que delega porque considera que esa es la forma más idónea para cumplir el fin propuesto. Tales colegios no puede considerarse que sean de aquellas asociaciones a las que se refiere el artículo 16 de la Convención.

8. En cambio, puede considerarse que se viola la libertad de asociarse al obligar por ley a los individuos a hacerlo, si los fines propuestos de tal asociación son de aquéllos que podrían cumplirse por asociaciones creadas por los individuos al amparo de su libertad, es decir, si tales asociaciones corresponde a aquéllas a las que se refiere el artículo 16.

9. La pregunta que hay que formular es si la corporación pública denominada Colegio de Periodistas de Costa Rica es una asociación de aquéllas a las que se refiere el artículo 16 de la Convención o, simplemente, una entidad que actúa por delegación del Estado en funciones que a éste corresponden. La respuesta hay que darla luego de estudiar los fines que tal corporación se propone y que están contemplados en el artículo primero de la Ley No. 4420:

Artículo 1- Créase el Colegio de Periodistas de Costa Rica, con asiento en la ciudad de San José, como una corporación integrada por los profesionales del periodismo, autorizados para ejercer su profesión dentro del país. Tendrá los siguientes fines:

- a) Respaldo y promover las ciencias de la comunicación colectiva;
- b) Defender los intereses de sus agremiados, individual y colectivamente;
- c) Apoyar, promover y estimular la cultura y toda actividad que tienda a la superación del pueblo de Costa Rica;

- d) Gestionar o acordar, cuando sea posible, los auxilios o sistemas de asistencia médico-social pertinentes para proteger a sus miembros cuando éstos se vean en situaciones difíciles por razón de enfermedad, vejez o muerte de parientes cercanos; o cuando sus familiares, por alguna de esas eventualidades, se vean abocados a dificultades, entendiéndose por familiares, para efectos de esta ley, a esposa, hijos y padres;
- e) Cooperar con todas las instituciones públicas de cultura, siempre que sea posible, cuando éstas lo soliciten o la ley lo ordene;
- f) Mantener y estimular el espíritu de unión de los periodistas profesionales;
- g) Contribuir a perfeccionar el régimen republicano y democrático, defender la soberanía nacional y las instituciones de la nación; y
- h) Pronunciarse sobre problemas públicos, cuando así lo estime conveniente.

Es claro que los fines mencionados en los literales a), c), e), g) y h) pueden ser cumplidos por entidades de diverso tipo, no necesariamente asociativas ni públicas. Los contemplados en b), d) y f) tienen que ver directamente con el interés o el bienestar de los “agremiados” o “miembros” y podrían ser cumplidos satisfactoriamente por asociaciones privadas del tipo de los sindicatos de trabajadores. Son, pues, fines que no son estrictamente públicos ni trascendentes al interés privado y, leídos desprevencidamente, resulta claro que no son “necesari(o)s en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás” (art. 16.2) (el razonamiento de la Opinión sobre estos conceptos es plenamente aplicable también aquí) y tienen que ver, en cambio, con el interés del gremio de los periodistas. En este sentido es claro que el Colegio es una asociación de aquéllas a que se refiere el artículo 16 de la Convención, es decir, sus fines

pueden ser cumplidos por asociaciones creadas al amparo de la libertad de asociación, sin necesidad de una ley que no se limita a tolerar o permitir su existencia sino que crea la corporación, la regula en su organización y administración y hace obligatorio, para quien quiera ejercer el periodismo, pertenecer a ella, lo que significa que crea restricciones a la libertad de asociación.

10. El hecho de que el artículo cuarto de la Ley No. 4420 estipule que “todo periodista tiene derecho a separarse del Colegio, temporal o definitivamente” no puede interpretarse sino en consonancia con el artículo 22 que dice que “las funciones propias del periodista sólo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”. Porque eso significa que quien se separe del Colegio no puede realizar las funciones de su profesión (Decreto No. 14931-C, Reglamento de la Ley No. 4420, art. 10).

11. La Ley No. 4420, en consecuencia, no se limitó a proteger el derecho de asociación sino que hizo ésta obligatoria violando, de esta manera, la respectiva libertad. Quien ejerce la actividad de periodista sin pertenecer al Colegio ejerce ilegalmente una profesión y está sujeto a las sanciones penales respectivas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 17/84 Caso-9178 (Costa Rica) OEA/Ser.L/V/II.63, doc.15, 2 de octubre de 1984). En cambio quien sí pertenece tiene legalmente un privilegio que se niega a los demás, como lo ha expresado muy bien la Opinión de la Corte.

12. Para razonar de la misma manera como lo hace la Corte en su Opinión pero respecto de la libertad de asociación, hay que concluir que la Ley No. 4420 en cuanto hace obligatorio a los periodistas para poder ejercer su profesión el pertenecer al Colegio de Periodistas de Costa Rica, una corporación pública cuyos fines podrían ser desempeñados por asociaciones creadas al amparo de la libertad de asociación, crea restricciones no

permitidas por el artículo 16 de la Convención y, por consiguiente, es incompatible con él.

Rafael Nieto Navia (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

DECLARACIÓN DEL JUEZ MÁXIMO CISNEROS

1. He suscrito esta Opinión Consultiva por que comparto los razonamientos extensa y minuciosamente expuestos en la misma, que conducen a las conclusiones alcanzadas constituyendo una fiel e ineludible interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que debo ajustarme en mi condición de Juez.

2. Pero como hombre de Derecho no puedo evitar una honda preocupación de los alcances que puedan darse a la misma, según los criterios de interpretación que se empleen y, no obstante que naturalmente respeto todos y cada uno de ellos, creo conveniente consignar mi propio criterio, puesto que para mí ha sido determinante para concurrir con mi voto a esta Opinión, el considerar que el texto adoptado se concilia con mi interpretación personal.

3. En mi criterio, lo expresado en el punto “Primero” de esta Opinión Consultiva no significa la adopción de un concepto genérico de que la colegiación obligatoria de los periodistas deba desaparecer forzosamente como condición indispensable para que pueda existir la libertad de expresión.

4. Personalmente creo que los Colegios de Periodistas, en general, son útiles al interés social por que dentro de sus fines y actividades persiguen objetivos de evidente bien común. Entre

tales objetivos puede citarse por ejemplo la importante labor que suelen realizar para lograr la constante mejora en la capacitación de sus miembros, que los habilite para la adecuada utilización de los adelantos tecnológicos, en rápida evolución en nuestros tiempos, que es característica de las ciencias de la comunicación y, sobre todo, en la indispensable vigilancia de la ética profesional.

5. Si hay una profesión que requiere de un Código de Ética Profesional y de una celosa y efectiva aplicación del mismo, es sin lugar a dudas la de periodista, con una preeminencia sobre cualquier otra profesión, por que en razón de que su actividad se ejerce a través de los medios de difusión social, es decir, con el enorme poder que ello significa como factor determinante en la formación de la opinión pública, los excesos que se puedan cometer en su ejercicio, afectan en forma muy grave a los demás miembros de la sociedad, en valores tan importantes como la honra y la dignidad de las personas. Creo también que la forma de ejercer la vigilancia de la ética profesional más congruente con los principios de una sociedad democrática, es precisamente a través de los Colegios, por que así en cierta forma significa una autolimitación de los derechos personales de los periodistas en razón del bien común.

6. Por todo ello debo destacar que, según mi criterio, la Opinión en los términos adoptados en su punto “Primero” deja abierto el camino para que las disposiciones que regulan la Colegiación de los periodistas, puedan ser modificadas en forma que desaparezcan las incompatibilidades que se han señalado, quedando así subsanada la dificultad legal. Creo que así, por sustancial que resulte la modificación y por difícil que parezca la adecuación, si se logra, se habrá servido en la mejor forma al principio de la libertad de expresión, a la causa de los Derechos Humanos, y a la estabilidad de las instituciones democráticas de las que, al menos en la mayoría de los países latinoamericanos, los Colegios de Periodistas forman parte.

7. Por esta misma razón, en mi criterio, lo expresado en el punto “Segundo” de esta Opinión Consultiva, tampoco significa forzosamente la necesidad de la derogación de la Ley No. 4420, sino que lo deseable es, igualmente, su modificación y adecuación para que desaparezca la incompatibilidad allí señalada.

8. El Colegio de Periodistas de Costa Rica, regido por la Ley referida en el párrafo anterior tiene un Código de Ética Profesional, aprobado democráticamente por la mayoría de sus miembros, que ha sido presentado en este proceso durante una de las audiencias. Este Código tiene un Capítulo II denominado “Deberes de los Periodistas para con la Sociedad” del que creo útil citar algunas de sus normas:

Artículo 6- El periodista debe estar consciente de la necesidad de su participación activa en la transformación social para promover el respeto a la libertad y la dignidad humana. Debe luchar por la igualdad de todos los hombres sin distinción de raza, sexo, lengua, religión, opinión, origen, posición y estado. Todos los hombres tienen igual e indiscutible derecho a que la sociedad y por ende los medios de comunicación social, respeten la dignidad humana y se esfuercen porque trascienda de la teoría a la práctica. El periodista se esforzará porque se apliquen estos principios.

Artículo 7- Es deber de quien ejerce la profesión de periodista dar cuenta de los hechos con exactitud minuciosa, en forma completa, concisa, clara y con respeto absoluto a la verdad, pensando en todo momento que la noticia debe estar redactada de manera que promueva el bien común.

Artículo 10- El periodista debe guardar discreción sobre el origen de la información confidencial que hubiere obtenido, pero nunca invocar al secreto profesional para defender o escudar intereses extraños a los del Estado, a las instituciones democráticas y a los verdaderos valores del bien común.

Artículo 14- La libertad de prensa debe ser protegida por el periodista como un derecho esencial de la humanidad y todo aquello que

ponga trabas a la misma, debe ser denunciado de inmediato en forma clara y terminante. (Subrayado mío).

9. La consideración de que principios de esta naturaleza pueden ser debidamente calificados como contribución a “las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”, refuerza mi criterio que valdrá la pena todo esfuerzo que se haga, por difícil que parezca, para que la Ley No. 4420 se adecúe a la Convención, y se pueda disfrutar en Costa Rica de una irrestricta libertad de expresión, dentro del especialmente elevado nivel en que la expresa la Convención, conjuntamente con los aportes que puede seguir brindando el Colegio de Periodistas a su sistema democrático, sistema que es también principio sustancial e imprescindible para la plena vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10. Finalmente quiero terminar esta declaración enfatizando la importancia y trascendencia de lo expuesto en los párrafos 24, 25 y 26 de la presente Opinión Consultiva, por que ellos ponen de manifiesto la muy seria y deplorable deficiencia que viene acusando el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos. Hace más de seis años, el 4 de setiembre de 1979, en mi calidad de uno de los jueces fundadores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con motivo de las ceremonias de instalación de la misma, en un discurso que pronuncié ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dije:

Quiero decir en este recinto de justicia que los hombres que conformamos esta Corte Interamericana, estamos dispuestos a llevar nuestra labor con amor, con conciencia de lo que ella representa para las esperanzas de los hombre de Derecho de América, para hacer realidad el sueño de justicia de nuestros pueblos.

Ahora, que al estampar mi firma en la presente Opinión Consultiva estoy realizando mi último acto como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quiero decir que el “amor” que hemos puesto en nuestras labores no ha sido sufi-

ciente para evitar la sensación de frustración que siento al retirarme sin que la Corte haya conocido un solo caso de violación de Derechos Humanos, no obstante la penosa realidad de nuestra América en dicho campo.

Como consuelo solo me cabe la esperanza de que al señalar en esta Opinión la deficiencia:

Dado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte (párr. 26).

Ello sirva para que los hombres comprometidos en esta importante causa de los derechos humanos, aunemos esfuerzos para hacer realmente operativo nuestro sistema mediante la adecuada participación de todos los órganos que lo integran.

Máximo Cisneros (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

OPINIÓN SEPARADA DEL JUEZ RODOLFO E. PIZA ESCALANTE

1. He concurrido en su totalidad con el pronunciamiento de la Corte contenido en la presente Opinión Consultiva. Sin embargo, formulé esta separada porque considero que debo extenderme a algunos otros aspectos implicados en la consulta, aplicables, tanto a la colegiación obligatoria de los periodistas, en general, como respecto de la Ley No. 4420, Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica.

2. En primer lugar, recojo la opinión de la Corte, de que el contenido de la actividad de los periodistas coincide totalmente con el ejercicio de la libertad de expresión, tal como ésta está consagrada por el artículo 13 de la Convención Americana, de manera que toda restricción a dicha actividad es una restricción a dicha libertad (v. p.ej. Nos. 72, 74, 75 y 77 de la Opinión principal); así como la de que las únicas restricciones permisibles a esa libertad son las previstas taxativamente por el párrafo 2 del mismo artículo, sin que sea lícito admitir otras derivadas de una interpretación extensiva de ese texto (v. Nos. 39, 46 y 52), ni de la aplicación de otras normas, como la general del artículo 32 de la propia Convención (v. No. 65), o, menos, las de otros instrumentos internacionales (v. Nos. 51 y 52), que tienen, desde luego, un altísimo valor interpretativo, pero frente a los cuales es obvio que la Convención Americana quiso ir mucho más lejos en la definición y en la protección de dicha libertad, apartándose claramente en este punto de sus modelos europeo y universal, el artículo 10 de la Convención Europea y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (v. Nos. 43, 45 y 50).

3. En este sentido, me parece que mucho de la posición de fondo del Gobierno de Costa Rica puede deberse a que la tradición costarricense consagra esa libertad solamente como el derecho de expresar libremente el pensamiento propio. Como dicen los artículos 28 y 29 de su Constitución:

Artículo 28 (manifestación de opiniones...)

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Artículo 29 (libertad de imprenta)

Todos pueden **comunicar sus pensamientos** de palabra o por escrito, y **publicarlos sin previa censura**; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.

4. La Convención, en cambio, como se hace notar en la Opinión principal (v. No.30), la define como el derecho de “**buscar, recibir y difundir información 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**” (art. 13.1), lo cual implica, obviamente, la libertad de difundir, no sólo el pensamiento, la opinión, la imaginación o la inspiración propios, sino también los ajenos, así como los simples hechos de que se tenga noticia, de manera totalmente coincidente con el contenido de la actividad que ejercen los periodistas, en general, y también conforme a la definición misma resultante de la Ley No. 4420 (arts. 22 ss.) y, sobre todo, de su Reglamento (arts. 29 y 30).

5. La Corte ha utilizado expresamente la palabra restricciones, no en el sentido estricto de limitaciones preventivas al ejercicio mismo de la libertad de expresión, que el artículo 13.2 de la Convención no permite en ningún caso, sino en el general de conductas preestablecidas taxativamente por la ley como generadoras de **responsabilidades ulteriores**, derivadas del ejercicio de esa libertad, únicas que dicha norma autoriza, dentro de las condiciones formales y materiales que autoriza (v. No. 35 *in fine* de la Opinión principal). Desde este punto de vista, mi opinión es plenamente coincidente con la de mis colegas.

6. Sin embargo, considero que la colegiación obligatoria de los periodistas debe analizarse, no sólo en relación con esas restricciones *lato sensu*, como generadoras de responsabilidades ulteriores, sino también en cuanto pueda implicar, a la vez, una verdadera **restricción stricto sensu** como condición preventiva para el ejercicio mismo de la libertad de expresión, prohibida en todo caso por la Convención. Así resulta, tanto del texto del artículo 13, como de su contexto, de acuerdo con su objeto y fin, que son criterios obligados de interpretación conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados (así lo ha dicho repetidamente la Corte: v. OC-1/82, “*Otros tratados*”..., No. 33; OC-2/82, *El efecto de las Reservas*..., No. 19; OC-3/83, *Restricciones a la Pena de Muerte*..., Nos. 48 y 49; OC-4/84, *Naturalización (Costa Rica)*..., Nos. 21 y 22), lo mismo que de la naturaleza de esa libertad como institución esencial del sistema democrático y condición para el goce de los demás derechos y libertades humanos fundamentales (v. Nos. 42, 44 y 70). Todo lo cual apunta a la necesidad de interpretar extensivamente las normas que la consagran, y restrictivamente las que permiten limitarla, de donde deben entenderse prohibidas por el artículo 13.2 todas las restricciones que no sean las expresa y taxativamente autorizadas por él, es decir, únicamente las “responsabilidades ulteriores... expresamente fijadas por la ley... necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (v. Nos. 39, 40 y 52 de la Opinión principal).

7. En este punto, debe tomarse muy en cuenta el hecho de que los párrafos 1 y 2 del artículo 13 de la Convención son copia casi textual de los párrafos 2 y 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el cual establece:

Artículo 19

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.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

8. Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al artículo 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de “ciertas restricciones” del primero, por la de “responsabilidades ulteriores”, sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo.

9. La Corte destacó esas diferencias (v. Nos. 43, 45 y 50 de la Opinión principal), así como insistió en la necesidad de distinguir entre las **restricciones** autorizadas por el artículo 13.2, que sólo pueden establecerse en forma de **responsabilidades ulteriores**, y las no autorizadas, que no pueden implicar, ni las medidas que conduzcan a la censura previa, ni, mucho menos, a la supresión de la libertad de expresión, ni tampoco las que impongan **condiciones preventivas** para su ejercicio (v. p.ej. Nos. 38, 39, 53, 54, 55 y 82). También destacó el efecto calificativo que respecto de tales restricciones debe darse al artículo 13.3, en cuanto que prohíbe “restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (v. Nos. 47 y 48). Asimismo, estableció que la colegiación obligatoria de los periodistas es incompatible con la Convención, en cuanto que veda el acceso a esa colegiación y el ejercicio de esa profesión a aquellos que no puedan colegiarse (v. Nos. 77 y 82), y por lo menos advirtió del cuidado con que debe mirarse el que el Estado ejerza o delegue en el colegio potestades disciplinarias capaces de restringir ese ejercicio más allá de los límites autorizados taxativamente por dicha disposición (v. No. 81).

10. Sin embargo, mi opinión es que debe llegarse más al fondo de la diferencia que existe entre **responsabilidades ulteriores**, lo cual hace alusión a infracciones de la ley que solamente se producen con el ejercicio de la libertad de expresión y solamente se sancionan después de ejercerla, e imponer **restricciones** propiamente dichas, dirigidas a limitar el ejercicio mismo de la libertad, como es el caso de las licencias o autorizaciones. En efecto, la definición misma de éstas las caracteriza como formas de tutela preventiva, consistentes en el levantamiento de un obstáculo impuesto por la ley al ejercicio de un derecho propio, de manera que su específico sentido normativo no es el de someter ese ejercicio a una responsabilidad ulterior por el abuso que con el mismo se cometa, sino el de impedir el ejercicio mismo mientras la licencia o autorización no haya sido otorgada. Ciertamente, puede ocurrir que una actividad necesitada de licencia o autorización se lleve a cabo, de hecho, sin obtenerla, en cuyo caso parecería convertirse en una responsabilidad ulterior, pero ésta no sería en tal caso más que una consecuencia secundaria de la violación de dicha condición, con lo que la cuestión se tornaría en un simple problema de eficacia de la misma, no de su sentido normativo, que es siempre el de que la conducta no se realice del todo sin la previa licencia o autorización y de que se haga lo necesario para que no se realice. Esto es bien diferente de las responsabilidades ulteriores que autoriza restrictivamente el artículo 13.2, las cuales no pueden tender en sí mismas a producir ese efecto impeditivo, sino únicamente a lograr, por medios indirectos y no preventivos (la sanción posterior derivada del abuso), que el ejercicio del derecho se mantenga dentro de límites legítimos.

11. Yo considero que la colegiación obligatoria de los periodistas constituye una restricción de esa naturaleza, cuyo específico sentido normativo es el de prevenir el ejercicio mismo de la actividad periodística, coincidente, como ya se dijo, con el de la libertad de expresión, por los no colegiados, someténdolo a la condición de una licencia o autorización, y,

por ende, el de condicionar la propia libertad a una **restricción *stricto sensu*** no autorizada como tal por el artículo 13.2 de la Convención. De esta manera, creo que la colegiación obligatoria de los periodistas es, en sí misma, incompatible con la Convención, cualquiera que sea el modo como se reglamente y aunque sólo constituyera una formalidad asequible a cualquier persona que quisiera ejercer el periodismo, sin necesidad de ningún requisito adicional. La libertad de expresión es un derecho fundamental de todo ser humano por el solo hecho de serlo, cuyo ejercicio no puede ser restringido ni condicionado al cumplimiento de requisitos previos de ninguna naturaleza que él no pueda o no quiera cumplir.

12. A la misma conclusión se llega si se recuerda que el artículo 13.3 prohíbe todo tipo de restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En efecto, si la Convención prohíbe tales restricciones indirectas, no es posible entender que permita las directas. Por lo demás, el hecho de que esa prohibición expresa solamente se refiera a la comunicación o circulación de ideas u opiniones, no puede interpretarse como que sí permite restricciones a la libertad de **información**, en el sentido de la búsqueda y difusión de noticias sin contenido ideológico, porque esta libertad implica también la comunicación y, sobre todo, la circulación de ideas u opiniones ajenas, al lado de las simples noticias, que serían las únicas no incluidas expresamente en la prohibición. De todos modos éstas pueden y deben considerarse implícitamente contempladas en ellas en virtud del principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones (principio *pro homine*), y del criterio universal de hermenéutica de que “donde hay la misma razón hay la misma disposición”.

13. En otro orden de ideas, me parece que la vinculación esencial del ejercicio del periodismo con el de la libertad de

expresión hace surgir otras incompatibilidades con la Convención, si no forzosamente de toda la colegiación obligatoria de periodistas, sí del modo en que está estructurada normalmente en los países que la contemplan, así como, con toda seguridad, en la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica. De esas incompatibilidades merecen, a mi juicio, destacarse dos de importancia fundamental, a saber:

14. La primera, resulta del hecho de que, normalmente, la colegiación obligatoria significa la creación de una entidad pública de carácter corporativo, con el objeto específico de atribuirle, no solamente la fiscalización y disciplina de la actividad profesional de sus miembros, lo cual sería factible legítimamente dentro de ciertas condiciones, sino también la potestad de establecer ella misma códigos de ética y otras normas disciplinarias que implican restricciones, responsabilidades y sanciones *ex novo*, no previstas taxativamente por la propia ley. En este sentido, considero que, tanto el artículo 13.2 de la Convención, al autorizar únicamente “responsabilidades ulteriores... **expresamente fijadas por la ley**”, como el principio general de legalidad penal a que se refiere el artículo 9 de la misma, en el sentido de que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas **según el derecho aplicable**”, aluden precisamente al principio de **reserva de la ley**. En realidad, si bien esas disposiciones no precisan el sentido de las palabras **ley y derecho**, la aplicación de principios generales universalmente compartidos en las naciones democráticas y en todos los **Estados de Derecho**, permite afirmar que se trata de materias reservadas estrictamente a la **ley formal**, emanada de un parlamento democrático con todas las garantías que esto implica, porque si hay algo definitivo en esta materia es que el régimen de los derechos y libertades humanos fundamentales es materia de **reserva de la ley**.

15. En todo caso, lo es tratándose del Derecho Costarricense, en el cual el principio tiene rango constitucional y se

encuentra, además, consagrado expresamente en la Ley General de la Administración Pública (art. 19: “el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley...”; art. 124: “los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares”), así como por la jurisprudencia constitucional, administrativa y penal (que han declarado aplicables a la materia disciplinaria las garantías de la legalidad penal), de manera que, al menos en lo que respecta a la Ley costarricense No.4420, dicho principio resulta aplicable, no sólo en el derecho interno, sino también en el internacional, sólo sea en éste como criterio de interpretación conforme a lo dispuesto por el artículo 29 inciso b) de la Convención (que específicamente alude a “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes...”).

16. Por otra parte, es también cosa normal que las leyes orgánicas de los colegios profesionales de periodistas, y positiva que la Ley No. 4420 de Costa Rica, impongan a sus colegiados, directa o indirectamente, restricciones al ejercicio de su profesión o sanciones que las implican, para el cumplimiento de fines puramente gremiales u otros de orden social o privado, que no pueden justificar su carácter público y, mucho menos, estimarse como necesarias, en una sociedad democrática, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ni la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, como resulta restrictivamente del artículo 13.2, en relación con los valores fundamentales del sistema de la Convención.

17. En consecuencia:

Estoy de acuerdo con las dos conclusiones de la Opinión principal, pero agrego las siguientes como Opinión Separada:

Tercero:

Que, además, la colegiación misma de los periodistas en general, y la que establece la Ley No. 4420 en particular, son incompatibles también con el artículo 13 de la Convención, en cuanto imponen una licencia o autorización previa para el ejercicio de esa profesión, que equivale a una restricción preventiva, no autorizada por el artículo 13.2 de la Convención, al ejercicio de la libertad de expresión.

Cuarto:

Que, independientemente de las incompatibilidades señaladas en las conclusiones anteriores, la colegiación obligatoria de los periodistas normalmente, y la Ley No. 4420 en todo caso, implican otras violaciones a la libertad de expresión, por lo menos en dos aspectos fundamentales, a saber:

- a. el de otorgar al colegio respectivo potestades para establecer restricciones y sanciones que no están taxativamente definidas por la ley, con violación de la reserva de ésta prevista por el artículo 13.2 de la Convención y del principio de legalidad penal consagrado por el artículo 9 de la misma;
- b. el de imponer restricciones derivadas de la obligación de colegiarse para el cumplimiento de fines gremiales y otros que no son necesarios para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, ni la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas en una sociedad democrática, como resulta restrictivamente del mismo artículo 13.2, en relación con los valores fundamentales del sistema de la Convención.

18. En virtud de lo expuesto en mi conclusión No. 4 b. anterior, me adhiero también a la Opinión Separada del Juez Nieto, con la advertencia de que el Colegio de Periodistas de

Costa Rica sí ejerce actividades de carácter público que no están enunciadas en el artículo 1 de su Ley Orgánica.

Rodolfo E. Piza E. (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

DECLARACIÓN DEL JUEZ PEDRO NIKKEN

1. He concurrido a la decisión de la Corte y comparto tanto el análisis como las conclusiones de esta Opinión Consultiva, porque estimo que ella expresa la más fiel interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. He estimado, sin embargo, conveniente formular una declaración que precise algunos aspectos tanto sobre los fundamentos como sobre el alcance de la interpretación de la Corte, que están implícitos, desde mi punto de vista, en dicha Opinión.

2. En relación con los **fundamentos** estimo que las conclusiones de la Corte no pueden desvincularse de la premisa que las origina, como es el contraste entre el texto de los artículos 13 y 29 de la Convención, por una parte, y cierto género de colegiación de los periodistas, por la otra.

3. La Convención Americana, como lo ha señalado la Corte, define de la manera más amplia a la libertad de expresión, que comprende, según el artículo 13, el derecho de toda persona a buscar y difundir información por cualquier procedimiento de su elección. Un texto tan categórico no puede coexistir, lógicamente, con un régimen legal que autoriza la búsqueda de información, y su difusión a través de los medios de comunicación social, solamente a un grupo reducido de personas, como

son los miembros de un colegio de periodistas y que, en consecuencia, excluye de ese ámbito a la mayoría de la población.

4. Como lo destacó la Corte, el texto de la Convención ofrece **una garantía más amplia** que el de otros tratados semejantes, no tanto porque reconozca más facultades a la persona sino porque autoriza menos restricciones sobre las mismas. De hecho, la Convención ni siquiera utiliza esta última expresión, pues se limita a señalar que se incurrirá en responsabilidad cuando, en ejercicio de la libertad de expresión, se hayan ofendido leyes necesarias para salvaguardar los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

5. A este respecto estimo que es cierto lo que se mencionó en las audiencias en el sentido de que por ser éste más amplio que otros tratados, lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana. Basta recordar la particular regulación de la pena de muerte contenida en el artículo 4 o el derecho de rectificación y de respuesta del artículo 14 para encontrar evidencias de la mencionada circunstancia. Este hecho no es de extrañar pues la instauración del régimen internacional de protección de los derechos humanos revela que, frecuentemente, los tratados más modernos son más amplios que los precedentes y que mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil concluir tratados más avanzados. No es sorprendente, pues, que la Convención Americana, firmada casi veinte años después que la Europea y que sólo abarca a las Repúblicas Americanas sea más avanzada que ella y también que el Pacto, que aspira ser un instrumento que comprometa a todos los gobiernos del planeta.

6. Por otro lado, la colegiación obligatoria de los periodistas, concebida en los términos en que se planteó a la Corte, representa **un régimen extremo** puesto que:

- A. Los actos considerados por la ley como propios del ejercicio del periodismo sólo pueden ser cumplidos por colegiados. De esta manera, según varias de las leyes de colegiación existentes en el continente, bastaría con que una persona “difundiera” por sí misma, “a través de un procedimiento de su elección” –prensa, radio o televisión– una información que hubiera “buscado” libremente, para que incurriera en responsabilidad –incluso penal– por ejercicio ilegal del periodismo. Creo que cualquier interpretación de la Convención que considere que un supuesto semejante está autorizado por el tratado se aparta de lo que literalmente él dispone.
- B. El Colegio sólo está abierto a los egresados de escuelas de periodismo, aun si no ejercen la profesión y además, en algunos casos, a aquéllos que, careciendo del título académico hayan demostrado, a juicio del Colegio, haberla practicado por cierto número de años antes de la vigencia de la ley de colegiación. De esta manera, las ventajas que se obtienen con la pertenencia al Colegio no dependen del ejercicio actual del periodismo, y en algunos casos ni siquiera de que se haya ejercido nunca. No parece racional que puedan pertenecer al Colegio quienes no son efectivamente periodistas mientras se cierra la posibilidad de acceso a él a otras personas que pudieran cumplir en la práctica una actividad periodística en provecho de la comunidad. Autorizar ese acceso, en cambio, tendría base racional toda vez que las propias leyes han admitido que existen periodistas que carecen de título universitario que los acredite como tales, y que tienen derecho a inscribirse en el Colegio, pero limitan ese reconocimiento a quienes estuvieron en tal supuesto antes de entrar en vigor la ley. ¿Por qué esa limitación en una actividad que toca profundamente un derecho inherente a todo ser humano?

7. Creo que las conclusiones de la Corte se desprenden de ese contraste entre la vasta protección dispuesta por la Conven-

ción y el exagerado exclusivismo de la colegiación; pero no creo que ésta resulte, *per se*, contraria a la Convención, incluso en el caso de los periodistas e incluso si la colegiación es obligatoria. Lo que ocurre es que, si va a establecerse la colegiación obligatoria para una profesión cuyo ejercicio envuelve el de un derecho de toda persona, el acceso al Colegio no puede restringirse en los términos en que lo hacen varias de las leyes existentes en el continente; tampoco creo que deba juzgarse como ejercicio del periodismo —noción que comporta cierta estabilidad— a actos aislados por los cuales lo que se ejerce realmente es la libertad de expresión. En ese sentido, si se quiere someter el periodismo a la colegiación que se aplica a otras profesiones, ello debe hacerse adecuando el régimen del Colegio, no a las características de esas otras profesiones, sino a las propias del ejercicio de este oficio, que comprende el de la libertad de expresión.

8. En cuanto al **alcance** de la Opinión de la Corte, estimo, en primer lugar, que debe subrayarse lo que ella misma señala en el sentido de que la colegiación obligatoria de los periodistas, si bien restringe, no suprime la libertad de expresión de modo que de ninguna manera dicha Opinión podría interpretarse como considerando que en los países donde existe colegiación obligatoria no hay, por ese sólo hecho, libertad de expresión. Esta observación es particularmente válida respecto de Costa Rica, país sede de la Corte e inevitable término de referencia de las instituciones democráticas de la América Latina, que elevó esta consulta como una expresión más de su apego al imperio de la ley y al respeto a la Convención.

9. En segundo lugar, creo que tampoco puede interpretarse la Opinión de la Corte como una toma de posición sobre la relación entre las empresas periodísticas y quienes trabajan en ellas. Por lo que toca a la parte estrictamente laboral, la Corte no

ha hecho ningún pronunciamiento y estimo que no pueden considerarse sino como necesarias y plausibles las actividades de los gremios para conseguir condiciones de trabajo dignas y satisfactorias.

10. En lo referente a la parte más estrictamente periodística, es decir, lo atinente al respeto que merece el periodista, aun frente a la línea editorial del medio de comunicación para el que trabaja, en especial respecto de la veracidad de la información que recaba y que se publica bajo su responsabilidad, creo que es necesario subrayar lo dicho por la Corte en el sentido de que “la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar”. Estimo que la colegiación puede cumplir un papel para ese fin, aunque también creo que no es el único medio para obtenerlo. Puede concebirse un estatuto de rango legal que proteja a quienes efectivamente ejercen el periodismo frente a eventuales disposiciones indignas de sus empleadores, sin necesidad de recurrir a un régimen de colegiación que proteja a los inscritos en el Colegio, incluso si no trabajan como periodistas, pero que restringe esas inscripciones y limita innecesariamente derechos de la mayoría. Por lo demás, no ha sido demostrado que la colegiación sea el más eficaz de los medios de protección a los periodistas, ni que en los países donde exista se haya puesto fin a los alegados abusos de los dueños de periódicos.

11. Sin embargo, no creo que la supresión pura y simple de las leyes de colegiación, en los países donde existan, se traduzca forzosamente en una mejora de las posibilidades reales de expresión e información. Un gremio débil, carente de un estatuto que garantice su independencia, puede ser el contexto adecuado para que a través de “controles particulares” se establezcan los medios indirectos, prohibidos por el artículo 13.3, “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. No creo que sería justo ni prudente interpretar la Opinión de la Corte como señalando que la colegiación

limita la libertad de expresión y que basta eliminar esa colegiación para restablecer automáticamente dicha libertad, porque esa aseveración no es cierta. La sola supresión de la colegiación puede conducir a otorgar mayor poder de “control particular” a unos pocos empresarios de la prensa, sin provecho especial para la comunidad y sin que haya ninguna seguridad de que se abrirá el acceso a los medios de difusión a todo no colegiado. Puede, más bien, favorecer una incondicionalidad de los periodistas, aun al margen de la ética, en favor de su patrono, cosa ésta que también podría llegar a lesionar los valores preservados por el artículo 13.2.

12. Por ello estimo que la Opinión de la Corte tiene la ventaja, en este caso, de ser característicamente un medio para “ayudar a los Estados... a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo que caracteriza al proceso contencioso”. (*Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A, No. 3, párr. 43.) En esa perspectiva estimo que puede cumplir un papel de gran utilidad en cuanto podría resultar el punto de partida para que los Estados Partes donde existen leyes de colegiación obligatoria, puedan, en cuanto sea necesario y en cumplimiento del artículo 2 de la Convención, adoptar “medidas legislativas o de otro carácter” para adecuar la regulación profesional del periodismo de modo que, manteniendo o reforzando disposiciones orientadas a preservar la libertad e independencia de los periodistas, no se restrinja, innecesaria e indebidamente, el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir información e ideas por cualquier medio de su elección y el de la sociedad a recibir información de toda fuente.

Pedro Nikken (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86
DEL 29 DE AGOSTO DE 1986

EXIGIBILIDAD DEL DERECHO
DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA
(ARTS. 14.1, 1.1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS)

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS

OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86
DEL 29 DE AGOSTO DE 1986

EXIGIBILIDAD DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN
O RESPUESTA (ARTS. 14.1, 1.1 Y 2 CONVENCIÓN
AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

SOLICITADA POR EL GOBIERNO DE COSTA RICA

Estuvieron presentes:

Thomas Buergenthal, Presidente
Rafael Nieto Navia, Vicepresidente
Rodolfo E. Piza E., Juez
Pedro Nikken, Juez
Héctor Fix-Zamudio, Juez
Héctor Gros Espiell, Juez
Jorge R. Hernández Alcerro, Juez

Estuvieron, además, presentes:

Charles Moyer, Secretario, y
Manuel Ventura, Secretario Adjunto

LA CORTE,

integrada en la forma antes mencionada, emite la siguiente opinión consultiva:

1. El Gobierno de Costa Rica (en adelante “el Gobierno” o “Costa Rica”), mediante comunicación del 1° de octubre de 1985, sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”) una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

2. Por nota de fecha 31 de octubre de 1985, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 52 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), la Secretaría solicitó observaciones escritas sobre el tema objeto de la presente consulta a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA.

3. El Presidente de la Corte dispuso que las observaciones escritas y los documentos relevantes fueran presentados en la Secretaría antes del 10 de enero de 1986, para ser considerados por la Corte durante su Decimocuarto Período Ordinario de Sesiones, que se celebró del 13 al 21 de enero de 1986.

4. La comunicación de la Secretaría fue respondida por el Gobierno de Costa Rica.

5. Las siguientes organizaciones no gubernamentales presentaron un escrito ofreciendo sus puntos de vista sobre la consulta como *amici curiae*: la Sociedad Interamericana de Prensa, el Comité Mundial de Libertad de Prensa, la American Newspaper Publishers Association, la Fédération Internationale des Editeurs de Journaux, The Copley Press Inc., The Miami Herald, Newsweek, USA Today, The Wall Street Journal y The International Herald Tribune.

6. Se celebró una audiencia pública el jueves 16 de enero de 1986 con el objeto de que la Corte escuchara las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la solicitud.

7. Comparecieron a esta audiencia pública:

Por el Gobierno de Costa Rica:

Lic. Carlos José Gutiérrez, Agente y Ministro de Relaciones Exteriores y Culto,

Lic. Manuel Freer Jiménez, Agente y Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Dr. Edmundo Vargas Carreño, Secretario Ejecutivo, en virtud de la representación que le confirió el Presidente de dicho órgano.

8. La Corte continuó el estudio de esta consulta en su Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones, que se celebró del 26 de abril al 9 de mayo de 1986, y en su Quinto Período Extraordinario de Sesiones que se celebró del 25 al 29 de agosto de 1986.

I ADMISIBILIDAD

9. La presente consulta ha sido sometida a la Corte por Costa Rica, que es Estado Parte en la Convención y Miembro de la OEA. Conforme al artículo 64 de la Convención, cualquier Estado Miembro de la OEA puede solicitar “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados America-

nos“. La petición de Costa Rica versa sobre la interpretación del artículo 14.1 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y, por ende, cae dentro del artículo 64.

10. El Gobierno solicita una opinión consultiva en el ámbito del artículo 64.1 de la Convención, no en el del artículo 64.2. Esta conclusión se desprende del hecho de que la solicitud se refiere expresamente al artículo 49 del Reglamento, que trata de las consultas fundadas en el artículo 64.1 y no al artículo 51 del mismo que corresponde a las previstas por el artículo 64.2 de la Convención. Además, el Gobierno no requiere la opinión de la Corte respecto de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y la Convención. Por el contrario, el objeto de la presente solicitud es la interpretación del artículo 14.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

11. El solo hecho de que un Estado Miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del artículo 64.1 no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado Miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el artículo 64, la Corte carecería de competencia para emitir su opinión.

12. Por la forma como haya sido redactada una solicitud, la Corte, en el ejercicio de sus funciones, según el artículo 64 de la Convención, puede tener que precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad lo que se le está preguntando; en particular, cuando, como es el caso, a pesar de la redacción de las preguntas, se solicita la opinión de la Corte acerca de un asunto que ella considera dentro de su competencia. A este respecto la Corte debe subrayar que, en general, cuando una solicitud de opinión consultiva contenga cuestiones

cuyo análisis e interpretación sean de su competencia, ella está llamada a responderla, aun cuando la consulta contenga asuntos extraños a su jurisdicción, a menos que éstos sean enteramente inseparables de los primeros o que existan otras razones suficientes para fundamentar que se abstenga de emitir su opinión.

13. La primera pregunta reza así:

Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1 de dicha Convención?

14. La Corte estima que, tal como está redactada, la pregunta comprende dos cuestiones con significado diverso, las cuales pueden distinguirse claramente. La primera se refiere a la interpretación del artículo 14.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma; y la segunda tiene que ver con la aplicación del artículo 14.1 en el ámbito jurídico interno de Costa Rica. La Corte se limitará a responder sobre la primera cuestión en los términos del artículo 64.1 de la propia Convención, que es el aplicable según se expresó anteriormente. La segunda cuestión, tal como ha sido planteada, se sitúa fuera de la competencia consultiva de la Corte.

15. En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que esta pregunta, en el sentido indicado, resulta admisible ya que se dirige a la interpretación de la Convención, y la Corte así lo declara.

16. La segunda pregunta dice:

De no ser así, tiene el Estado costarricense el deber jurídico - internacional de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren

necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención, según las disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

En virtud de la precisión que se hizo de la pregunta anterior, el nexo de causalidad establecido por la segunda pregunta con respecto a la primera, carece de objeto. Por lo tanto, debe considerarse que el propósito de esta pregunta es determinar qué obligaciones, si las hay, están impuestas a Costa Rica por el artículo 2 de la Convención a fin de hacer efectivo el derecho reconocido por el artículo 14.1. La respuesta a ella requiere que la Corte interprete la Convención y, por ende, resulta admisible.

17. La tercera pregunta es la siguiente:

Si se decidiese que el Estado costarricense está en el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, sería dable entonces entender que la expresión “ley” que figura al final del párrafo primero del mencionado artículo 14 está usada en sentido amplio o lato, lo que podría comprender entonces disposiciones de carácter reglamentario emitidas por decreto ejecutivo, teniendo en cuenta la índole más bien instrumental de tales disposiciones legales?

En la medida en que esta pregunta procura la interpretación del significado de la palabra “ley”, tal como ésta se emplea en el artículo 14.1 de la Convención, es admisible por las mismas razones.

18. Al haber resuelto la Corte que las tres preguntas formuladas por Costa Rica son admisibles en todo cuanto se refiere a la interpretación de la Convención, y considerando que no existen otras razones que pudieran llevarla a abstenerse de emitir la opinión consultiva solicitada, de acuerdo con lo que la Corte ha estimado en su jurisprudencia (“*Otros tratados*”

objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 31; *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 21; *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 11), se pasa a continuación a examinar el fondo del asunto.

II FONDO DEL ASUNTO

19. La primera pregunta requiere determinar los efectos jurídicos del artículo 14.1, dadas las obligaciones contraídas por un Estado Parte en virtud del artículo 1.1 de la Convención.

20. El artículo 14 dispone lo siguiente:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes* emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

* El texto inglés del artículo 14 dice “inaccurate or offensive statements or ideas”. La palabra “ideas” no aparece en los textos español, portugués ni francés de esta disposición, los cuales se refieren a “informaciones inexactas o agraviantes”, “informações inexatas ou ofensivas” y a “données inexactes ou des imputations diffamatoires”.

El artículo 1.1 establece:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

21. Estas normas deben ser interpretadas utilizando

los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema (*Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 48).

Esos criterios son los consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 31.1 se lee:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

De acuerdo con el artículo 32 de la misma Convención de Viena, solamente cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 “a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”, puede acudir a otros medios de interpretación.

22. En el caso presente, la expresión “toda persona... tiene derecho”, que utiliza el artículo 14.1, debe interpretarse de buena fe en su sentido corriente. La Convención consagra “un derecho” de rectificación o respuesta, lo que explica que los incisos 2 y 3 del mismo artículo 14 sean tan terminantes

respecto de “las responsabilidades legales” de quienes den tales informaciones inexactas o agraviantes y de la obligación de que alguien responda por ellas. Esta interpretación no tiene sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

23. La tesis de que la frase “en las condiciones que establezca la ley” utilizada en el artículo 14.1 solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el “sentido corriente” de los términos empleados ni con el “contexto” de la Convención. En efecto, la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás” (*ver La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18, párrs. 59 y 63); con el artículo 11.1 y 11.3 según el cual

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

y con el artículo 32.2 de acuerdo con el cual

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

24. El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las

personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (Convención Americana, Preámbulo; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 33).

25. La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 (*La colegiación obligatoria de periodistas, supra* 18). Recuérdese que la Resolución (74) 26 del Comité de Ministros del Consejo de Europa fundamentó el derecho de respuesta en el artículo 10 de la Convención Europea, sobre libertad de expresión.

26. Habiendo llegado a la conclusión de que la Convención establece un derecho de rectificación o respuesta, la Corte debe ahora desarrollar las consecuencias del criterio precedentemente afirmado.

27. El artículo 14.1 no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. De acuerdo con el artículo 14.1, estas condiciones serán las “que establezca la ley”, frase que implica un lenguaje que, a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención (“estará protegido por la ley”, “conforme a la ley”, “expresamente fijadas por ley”, etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio

de la “ley”, cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte. No es el momento de resolver aquí qué significa la palabra “ley” (*infra* 33).

28. El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

29. Esta conclusión se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

30. Este artículo, que es el implicado en la segunda pregunta, recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice:

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

31. La Corte pasa ahora a considerar la tercera pregunta contenida en la solicitud de Costa Rica. En ella se pide su opinión sobre el sentido de la expresión “ley” tal como se utiliza en el artículo 14.1.

32. En su Opinión Consultiva *La expresión “leyes”* (*supra* 18), la Corte hizo un extenso análisis del significado de la palabra “leyes”, tal como se utiliza en el artículo 30 de la Convención. En esa opinión, la Corte precisó que dicho vocablo no ha sido necesariamente utilizado a lo largo de la Convención para expresar un concepto unívoco y que, por tanto, su significado debe definirse en cada caso, recurriéndose para ese efecto a las correspondientes normas de derecho internacional aplicables a la interpretación de los tratados. La Corte expresó allí que

La pregunta se limita a indagar sobre el sentido de la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención. No se trata, en consecuencia, de dar una respuesta aplicable a todos los casos en que la Convención utiliza expresiones como “leyes”, “ley”, “disposiciones legislativas”, “disposiciones legales”, “medidas legislativas”, “restricciones legales” o “leyes internas”. En cada ocasión en que tales expresiones son usadas, su sentido ha de ser determinado específicamente (*La expresión “leyes”, supra* 18, párr. 16).

En otra de sus opiniones consultivas dijo:

siempre que un convenio internacional se refiera a “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales (*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 14).

33. La Corte ha resuelto ya que el artículo 14.1 establece el derecho de rectificación o respuesta y que la frase “en las condiciones que establezca la ley” se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, mas no a su creación, existencia o exigibilidad internacional. Siendo éste el caso, cabe referirse a las estipulaciones del artículo 2, puesto que tratan sobre el deber de los Estados Partes de “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de “ley”, tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención (*La expresión “leyes”, supra* 18).

34. En todo caso, al regular tales condiciones, los Estados Partes están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8 y 25 de la Convención).

35. Por tanto

LA CORTE,

1. En cuanto a la admisión de la consulta presentada por el Gobierno de Costa Rica,

DECIDE

Por cuatro votos contra tres, Admitirla.

Disienten:

Los jueces Buergenthal, Nieto Navia y Nikken.

2. En cuanto a las preguntas contenidas en la consulta formulada por el Gobierno de Costa Rica sobre la interpretación del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma,

ES DE OPINIÓN,

por unanimidad

A. Que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que, de conformidad con el artículo 1.1, los Estados Partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

por unanimidad

B. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la Convención, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias

por seis votos contra uno

C. Que la palabra “ley”, tal como se emplea en el artículo 14.1, está relacionada con las obligaciones asumidas por los

Estados Partes en el artículo 2 y, por consiguiente, las medidas que debe adoptar el Estado Parte comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho consagrado en el artículo 14.1. Pero en cuanto tales medidas restrinjan un derecho reconocido por la Convención, será necesaria la existencia de una ley formal.

Disiente:

El Juez Piza Escalante

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 29 de agosto de 1986.

Thomas Buergenthal (f)
Presidente

Rafael Nieto Navia (f)

Rodolfo E. Piza E. (f)

Pedro Nikken (f)

Héctor Fix-Zamudio (f)

Héctor Gros Espiell (f)

Jorge R. Hernández Alcerro (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

OPINIÓN SEPARADA DEL JUEZ HÉCTOR GROS ESPIELL

1. Conuerdo con la totalidad de la opinión consultiva emitida por la Corte. No tengo, en consecuencia, discrepancia alguna respecto de la forma en que se contestan las preguntas formuladas por el Gobierno de Costa Rica ni sobre los argumentos desarrollados para fundamentar las respuestas que da la Corte.

2. Pero pienso que la Corte debió encarar, en el desarrollo de la fundamentación de sus opiniones, otros criterios además de los analizados en los párrafos considerativos de la opinión consultiva. Esos criterios, a los que enseguida me referiré, los estimo esenciales para comprender la naturaleza y el ámbito del derecho de rectificación o respuesta reconocido por el artículo 14.1 de la Convención Americana. Para poder contestar cabalmente las preguntas formuladas por el Gobierno de Costa Rica es preciso su claro entendimiento, ya que las respuestas podrían ser distintas según los diferentes criterios que se tuvieran sobre estos elementos esenciales para la comprensión de lo que es el derecho de rectificación o respuesta.

Es por ello que conceptúo que la Corte debió pronunciarse sobre tales criterios, cuya consideración es absolutamente pertinente, ya que constituyen presupuestos necesarios para poder contestar de manera cabal las preguntas hechas por el Gobierno de Costa Rica.

3. El derecho de rectificación o respuesta está reconocido a toda “persona” –concepto determinado en el artículo 1.2 de la Convención– “afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio”. En cuanto es un derecho cuyo ejercicio supone una ineludible relación con el derecho, que poseen también todas las personas, “de buscar, recibir

y difundir informaciones” (art. 13.1) –derecho que puede dar lugar a responsabilidades fijadas por la ley, necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” (art. 13.2.a), y se debe tener en cuenta el derecho de toda persona al respeto de su honra (art. 11)– la determinación del carácter inexacto o agraviante de las “informaciones”, deberá ser, si hay una diferencia al respecto, la consecuencia de un procedimiento judicial que asegure la existencia de estos extremos. Si “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás” (art. 32.2), debe garantizarse el justo equilibrio y la armonización concreta, en cada caso, entre la libertad de información, el derecho de rectificación o respuesta y el derecho a la protección de la honra, por medio de un procedimiento judicial que asegure la garantía de todos los derechos en juego y que determine el carácter inexacto o agraviante de la información, en el caso en que haya un conflicto o diferencia resultante del intento de hacer valer, en un caso o situación concreta, el derecho de rectificación o respuesta. Esto es fundamental, ya que sin un procedimiento judicial capaz de determinar, con plenas garantías, la existencia o no de los extremos exigibles para que el derecho de rectificación o respuesta se reconozca en un caso concreto, si hubiera un conflicto o diferencia sobre su ejercicio, se estaría violando el artículo 8 de la Convención, que reconoce el derecho a ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Un derecho de rectificación o respuesta para cuya efectividad práctica sólo hubiera que recurrir a un procedimiento automático, sin control judicial de la verificación de los extremos indicados y sin las garantías del debido proceso, en caso de contestación, podría constituir, no una expresión de protección del derecho a la honra y a la dignidad (art. 11) y un elemento integrante de la libertad de información (art. 13), sino, por el contrario, un atentado a la libertad de pensamiento y de

expresión (art. 13.1).

4. La información inexacta o agravante debe haberse emitido en perjuicio de la persona “a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general”. La expresión “medios de difusión legalmente reglamentados”, aparece en lo que es hoy el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención, en la última etapa de redacción de texto, en la Conferencia Especializada de 1969, como propuesta del Grupo de Trabajo que redactó la versión final de este artículo, sin que se señalara la razón o el sentido de la incorporación de dicha expresión (*Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973 (en adelante “Actas y Documentos”) repr. 1978, págs. 280, 281 y 282).

Atendiendo primeramente al texto, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 31), debe concluirse que con esa expresión se individualiza a todos los medios de difusión que, de una u otra forma, están regulados, por medio de la ley, en el derecho interno de los Estados Partes. No se refiere a una forma específica o concreta de reglamentación, ni puede interpretarse en el sentido de que incluye sólo a los medios de difusión para el funcionamiento de los que la ley exige una autorización, concesión o habilitación previa. La Convención no hace esta distinción, y, por ende, no hay fundamento alguno para que el intérprete la realice. Pero, además, si se hiciera una distinción entre uno u otro medio de difusión, incluyendo por ejemplo a la radio y a la televisión y excluyendo a la prensa escrita, se estaría efectuando una discriminación, por ende prohibida, y se violaría el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad, garantizados por la Convención (arts. 1.1 y 24).

5. El derecho de rectificación o respuesta sólo se comprende y se explica en función de la libertad de pensamiento,

expresión e información. Estos derechos forman un complejo unitario e independiente. Como dijo la Corte:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas... (*La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30).

En su dimensión individual, el derecho de rectificación o respuesta garantiza al afectado por una información inexacta o agravante la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio. En su dimensión social, la rectificación o respuesta permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agravante.

El derecho de rectificación o respuesta permite, de ese modo, el restablecimiento del equilibrio en la información, elemento necesario para la adecuada y veraz formación de la opinión pública, extremo indispensable para que pueda existir vitalmente una sociedad democrática. Este extremo es fundamental para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 29.c), cuyo propósito es consolidar en el continente las instituciones democráticas (Preámbulo, párr. 1). Y la democracia, a la que la Convención se refiere, es la democracia pluralista y representativa, que supone “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (*Ibid.*).

La libertad de pensamiento y de expresión (art. 13) constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desenvolvimiento de la personalidad de cada uno de sus miembros. Hay que reconocerla, incluso cuando su ejercicio provoque, choque o inquiete. Como ha dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, es ello una exigencia del “pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto, sin los cuales no es posible la existencia de una sociedad democrática” (Eur. Court H. R., *Lingens case*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41). Pero esta libertad debe estar equilibrada, dentro de los límites posibles en una sociedad democrática, con el respeto de la reputación y de los derechos de los demás (art. 13). Este equilibrio tiene como uno de sus medios de realización el reconocimiento, en la Convención, del derecho de rectificación o respuesta (art. 14), que juega en el caso de “informaciones inexactas o agraviantes”.

La existencia de un derecho de rectificación o respuesta es una vía para hacer jugar la responsabilidad prevista por el artículo 13.2, en los casos en que las libertades de pensamiento, de expresión o de información sean utilizadas de forma que ofenda el respeto “a los derechos o a la reputación de los demás”.

6. El artículo 2 de la Convención dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es evidente que este artículo de la Convención impone el deber a los Estados Partes de adoptar las medidas requeridas

para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1. Como se dijo cuando se propuso la inclusión del actual artículo 2 en el Proyecto de Convención, en las observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos:

La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia (*Actas y Documentos*, *supra* 4, pág. 38).

El artículo 2 de la Convención, aparece en el proceso de elaboración de este instrumento en su última etapa, ya que no se halla en los proyectos iniciales ni en el elaborado finalmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello fue la consecuencia de que originalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del Derecho Internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del

cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1. Sin esta interpretación lógica de por qué se incluyó este artículo 2 en la Convención, ello carecería de sentido. Es más, conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta conclusión es inadmisibles, porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados Partes del artículo 1 de la Convención. Al respecto no puede olvidarse que la fuente del artículo 2 de la Convención Americana es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que tanto por su ubicación como por su letra, constituye, evidentemente, un complemento de la obligación esencial impuesta por el párrafo 1 de dicho artículo 2. En cambio, la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga al artículo 2 de la Convención Americana o al párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional. En su artículo 1, los Estados Partes se limitan a reconocer a toda persona sometida a la jurisdicción de esos Estados los derechos y libertades definidas en su Título I. Pero este reconocimiento implica el deber de los Estados Partes de respetar y garantizar dichos derechos y de ser necesario, también, de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia del reconocimiento de esos derechos y libertades.

7. Estimo que es a la luz de los razonamientos que preceden que la opinión emitida por la Corte, en cuanto a las preguntas formuladas por el Gobierno de Costa Rica, adquiere su verdadero significado y que el derecho de rectificación o respuesta se precisa y comprende de manera adecuada, en el marco

de su relación con los demás derechos reconocidos por la Convención, teniendo en cuenta las obligaciones que los Estados Partes han adquirido a su respecto, como consecuencia de lo dispuesto en sus artículos 1.1 y 2.

Héctor Gros Espiell (f)

Charles Moyer (f)

Secretario

OPINIÓN DISIDENTE CONJUNTA DE LOS JUECES RAFAEL NIETO NAVIA Y PEDRO NIKKEN

Lamentamos tener que disentir de la mayoría de la Corte sobre el asunto de la admisibilidad de la presente Opinión Consultiva, a pesar de que no albergamos ninguna duda sobre la naturaleza de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados Partes según el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como tampoco acerca de que, en el caso en que el derecho de rectificación o respuesta no fuera ejercitable por “toda persona” en la jurisdicción de Costa Rica, ello constituiría una violación de la Convención susceptible de ser reclamada internacionalmente.

Nuestro disentimiento se limita estrictamente a la cuestión de la admisibilidad y se funda en las siguientes razones:

1. La función de la Corte es la de interpretar no el derecho interno sino el derecho internacional, que en el caso de la jurisdicción contenciosa está representado por las propias disposiciones de la Convención y en el de la competencia consultiva por la misma Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (“*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 42).

2. No obstante lo anterior, debe reconocerse que el derecho interno de los Estados Americanos no es completamente ajeno a la consideración de la Corte. En el ámbito de su competencia contenciosa, la Corte puede estar llamada a decidir tomando en cuenta el derecho interno de un Estado Parte, en la medida en que su aplicación puede originar una determinada violación de las obligaciones que el mismo ha contraído en virtud de la Convención. Se trata, con todo, de supuestos en los que la cuestión fundamental que tendría que resolver la Corte es si la Convención ha sido violada o no, de modo que serían las reglas contenidas en ésta las que habría que interpretar para precisar su alcance y determinar si han sido infringidas.

3. También en el campo de su competencia consultiva, según el artículo 64.2 de la Convención, la Corte está llamada, si así lo solicita cualquier Estado Miembro de la OEA, a pronunciarse sobre la compatibilidad entre una determinada ley de ese Estado y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Se trata aquí de una función que tiene el propósito de ayudar a los Estados Miembros de la OEA al más ajustado cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos mediante la adecuación de su ordenamiento interno a la Convención.

4. Pero aun en este caso, la interpretación de la Corte ha de referirse, en lo esencial, a la Convención o a otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos, es decir, al derecho internacional. Se trata, de nuevo, de establecer cuál es el alcance de la garantía ofrecida, a través del tratado sometido a interpretación, por el Estado Miembro que solicita tal consulta. Definido ese punto, será necesario comparar el resultado de la interpretación con el contenido de una ley interna para determinar así en qué medida existe contradicción entre ésta y

el compromiso internacional del Estado solicitante en materia de derechos humanos.

5. En el caso presente tiene especial interés determinar si, como se ha expresado, la consulta solicitada se refiere a la interpretación de la Convención o si, por el contrario, lo que se solicita de ella es que se incline por una determinada posibilidad interpretativa del derecho costarricense. En el primer caso la Corte tendría competencia para responder y la consulta sería admisible; en el segundo, la interpretación requerida estaría fuera del ámbito del artículo 64 de la Convención y, por ende, de la competencia de la Corte, de tal manera que la solicitud sería inadmisibile.

6. Para resolver el problema así planteado la Corte debe examinar cuáles son las cuestiones que pudieran estar envueltas en las preguntas formuladas por el Gobierno, para determinar si estas últimas se refieren a temas sometidos a su competencia. A este respecto debe observarse que las preguntas han sido formuladas de forma que se condicionan sucesivamente, puesto que la tercera depende de la respuesta dada a la segunda, y ésta de la que se dé a la primera. En tal sentido, según el criterio del Gobierno, la primera pregunta formulada es determinante, de tal manera que si ella no fuera admisible no tendría sentido, en los términos en que el Gobierno planteó el asunto, pasar a responder las demás.

7. El Gobierno formuló las siguientes preguntas:

1. Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1 de dicha Convención?

2. De no ser así, tiene el Estado costarricense el deber jurídico

internacional de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención, según las disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

3. Si se decidiese que el Estado costarricense está en el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, sería dable entonces entender que la expresión “ley” que figura al final del párrafo primero del mencionado artículo 14 está usada en sentido amplio o lato, lo que podría comprender entonces disposiciones de carácter reglamentario emitidas por decreto ejecutivo, teniendo en cuenta la índole más bien instrumental de tales disposiciones legales?

8. Además, en las consideraciones que originan la consulta el Gobierno señaló:

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la solicita el Gobierno de la República debido a que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser concretamente ejercido.

9. Igualmente, el Gobierno citó el párrafo primero del artículo 7 de su Constitución Política según el cual:

Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

10. De las preguntas mismas, así como de las consideraciones que originan la consulta, tal como las expresa el Gobierno en su solicitud, se evidencia que los problemas legales que ella plantea se vinculan con la inexistencia, en Costa Rica, de una ley que **establezca las condiciones** en las cuales ha de ejercerse, en ese país, el derecho de rectificación o de respuesta reconocido por el artículo 14 de la Convención. Surge la duda sobre si tal ley es necesaria en Costa Rica, habida cuenta de lo que su Constitución Política establece.

11. La pregunta central es si el derecho consagrado en el artículo 14 “está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense” y, aunque se añada que tal cosa se pregunta a la luz del artículo 1 de la Convención, no es posible contestarla sin referencia expresa a su derecho interno, pues tiene que ver con el sistema a través del cual se pueden garantizar, en el orden interno, los compromisos internacionales del Estado, lo que exige determinar si, con arreglo al orden jurídico interno de Costa Rica, es posible hacer valer internamente un derecho ya reconocido en un tratado.

12. La pregunta no está formulada en términos de compatibilidad o incompatibilidad de una específica ley interna con la Convención. Tampoco en términos del alcance de los derechos y obligaciones establecidos en la Convención, en particular en su artículo 14, en cuyo caso la respuesta sería válida en general respecto de cualquier Estado Parte. En este sentido, no se pregunta expresamente lo que, a nuestro juicio, está fuera de toda duda como es si la imposibilidad de ejercer el derecho contenido en el artículo 14 en cualquier Estado Parte constituye una violación de la Convención que podría eventualmente plantearse ante los órganos de protección por ella previstos. Lo que se busca, en cambio, es que se defina si tales derechos están o no garantizados en la jurisdicción del Estado costarricense.

13. La referencia al artículo 1.1 de la Convención no cambia

esta conclusión pues, para entender que la pregunta se refiere al carácter de este artículo y no al derecho interno costarricense, es necesario reformularla, quitándole las referencias respectivas. Creemos que la reformulación es posible en ciertos casos, siempre teniendo en cuenta la misión que a la Corte le confía la Convención “tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de (los) derechos fundamentales, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala” (*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 25). Sin embargo, en este caso dicha reformulación no parecía necesaria puesto que la inmediata exigibilidad internacional de los derechos reconocidos por el artículo 14 no ofrece duda ni había sido cuestionada por Costa Rica.

14. Tampoco tiene esto que ver con el carácter “self-executing” de la Convención ni con la manera como se implanta ella en el orden jurídico de los Estados Partes, no solamente porque, no obstante la referencia que a este problema se hace en las consideraciones que originan la consulta, tal cosa no se ha preguntado, sino porque el carácter “self-executing” de un tratado es también, en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna.

15. En este orden de ideas, consideramos que la primera pregunta no podía ser respondida a través de la interpretación de la Convención sino de la del derecho interno de Costa Rica, en particular de su Constitución y del poder que ésta o la aprobación de la Asamblea Legislativa tengan para dotar de efectividad los tratados de que sea parte tal Estado, así como de la competencia de sus tribunales para aplicarlos. Esa función corresponde a los órganos internos costarricenses, pero está fuera del ámbito de jurisdicción de la Corte.

16. Si la primera pregunta, por las razones expuestas, era inadmisibles y no podía ser respondida, las otras dos, íntimamente ligadas y dependientes de la respuesta a la primera, tampoco. Por esas razones estimamos que la reformulación hecha por la Corte y que le permitió evitar todo pronunciamiento sobre el derecho interno costarricense no resultaba necesaria en esta ocasión, sino que lo procedente habría sido declarar inadmisibles la consulta planteada y abstenerse de responder.

17. La consecuencia normal de nuestra discrepancia respecto de la admisibilidad habría sido la abstención en cuanto al fondo de la respuesta emitida por la Corte. No obstante dentro del contexto de la presente opinión hemos considerado ineludible votar favorablemente las conclusiones del fallo por las siguientes razones:

A. El artículo 15.1 del Reglamento de la Corte dispone expresamente que el voto de cada Juez será “afirmativo o negativo, sin abstenciones”. Esa circunstancia descarta enteramente la posibilidad de una abstención sobre el fondo.

B. Como se ha expresado antes, no albergamos ninguna duda respecto de la exigibilidad internacional de las obligaciones contraídas por el artículo 14, tal como lo analiza la Corte en sus consideraciones de fondo, con las cuales estamos de acuerdo.

C. Aun cuando hemos discrepado, por las razones antes mencionadas, sobre el ejercicio que la Corte ha hecho de sus facultades para la reformulación de las consultas que le sean sometidas, reconocemos que en el presente caso dicha reformulación no condujo a que la Corte entrara a considerar materias, como la interpretación del derecho interno, que están fuera de su competencia y que se limitara al análisis de la Convención, para lo cual sí está plenamente facultada.

Rafael Nieto Navia(f)

Pedro Nikken (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

**OPINIÓN DISIDENTE Y CONCURRENTE
DEL JUEZ THOMAS BUERGENTHAL**

1. Estoy de acuerdo con mis colegas Nieto Navia y Nikken en que la presente solicitud de opinión consultiva es inadmisibile y hago míos los argumentos que exponen en su opinión para justificar esa conclusión. Por consiguiente, disiento de aquella parte de la opinión de la Corte que sostiene que la consulta es admisible.

2. Al haber concluido que la solicitud de Costa Rica es inadmisibile porque pide a la Corte emitir una opinión sobre un tema que está fuera de su competencia, considero inapropiado abordar el fondo de la solicitud y hubiera preferido abstenerme de votar sobre ello. Sin embargo, el artículo 15.1 del Reglamento de la Corte no me lo permite. Esa disposición dice:

El Presidente pondrá los asuntos a discusión y votación punto por punto, de manera que el voto de cada Juez sea afirmativo o negativo, sin abstenciones.

Mi interpretación de esta norma es que se me exige votar a favor o en contra de la mayoría, sin permitirse las abstenciones.

3. Puesto que estoy obligado a votar, he decidido votar con la mayoría porque considero que lo que sostiene está jurídicamente bien fundado. Cabe señalar que la mayoría reformuló substancialmente la primera pregunta que presentó Costa Rica. Este proceder por parte de la mayoría también cambió implícitamente el significado de las dos preguntas restantes y le permitió contestar a las tres preguntas con una simple reformulación de las disposiciones de los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención. En consecuencia, las respuestas que da la Corte resultan inobjetables.

4. Dado el contenido del artículo 14.1, no hay duda de que esa norma establece un “derecho de rectificación o respuesta”. Se ha alegado que la frase “en las condiciones que establezca la ley” indica que el artículo 14.1 fue concebido simplemente para autorizar, pero no para exigir, a los Estados Partes establecer ese derecho. Las razones expresadas por la mayoría para rechazar este punto de vista son correctas, en mi opinión, si el lenguaje pertinente se lee de conformidad con las reglas de interpretación previstas en el Derecho Internacional. No hace falta, entonces, que repita esos argumentos, pero sí agregaría que sostener lo contrario distorsionaría el significado del artículo 14.1. El que yo, como particular, considere que la creación de un derecho de respuesta sea una idea buena o mala no es algo que me compete abordar al interpretar el artículo 14.1. Ese artículo está en la Convención y, como juez, tengo que interpretarlo de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional en la materia que imponen, entre otras cosas, la obligación de hacerlo de “buena fe” (*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 31.1). En este sentido, es importante señalar que la Corte ha manifestado en forma muy clara que el artículo 14.1 no puede ser interpretado ni aplicado de una manera que menoscabe el ejercicio de los derechos que el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y Expresión) garantiza, punto de vista que yo comparto plenamente.

5. Me resulta claro, además, que en la medida en que el artículo 14.1 reconoce el “derecho de respuesta”, según los artículos 1 y 2 de la Convención, cada Estado Parte tiene la obligación de “garantizar (el) libre y pleno ejercicio (de ese derecho) a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”. Cualquier Estado que incumpla este requisito estaría violando las obligaciones internacionales que asumió al ratificar la Convención.

Como regla general, el que Costa Rica cumpla con las mencionadas obligaciones por medios legislativos, judiciales o administrativos es, en mi opinión, un asunto de derecho interno. Considero que no es necesario extenderse más sobre el tema en esta ocasión.

Thomas Buergenthal (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

OPINIÓN SEPARADA DEL JUEZ RODOLFO E. PIZA ESCALANTE

1. He concurrido en la votación mayoritaria de la Corte sobre la solicitud del Gobierno de Costa Rica, así como sobre la respuesta de las preguntas primera y segunda, no sobre la de la tercera. Sin embargo, considero necesario declarar Mi opinión separada sobre la totalidad de la consulta, por las siguientes razones:

- a) Porque disiento de la forma en que la mayoría de la Corte ha precisado el sentido mismo de las preguntas planteadas, para efectos, tanto de admisibilidad, cuanto de su respuesta, considerándolas tan sólo como las de una consulta general sobre la interpretación del artículo 14.1, en relación con los 1.1 y 2 de la Convención, en los términos del artículo 64.1 de la misma, sin referencia al derecho interno de Costa Rica o de los Estados Partes en general; precisión que, a mi juicio, soslaya la dimensión específica que también debió dárseles, de conformidad con su contexto y con la intención manifiesta del Gobierno al plantearlas, que son principalmente los de una consulta particular, en el ámbito del artículo 64.2;
- b) Porque juzgo que la solicitud, así entendida, era admisible

en cualquiera de ambos sentidos, ya que en ambos se dirigía a obtener una interpretación de la Convención, en el primero en sí misma, y en el segundo en función de la compatibilidad del derecho costarricense con sus disposiciones, en el ámbito específico de la jurisdicción consultiva de la Corte. Si bien acepto que en este último sentido no podía contestarse pormenorizadamente, pero no porque fuera inadmisibile, sino porque no se ofrecieron con ella elementos suficientes de juicio como para permitirle al Tribunal analizar cabalmente la situación del derecho de rectificación o respuesta en el orden interno de Costa Rica;

- c) Porque siento que las respuestas dadas a las preguntas primera y segunda, aunque correctas, están expresadas de manera tan general que equivalen a una simple reproducción casi textual de las normas de la Convención cuestionadas y no alcanza a responder cabalmente la consulta concreta, aunque confusa, del Gobierno de Costa Rica, aun entendiéndola solamente en su dimensión general, en el ámbito del artículo 64.1 de la misma;
- d) Porque tampoco comparto las tesis implícitas de la mayoría, de que sea materia reservada a la jurisdicción de los Estados Partes, indiferente para el derecho internacional, la manera concreta como den o hayan de dar eficacia a los derechos consagrados en la Convención o, particularmente, la cuestión de si el cumplimiento del derecho de rectificación o respuesta corresponda a su deber contraído de respetarlos y garantizar su ejercicio, de conformidad con el artículo 1.1 de aquélla, o bien al de desarrollarlos para hacerlos plenamente eficaces en el orden interno, de conformidad con su artículo 2, como especie de caras de una misma obligación internacional;
- e) Finalmente, porque disiento de la respuesta a la pregunta tercera, en cuanto supone que la regulación del derecho de

rectificación o respuesta, en los términos del artículo 14.1 de la Convención, pueda hacerse mediante medidas diversas de la ley formal.

I

PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

2. Ciertamente, la redacción de las preguntas y, sobre todo, las consideraciones que las fundamentan, son al menos confusas, por lo que era necesario que la Corte interpretara su sentido, inclusive ejerciendo sus potestades implícitas para precisarlas, aclararlas o reformularlas; pero tal necesaria precisión no puede hacerse a contrapelo del contenido e intención de las mismas preguntas, en los términos en que fueron planteadas.

3. Ante todo, es evidente que la solicitud no se dirigía a que la Corte definiera, ni la existencia misma del derecho de rectificación o respuesta consagrado por el artículo 14.1 de la Convención, porque ésta es obvia, ni la de la obligación asumida por sus Estados Partes —la República de Costa Rica como tal—, de respetarlo, garantizarlo y, en su caso, desarrollarlo en su orden interno, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, porque esto se desprende automáticamente de su ratificación.

La consulta tampoco planteaba la cuestión de la vigencia de esas disposiciones dentro del derecho interno de Costa Rica, vigencia que el Gobierno se limitó a afirmar, indicando que en él tienen rango superior a la ley ordinaria como normas de un tratado internacional, de conformidad con el artículo 7° de la Constitución.

4. Por el contrario, el Gobierno manifestó su interés en clarificar una situación ambigua, en cierto modo de su propio orden interno, pero también directamente vinculada al cumplimiento de sus obligaciones como Estado Parte de la Convención y, por ende, a la responsabilidad que podría resultarle de su

incumplimiento en el orden internacional. En las hipótesis planteadas, parecía interesarle saber, por ejemplo, si el de rectificación o respuesta es un derecho de carácter autónomo, exigible *per se* como derecho de la Convención, aunque su ejercicio no haya sido regulado en el orden interno, de modo que su violación podría serle reclamada por el hecho de no ampararlo, como incumplimiento de su deber inmediato de respetarlo y garantizar su goce efectivo, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, independientemente de su falta de regulación; o si, por el contrario, se trata de un derecho necesitado en sí mismo de esa regulación, sin la cual no sería exigible internacionalmente, como derecho de la Convención, de tal manera que su violación le sería imputable por no haber establecido legalmente las condiciones a que alude el artículo 14.1, en concordancia con su obligación de adoptar las medidas previstas por el artículo 2, necesarias para hacerlo eficaz, o plenamente eficaz.

5. Los efectos de una u otras respuestas serían, a mi juicio, claramente diferentes desde el punto de vista de la Convención. Así se trata de un derecho autónomo, exigible *per se* aun en ausencia de regulación que lo desarrolle en el orden interno, su violación no se produciría por esa sola ausencia de regulación, que no sería indispensable, sino por el hecho de habersele negado a alguna persona su ejercicio o el amparo para ejercerlo, por las autoridades administrativas o judiciales, pero también solamente cuando esa denegación se haya producido efectivamente, en un caso concreto. En cambio, si se trata de un derecho necesitado de desarrollo en el orden interno, su violación se produciría por la sola falta de regulación oportuna, aunque a nadie se le haya negado su concreta protección. En la medida en que estas diferencias interesen específicamente al derecho de la Convención o de los otros tratados a que alude el artículo 64 de aquélla, era indispensable dilucidarlas, primero para resolver sobre la admisibilidad de la consulta, y, después para contestarla, en el tanto en que fuera admitida.

6. A la luz de lo expuesto, una primera cuestión –preguntas 1° y 2°– parece plantearse como alternativa, que no puede quedar en la simple definición formal del artículo 14.1 o de la simple obligación de respetarlo, garantizarlo y hacerlo plenamente eficaz por los Estados Partes, porque para ello bastaría con leer la Convención, sino que debería precisarse así:

- a) ¿Debe entenderse que ese artículo consagra un derecho de rectificación o respuesta de carácter autónomo, es decir, exigible *per se* como derecho de la Convención, que el Estado de Costa Rica, como Parte de ella, esté obligado a respetar y garantizar inmediatamente conforme al artículo 1.1 de la misma, haya o no establecido en su orden interno las condiciones legales a que aquella disposición se refiere?;
- b) ¿O se trata, por el contrario, de un derecho necesitado de desarrollo por el ordenamiento interno que, por ende, no puede exigirse *per se*, como derecho de la Convención mientras no se haya dado ese desarrollo, sin perjuicio del deber del Estado de Costa Rica, como Parte de aquélla, de desarrollarlo, en virtud del que asumió en el artículo 2, de proveer las medidas necesarias, normativas o de otro carácter, para hacerlo eficaz, o plenamente eficaz?

Y aun cabría, como hipótesis común:

- c) ¿O se trata, simultáneamente, de ambas cosas: un derecho exigible *per se*, que el Estado esté obligado, tanto a respetar y garantizar de una vez, como a desarrollar, estableciendo legalmente las condiciones a que se refiere el artículo 14.1?

7. Una segunda cuestión –pregunta 3°– podría enunciarse así:

- a) En la hipótesis de que, en opinión de la Corte, la República de Costa Rica esté obligada a establecer las condiciones legales a que alude el artículo 14.1 de la Convención, ¿tendrían ellas un carácter meramente instrumental, de manera que pudieran adoptarse, por ejemplo, en virtud de decretos o disposiciones administrativos?;
- b) ¿o estarían, por el contrario, comprendidas dentro de la reserva de ley y, en consecuencia, tendrían que establecerse específicamente mediante ley formal?

8. Las preguntas así precisadas podrían ubicarse, a su vez, tanto en el ámbito del artículo 64.1 de la Convención, que se refiere a la interpretación de la misma o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, en general, entendiéndose entonces que la alusión a la República de Costa Rica en la solicitud tiene un carácter meramente ejemplar, como lo tendría la de otro cualquiera de los Estados Partes; pero también podría y parece que debería serlo en el ámbito del artículo 64.2, que se refiere a la compatibilidad de las leyes internas de un Estado singular con aquellos instrumentos internacionales, con la sola condición de que ese concepto se entienda aplicable también al ordenamiento jurídico interno como totalidad. Incluso nada se opondría a que pudieran ubicarse y considerarse conjuntamente en esas dos dimensiones, como lo hizo ya la Corte en el caso de la Opinión Consultiva sobre *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5), sobre todo porque, como dijo también la propia Corte,

la única diferencia importante entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 y las que lo son según el artículo 64.2, es de procedimiento (*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 17).

9. Es verdad que la falta de referencia a ninguna concreta norma positiva del derecho costarricense cuya compatibilidad con la Convención se cuestione, así como la invocación expresa del artículo 49 del Reglamento de la Corte, que trata de las consultas generales fundadas en el artículo 64.1 de la Convención —no del 51 del primero, que es el que corresponde a las particulares previstas por el 64.2—, permitía entenderla como una consulta general, sobre la interpretación de la Convención en abstracto, dentro de las previsiones del artículo 64.1. Pero también esas mismas alusiones explícitas al ordenamiento jurídico interno de Costa Rica y a las obligaciones contraídas por ésta como Estado Parte de la Convención, obligaban a considerarla como una consulta particular, sobre compatibilidad entre ese ordenamiento y el internacional, en el ámbito del artículo 64.2 de la misma.

II ADMISIBILIDAD

10. Estoy de acuerdo en que, en la medida en que la consulta versaba sobre la interpretación del artículo 14.1, en relación con los 1.1 y 2 de la Convención, y en que había sido planteada por el Gobierno de Costa Rica, que es Estado Parte de la Convención y Miembro de la OEA, caía, en general, dentro de los alcances del artículo 64 de aquélla. Pero creo que su admisibilidad debe considerarse en sus dos dimensiones señaladas, a saber:

a) Como consulta general:

11. En este primer sentido, concuerdo con la opinión principal en que la solicitud no planteaba ninguna duda especial respecto de su admisibilidad, en la medida en que tendía específicamente a obtener una interpretación sobre el sentido de las normas de la Convención en sí mismas, que es el objeto específico de la jurisdicción consultiva de la Corte, de conformidad con el artículo 64.1.

12. Tampoco encuentro dificultad en que se admitiera la consulta por el hecho de que, aun en esa dimensión general, involucrara consideraciones que, a primera vista, podían parecer propias del derecho interno de cada Estado. En este sentido, no comparto el planteamiento de mis colegas de que, si la jurisdicción consultiva de la Corte se limita a la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (el de la Convención o el de otros tratados sobre la materia), la cuestión de en qué medida y por qué medios los Estados hayan de respetarlo y garantizarlo eficazmente quedaría fuera de su competencia, mientras lo hagan, o, dicho de otra manera, que a la Corte solamente le incumbiría determinar el sentido y alcances de los derechos internacionalmente reconocidos, o de las normas que los consagran, y la obligación general de los Estados de respetarlos y garantizarlos eficazmente, pero no cómo deban hacerlo o lo hagan de hecho, en su orden interno, porque para el derecho internacional lo que importa es que lo hagan, no la forma o los medios de que se valgan para hacerlo, que sería cosa de su exclusiva jurisdicción y responsabilidad.

13. Me parece que esta es una verdad sólo a medias: ciertamente, desde el punto de vista del derecho internacional el Estado es una sola cosa y sus actos han sido tradicionalmente considerados —ya no tanto por cierto— como hechos, jurídicos o antijurídicos en su caso, cualquiera que sea la forma que adopten, esto es, ya que se trate de actos normativos o subjetivos, o ya de actos legislativos, gubernativos, administrativos o jurisdiccionales.

14. Pero esas tesis ya no pueden sostenerse en el Derecho Internacional Contemporáneo, mucho menos en el de los Derechos Humanos, sólo sea porque, ni en el primero ni, menos, en el segundo es posible distinguir sus materias de las propias del derecho interno, al menos con la claridad con que era posible cuando el primero se limitaba a regular las relaciones y actos externos de los Estados, sin conflicto aparente con el ámbito del

segundo, bajo cuyo dominio exclusivo quedaba todo lo demás, especialmente sus relaciones y actos dentro de su territorio o respecto de sus propios súbditos. Por el contrario, hoy las mismas situaciones, en el mismo ámbito territorial y respecto de las mismas personas son objeto de ambas jurisdicciones, la de cada Estado en particular y la de la comunidad internacional. De ahí que la legitimidad y aun la necesidad de considerar cuestiones aparentemente de derecho interno desde el punto de vista del internacional, es hoy indiscutible. Ya la Corte Permanente de Justicia Internacional así lo había establecido en diversas oportunidades, incluso superando la clásica, pero trasnochada, consideración del derecho interno como mero hecho para el internacional.

b) Como consulta particular:

15. Tampoco encuentro dificultad en que se admitiera la solicitud como consulta particular, en los términos del artículo 64.2 de la Convención, en la medida en que se entendiera que planteaba la compatibilidad de normas del derecho interno costarricense con las de la primera relativas al derecho de rectificación o respuesta, porque esto es precisamente lo que define la jurisdicción consultiva de la Corte en esa dimensión particular.

16. Empero, reconozco que sí planteaba alguna duda el hecho de que el Gobierno de Costa Rica no estuviera solicitando una opinión consultiva en relación con ninguna norma concreta de su ordenamiento interno que establezca un mandato positivo susceptible de contradecir directamente las disposiciones de la Convención. En efecto, desde este punto de vista de una consulta particular, lo que se preguntó fue más bien si la sola vigencia de la Convención como derecho interno costarricense, con el rango, por cierto, superior a las leyes ordinarias que le otorga el artículo 7 de su Constitución, satisface las exigencias de la Convención relativas al derecho de rectificación o respuesta, en

ausencia de normas que regulen las condiciones de su ejercicio, en los términos de su artículo 14.1, en relación con el compromiso asumido por ese país de respetar y garantizar su ejercicio efectivo, de conformidad con el artículo 1.1; o si, por el contrario, la naturaleza de ese derecho y de la disposición que lo consagra son de aquellas que requieren un desarrollo complementario en el ordenamiento interno, de manera que la República de Costa Rica estaría violando la Convención por el hecho mismo de carecer de esa regulación, incumpliendo sus obligaciones conforme al artículo 2 y, en tal supuesto, qué clase de medidas, legislativas o de otro carácter, debe adoptar para cumplirlas.

17. Es obvio que tales cuestiones serían plenamente admisibles si se tratara de un caso contencioso, en que se sometiera a la Corte una querrela con la pretensión de que se ha violado el derecho de rectificación o respuesta en un caso concreto, por una acción u omisión imputable al Estado de Costa Rica. Naturalmente, una tal violación requeriría que se hubiera negado de hecho a la persona ofendida el amparo estatal necesario –administrativo o jurisdiccional– ante el desconocimiento de su derecho de rectificación o respuesta por un medio de comunicación legalmente reglamentado, como dice el artículo 14.1; pero tanto podría serlo en virtud de una denegación de justicia, por desaplicación de la Convención y de las normas complementarias de la legislación interna, cuanto por la imposibilidad de ampararlo en virtud de la ausencia de esas normas. Sólo que, como se dijo, uno y otro supuestos constituirían formas diversas de violación, con efectos diversos también: si fuera debida a la ausencia de normas internas complementarias, se produciría por el sólo hecho de esa omisión normativa, e inclusive, como lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia internacional, no requeriría del previo agotamiento de los recursos internos –esa misma jurisprudencia ha consagrado que es invocable ante ella la violación del derecho internacional por una norma del orden interno, aun sin necesidad de que se haya aplicado en un caso

concreto—; en cambio, si bastara con la incorporación del derecho de la Convención al interno de Costa Rica, la violación solamente se produciría en el caso concreto de una denegación de justicia, con o sin legislación intermedia. También debe tenerse presente que normalmente los medios de comunicación son privados, por lo que su simple negativa a reconocer el derecho de rectificación o respuesta no podría constituir violación del Derecho Internacional, en la medida en que no sería imputable al Estado mismo mientras éste, a través de sus órganos, no adquiriera esa responsabilidad por desamparar a la víctima de la publicación inexacta o agravante.

18. Ahora bien, si las cuestiones planteadas en la presente consulta podrían conducir a un caso contencioso en los términos dichos, sería absurdo suponer que no lo hicieran en una opinión consultiva, que es mucho más amplia e informal, sobre todo porque, como ha dicho la Corte reiteradamente, su jurisdicción consultiva fue establecida por el artículo 64 como

un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a (derechos humanos) (“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 39).

Además, como la Corte lo ha señalado en otra oportunidad, el proceso consultivo está

destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso (*Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 43); (v. Opinión Consultiva sobre *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra 8,

esp. párrs. 19 y 25).

En este último agregó:

En este sentido, la Corte entiende que su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala. Con esto lo que se quiere decir es que, de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Partes la obligación de “adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (los) derechos y libertades” de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades.

19. Por lo demás, el problema que plantearía la redacción del artículo 64.2 de la Convención, en cuanto se refiere expresamente a consultas de los Estados sobre la “compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas con los mencionados instrumentos internacionales”, en casos como el presente, que parecen más bien aludir a la ausencia de normas específicas sobre el derecho de rectificación o respuesta en el ordenamiento interno de Costa Rica, es también sólo aparente: en primer lugar, porque no puede decirse a priori que esas normas no existan del todo, dado que, según el propio Gobierno consultante, todas las de la Convención se encuentran incorporadas de pleno derecho a su ordenamiento, inclusive con rango superior a la ley; en segundo, principalmente porque, con base en el principio de “plenitud del orden jurídico”, toda ausencia de norma sobre un caso o situación concretos equivale a la existencia de una norma contraria, de la misma manera que toda norma concreta implica siempre otra conforme a la cual aquélla, o es o no es aplicable a otras hipótesis no contempladas por ella, en virtud de los principios generales y criterios técnicos de interpretación—integración del Derecho—, de manera que las llamadas lagunas del ordenamiento son sólo aparentes. Esto, válido en general, lo

es particularmente en el caso de las normas “de garantía”, dado que éstas están destinadas a operar a través de todo un aparato institucional y económico que, en la medida en que simplemente no da acceso a las personas a sus mecanismos de protección y eventual reparación, lo niega, de manera semejante y con idénticas consecuencias que si se lo prohibiera expresamente. En el caso, si, independientemente del reconocimiento del derecho de rectificación o respuesta, fuere jurídicamente necesario su desarrollo normativo en el orden interno, la sola falta de ese desarrollo normativo implicaría la existencia de una norma concreta de ese ordenamiento que vedaría el ejercicio del derecho en cuestión, dejándolo sin el respeto y garantía que reclaman los artículos 1.1 y 2 –cada uno en su esfera– de la Convención. Esto está, además, en consonancia con el principio establecido, de que, tanto se viola el derecho, y específicamente el derecho internacional, por acción como por omisión; o, como dijo la Corte Europea de Derechos Humanos:

No es posible parapetarse detrás de las eventuales lagunas del derecho interno para sustraerse a los compromisos contraído en virtud del artículo 6 del Convenio –Europeo, que consagra los derechos al debido proceso– (Eur. Court H.R., *Eckle case* of 15 July 1982 Series A No. 51, párr. 84; v. también *Marckx case*, judgment of 13 June 1979, Series A No. 31, párr. 3).

20. Por las razones expuestas, considero que la consulta del Gobierno de Costa Rica era admisible y debió ser admitida, en la forma en que me he permitido precisarla, tanto como consulta general, en los términos del artículo 64.1, cuanto como consulta particular, en los del 64.2 de la Convención.

III

SOBRE LA CONSULTA GENERAL DE COSTA RICA

21. Estoy de acuerdo con la generalidad de los razonamientos de la opinión principal sobre las preguntas 1° y 2°, en la

dimensión general en que las entendió, con algunas salvedades que no es necesario reseñar aquí, porque no incidirían gravemente en la conclusión, que comparto, de que, de conformidad con el artículo 14.1 de la Convención, el de rectificación o respuesta es un derecho *per se*, que los Estados Partes están obligados, tanto a respetar y garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, en los términos del artículo 1.1, como a desarrollar mediante las medidas, legislativas o de otro carácter, que resulten necesarias para hacerlo eficaz, o plenamente eficaz en su orden interno, de conformidad con el artículo 2 de la misma.

22. Sin embargo, debo extenderme en algunas consideraciones omitidas por la mayoría, que me parecen importantes para responder con mayor precisión la consulta, así como en otras sobre aspectos en los cuales sustentó una opinión diferente, pocas veces divergente, de la de mis colegas. Sitúo en las primeras las relativas a la interpretación misma del derecho de rectificación o respuesta, tal como lo consagra el artículo 14.1 de la Convención, y en las segundas las concernientes a la naturaleza y alcances de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en los artículos 1.1 y 2 de la misma, así como a la tercera pregunta –sobre la índole de las medidas previstas por el artículo 14.1 para regular las condiciones de ejercicio del derecho de rectificación o respuesta–.

a) Los arts. 1.1 y 2 de la Convención:

23. Los deberes generales asumidos por los Estados Partes de la Convención para cada uno de los derechos consagrados en la misma son, por una parte, el de

...respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y... garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...(art. 1.1);

por la otra, el de

...adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2).

Considero que la consulta requería que la Corte analizara el contenido y alcances de unos y otros deberes, a partir de la presunción lógica de que unos y otros se refieren a supuestos distintos –de otro modo, no tendrían sentido como disposiciones separadas–.

24. El proyecto que sirvió de base a la Convención Americana solamente contemplaba los deberes genéricos del artículo 1.1 (v. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y Documentos*, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1978, Doc. 5, págs. 12ss.); el del artículo 2, copia casi textual del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue el resultado de Observaciones del Gobierno de Chile (*Ibid.*, Doc. 7, pág. 38), apoyadas por las de República Dominicana (*Ibid.*, Doc. 9, pág. 50) y Guatemala (*Ibid.*, Doc. 4, Corr. 1, pág. 107), y, finalmente, de una moción del Ecuador en la Conferencia (*Ibid.*, pág. 145), recogida después por el Grupo de Trabajo de la Comisión I como artículo 1.2 (*Ibid.*, pág. 156). También tuvo el apoyo de los Estados Unidos de América, en una Declaración (*Ibid.*, Anexo A, pág. 148) cuyos motivos diferían de los de todos los demás, conforme se dirá.

25. Todo esto, unido a las exigencias mismas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hace que la obligación de respetarlos y garantizarlos, establecida en el artículo 1.1, sea la verdaderamente esencial al sistema de la Convención, y que se entienda precisamente como un deber inmediato e incondicional de los Estados, resultante directamente de la propia Convención: la noción misma de una protección de carácter

internacional, aunque sea sólo coadyuvante o subsidiaria de la del derecho interno, requiere que los Estados se comprometan inmediatamente a respetarlos y garantizarlos, como una obligación de carácter internacional, por encima de las vicisitudes de sus ordenamientos internos.

26. En cambio, el deber de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el artículo 2, no puede ser entendido, en el sistema de la Convención, como mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido éste último, ni tampoco como equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno, propio de toda obligación internacional, porque entonces habría sido innecesario consagrarlo por parte del mismo artículo 1.1, y quizás hasta innecesario del todo. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no contiene ninguna disposición semejante a la del artículo 2 de la Convención Americana, y sin embargo nadie podría suponer, ante esa ausencia, que la misma obligación no existiera para sus Estados Partes.

27. Por el contrario, las incidencias de la inclusión de esta norma en la Convención demuestran, a mi juicio con toda claridad, que tiene en ella un carácter marginal, para los supuestos en que el del artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno, que implicarían violaciones del propio artículo 1.1, sino en virtud de que determinados derechos –no todos– necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional. Dicho de otra manera: en tratándose de derechos reconocidos por la Convención de manera inmediata e incondicional, basta con el deber de los Estados Partes de respetarlos y garantizarlos, de conformidad con el artículo 1.1, para que sean plenamente exigibles frente a esos Estados de la misma manera inmediata e

incondicional, por lo menos como derechos de la Convención, que es lo único sobre lo cual la Corte ejerce su jurisdicción. Lo que ocurre es que algunos derechos, de conformidad con su naturaleza o con la propia Convención, carecen de esa virtualidad sin que normas u otras medidas complementarias permitan tenerlos por plenamente exigibles, como ocurre, por ejemplo, con los políticos (art. 23) o con los de protección judicial (art. 25), que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no sólo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.

28. Es por esto también que, sabiamente, el artículo 2 se refiere, no sólo a disposiciones normativas, sino también a “medidas de otro carácter”, en las cuales se engloban claramente las institucionales, económicas y humanas citadas. Pero no las administrativas o jurisdiccionales como tales, porque éstas simplemente constituyen aplicación de las anteriores y, en tal sentido, se enmarcan dentro de los deberes de respeto y garantía del artículo 1.1, no dentro de los del artículo 2 –aun en los Estados de jurisprudencia vinculante, como los del sistema del *common law*, porque es obvio que en éstos lo que crea derecho general no es el acto jurisdiccional sino la potestad normativa de los tribunales, decantada en sus prece-

dentes—.

29. La interpretación anterior es también, a mi juicio, la única que se compagina con los antecedentes del artículo 2 de la Convención. En efecto, los proyectos que la precedieron prescindían de una disposición semejante, no por inadvertencia, sino por la preocupación de que pudiera interpretarse de otra manera, como una especie de válvula de escape a las obligaciones inmediatas e incondicionales del artículo 1.1. Así, en el informe del relator de la Comisión Interamericana, Dr. Dunshee de Abranches, se decía expresamente:

Según el sistema constitucional prevaleciente en los Estados americanos, las disposiciones de los tratados se incorporan al derecho interno en virtud de la ratificación, previa aprobación del órgano legislativo competente, sin necesidad de ley especial. Por consiguiente, dicho párrafo no hace falta en la Convención Interamericana. Al contrario, si figurara en la Convención podrá justificar la alegación de que cierto Estado Parte no estaría obligado a respetar uno o más derechos, definidos en dicha Convención pero no contemplados en su legislación interna; sino después de ser expedida una ley especial sobre tal o tales derechos (*Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas... y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.19/Doc. 18, pág. 192).

Preocupación que motivó las observaciones concretas del Gobierno de Chile (*supra* 24), al proponer la inclusión del artículo 2, en el sentido de que:

Si bien en general podría ser efectiva la afirmación hecha por el Relator Dr. Dunshee de Abranches en el Documento 18 de la Comisión, en el sentido que en los Estados Americanos las disposiciones de los Tratados “se incorporan” al derecho interno en virtud de la ratificación, no es menos cierto que en varios casos habrá que adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto del proyecto así lo indica, en términos tales como: “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los

nacidos dentro del mismo” (art. 16); o “la ley reglamentará la forma...” (art. 17); y otras semejantes. La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia. (*Actas y Documentos, supra* 24, Doc. 7, pág. 38).

30. En efecto, considero que lo fundamental es el deber inmediato e incondicional de cada Estado de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales, para que éstos alcancen normalmente una plena protección desde el punto de vista del derecho internacional, aun frente a aquellos ordenamientos internos para los cuales el último carece de inmediata exigibilidad. En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el artículo 1.1 de la Convención, sin necesidad de acudir al del artículo 2, de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno.

31. Así pues, este último sólo tiene sentido, como norma independiente dentro del sistema de la Convención, para aquellos derechos que por su naturaleza estén necesitados de desarrollo mediante normas complementarias, en el caso, del derecho interno. No me refiero, por supuesto, a las normas llamadas programáticas, porque éstas establecen una categoría diferente

de mandatos, jurídicos, sí, pero que no pueden exigirse como tales ni siquiera al amparo del artículo 2 de la Convención.

32. De conformidad con lo expuesto, este artículo no puede tener un carácter condicionante del 1.1, en el sentido, por ejemplo, en que fue interpretado unilateralmente y sin ningún eco en la Conferencia de San José, por la Declaración de los Estados Unidos de América (v. *supra* 24), cuando dijo:

Los Estados Unidos convienen en que este artículo debe incluirse en el proyecto de Convención puesto que ayuda a aclarar el efecto legal que tiene la ratificación en las leyes nacionales de las partes respectivas. El artículo es lo suficiente flexible para que cada país pueda poner en ejecución el tratado de la mejor manera posible y en forma consecuente con su práctica nacional. Algunos países pueden optar por hacer que los artículos del tratado entren directamente en vigor como ley nacional, y este artículo les permitiría lograrlo. Los comentarios de Chile sugieren que su propia práctica pueda variar según el texto de cada artículo. Otros pueden preferir depender únicamente de la ley nacional para poner en ejecución los artículos del tratado. En los Estados Unidos interpretaríamos este artículo como una autorización que se nos da para seguir el último de estos cursos en el caso de materias comprendidas en la Parte I, las porciones sustantivas, del proyecto de Convención. Eso nos permitiría referirnos, cuando proceda, a nuestra Constitución, a nuestra legislación nacional ya existente, a las decisiones de nuestros tribunales y a nuestra práctica administrativa en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. También significará que podremos formular cualquier legislación necesaria en términos que de inmediato y claramente puedan incluirse en nuestros códigos nacionales. En otras palabras, los Estados Unidos no tienen la intención de interpretar los artículos de la Parte I del tratado en el sentido de que tienen aplicación por sí solos. (*Actas y Documentos, supra* 24. Trad. oficial en págs. 148 y 149).

33. Independientemente de la validez que esa interpretación o una reserva de ese tenor pudieren tener en el caso

concreto de los Estados Unidos de América –cuya determinación excedería de los límites de la presente consulta–, no parece aceptable como tesis general, ni fue de hecho lo que motivó la inclusión del artículo 2 en la Convención. Por el contrario, considero que, de acuerdo con ésta, los Estados que no reconozcan la automática recepción del derecho internacional en su ordenamiento interno, están obligados a incorporar los derechos reconocidos en aquélla, en su totalidad, en virtud de su deber de respetarlos y garantizarlos de conformidad con el artículo 1.1, no del de desarrollarlos en su derecho interno establecido en el artículo 2.

b) El artículo 14.1 de la Convención:

34. Como dije, estoy de acuerdo con la generalidad de los razonamientos de la mayoría, especialmente respecto del sentido y alcances del artículo 14.1 y del derecho de rectificación o respuesta que consagra. Me limito a las siguientes observaciones complementarias.

35. En primer lugar, dada mi interpretación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, es necesario aclarar las razones, en adición a las de la opinión principal, por las cuales considero que el artículo 14.1 establece un derecho de rectificación o respuesta exigible por sí mismo, sin necesidad de las “condiciones que establezca la ley” a que la misma disposición se refiere. En efecto, a mi juicio, el meollo de las preguntas 1° y 2° del Gobierno de Costa Rica está en la determinación de si esa alusión subordina o no el derecho mismo, o su ejercicio, en términos tales que, sin esas condiciones legales, el derecho de rectificación o respuesta no impondría a los Estados el deber inmediato e incondicional de respetarlo y garantizarlo.

36. En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los

consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio *pro homine* del Derecho de los Derechos Humanos–, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas “condiciones que establezca la ley”, es un derecho exigible *per se*.

37. Este es el caso precisamente: el artículo 14.1 define este derecho, en primer lugar, como un corolario del derecho de toda persona al “respeto de su honra” y a “la protección de la ley contra (esas) injerencias o (esos) ataques” a su “honra y reputación” (art. 11) y, en cierto modo, también del propio derecho “a la libertad de pensamiento y de expresión” (art. 13), derechos ambos que tienen una significación especial, si no preeminente, dentro de los reconocidos por la Convención; en segundo, establece los criterios básicos para determinarlo en sus alcances concretos: su titular es “toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general”, y sus efectos son los de permitirle “efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta”, de lo cual es evidente que pueden deducirse otros, como los de que tal rectificación o respuesta se publique gratuitamente, lo antes posible y en lugar y con notoriedad equivalentes a los de la publicación causante del agravio, sin “coletillas” que la desvirtúen etc.; condiciones todas estas que, a falta de las establecidas expresamente por la ley, pueden ser determinadas con sólo utilizar los criterios de razonabilidad que deben presidir toda interpretación del derecho.

38. Con otras palabras, el derecho de rectificación o respuesta es tal que nada impide respetarlo y garantizarlo, valga decir aplicarlo y ampararlo, aun a falta de ley reglamentaria, mediante simples criterios de razonabilidad; al fin de cuentas, la propia ley, al establecer las condiciones de su ejercicio, tiene

que sujetarse a iguales limitaciones, porque de otra manera violaría ella misma el contenido esencial del derecho regulado y, por ende, el artículo 14.1 de la Convención.

39. Hay, empero, dos razones que, a mi juicio, hacen que en el caso presente se dé, junto a la exigibilidad inmediata e incondicional del derecho de rectificación o respuesta y sin menoscabo de ella, la necesidad de que las condiciones de su ejercicio se establezcan con la precisión y permanencia de la ley: una, el principio mismo de seguridad jurídica, que en este caso juega un doble papel: seguridad para las eventuales víctimas de la publicación inexacta o agravante, titulares del derecho en cuestión, y seguridad para los medios de comunicación colectiva, normalmente privados, a efecto de que el ejercicio de ese derecho no se torne en abuso; la otra, corolario del necesario equilibrio entre los derechos de unos y otros, el acceso de unos y otros a un recurso jurisdiccional efectivo y expedito, adecuado a la naturaleza y urgencia de los derechos de ambos, que garantice ese equilibrio en caso de controversia y la publicación oportuna de la rectificación o respuesta, cuando fuere procedente. Aquí sí operaría el principio a que me he referido en la sección anterior de este capítulo, de que son necesarias medidas legales e institucionales complementarias para que el propio derecho consagrado en el artículo 14.1 alcance plena eficacia y garantía, como derecho de la Convención, en el orden interno, que es donde siempre han de encontrar su vigencia los derechos humanos, y, por ende, la aplicación del deber de los Estados de adoptarlas de conformidad con el artículo 2 de la misma.

40. Así debe entenderse mi voto afirmativo a las respuestas de la opinión principal respecto de las preguntas 1º y 2º de la consulta del Gobierno de Costa Rica, en tanto afirman los deberes concurrentes de los Estados Partes de la Convención, de respetarlos y garantizarlos conforme al artículo 1.1, y de desarrollarlos en su orden interno conforme al artículo 2 de la misma.

c) El significado de “ley” en el artículo 14.1:

41. Finalmente, en lo que se refiere a la pregunta 3 del Gobierno de Costa Rica, disiento de la opinión de mayoría en el tanto en que ésta interpreta, no solamente que las “medidas legislativas o de otro carácter” a que alude el artículo 2 de la Convención se refieren a disposiciones de toda naturaleza que sean adecuadas en el orden interno de cada Estado Parte en particular, y no sólo a las normativas o institucionales a que considero que deben limitarse, conforme a lo expuesto más atrás (v. *supra*, párrs. 27-31), sino también que, en virtud de esa norma de carácter general, la “ley” a que se refiere el artículo 14.1 pueda ser, no una verdadera “ley formal”, en los términos ya definidos por la propia Corte (*La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 mayo de 1986. Serie A No. 6), ni siquiera una “norma” de otro rango en sentido específico, sino incluso cualquier otro tipo de “actos”, incluso subjetivos, que tengan la virtualidad necesaria para hacer efectivo el derecho de rectificación o respuesta en cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados Partes en la Convención.

42. Es verdad que la misma opinión principal reconoce que, en el tanto en que tales medidas de orden interno puedan significar limitaciones o restricciones al propio derecho de rectificación o respuesta o a otros reconocidos por la Convención, deben ser adoptadas mediante ley formal, en los términos dichos. Sin embargo, considero que, tanto porque toda regulación significa necesariamente una limitación o restricción, como por el principio general de derecho de que el régimen de los derechos fundamentales es materia reservada a la ley, debió decirse que la expresión “ley”, en el artículo 14.1, significa en todo caso “ley formal”.

43. En refuerzo de esta afirmación, debe también tenerse presente que toda regulación de las condiciones de ejercicio del

derecho de rectificación o respuesta implicaría necesariamente limitaciones o restricciones al derecho general de libertad de los medios de comunicación colectiva, que bastarían para reclamar la exigencia de una ley formal. En este sentido, considero inaceptable la posibilidad, afirmada en la consulta, de que tales disposiciones tengan un mero carácter instrumental, habida cuenta de que ya el derecho de rectificación o respuesta está establecido en la propia Convención, o en el ordenamiento interno que la incorpora, porque para tener sentido necesariamente habrán de ir más allá de los términos de la simple definición de ese derecho, imponiendo limitaciones o restricciones nuevas, como se dijo, al titular del mismo, a los medios de comunicación colectiva, o a ambos.

44. Por supuesto, suscribo calurosamente la reserva establecida en el párrafo 45 de la opinión principal, al destacar la importancia de que, al regular las condiciones de ejercicio de rectificación o respuesta, los Estados aseguren a todos los implicados el goce de las garantías necesarias, incluyendo específicamente los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8 y 25 de la Convención).

IV SOBRE LA CONSULTA PARTICULAR DE COSTA RICA

45. Poco he de agregar a mi opinión sobre su admisibilidad, en cuanto considero que la consulta planteó, en este aspecto, no una cuestión exclusivamente del ordenamiento interno de Costa Rica, sino de compatibilidad entre ese ordenamiento y las disposiciones de la Convención Americana que pedía expresamente interpretar, a saber, el artículo 14.1, en relación con los 1.1 y 2 de ese pacto internacional, dado que, como dije (*supra*, párr. 1.b), no se han dado con ella a la Corte elementos de juicio suficientes como para permitirle pronunciarse sobre dicha in-

compatibilidad.

46. En efecto, el Gobierno de Costa Rica se limitó a afirmar que la Convención se encuentra incorporada de pleno derecho al ordenamiento interno de ese país, inclusive con el rango superior a la ley que le confiere el artículo 7° - de su Constitución, lo cual es obviamente insuficiente para determinar si con ello el Estado de Costa Rica está dando cumplimiento cabal a sus obligaciones contraídas en aquellas disposiciones. Ni siquiera informó si en el derecho costarricense existe o no alguna norma que regule las condiciones de ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, aunque puede suponerse de los términos de la consulta que no, pero la Corte no está obligada a saberlo ni a indagarlo –ni aun su miembro costarricense, como Juez internacional–; mucho menos se ofrecieron referencias concretas a la situación de ese derecho en la realidad de la vida jurídica del país, ni a la accesibilidad o inaccesibilidad de remedios judiciales apropiados, como podrían ser los del recurso de amparo ampliamente difundido en los ordenamientos constitucionales de los Estados Americanos.

47. Por esas razones, considero que la consulta de Costa Rica, en cuanto consulta particular en el ámbito del artículo 64.2 de la Convención, aunque es admisible y debió ser admitida, no se puede contestar.

V EN CONCLUSIÓN

48. Considero que la consulta de Costa Rica:

- a) Debió ser considerada por la Corte, tanto como consulta general, en el ámbito del artículo 64.1, cuanto como consulta particular, en el del artículo 64.2 de la Convención.
- b) Era admisible y debió ser admitida en ambos sentidos, en la medida en que planteaba la interpretación del artículo 14.1,

en relación con los 1.1 y 2 de la Convención, y la compatibilidad del ordenamiento jurídico costarricense con esas normas internacionales.

c) En cuanto al fondo, debió ser contestada como sigue:

I- COMO CONSULTA GENERAL:

Primero:

Que el artículo 14.1 de la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta exigible *per se*, como derecho de la propia Convención, cualesquiera que sean su valor y eficacia, o los de la Convención en general, en el orden interno de cada Estado, e independientemente de si éste haya establecido o no las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, todo Estado Parte está obligado, inmediata e incondicionalmente:

1. A garantizar el derecho de rectificación o respuesta a toda persona sometida a su jurisdicción, en los términos del artículo 14.1, frente a los medios de comunicación colectiva que el mismo se refiere, públicos o privados, así como a respetarlo directamente en los primeros, aunque no haya establecido en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por la misma disposición,
2. A garantizarlo, en todo caso, de acuerdo con criterios de razonabilidad, habida cuenta de su naturaleza, objeto y fin y de la necesidad de equilibrar su ejercicio legítimo con el de los derechos fundamentales de los demás, particularmente el de libre expresión de los medios;
3. A otorgar a toda persona que se considere agraviada, en los

términos del artículo 14.1, el acceso a un recurso jurisdiccional expedito y eficaz, que resuelva perentoriamente cualquier conflicto sobre la existencia del agravio y, en caso afirmativo, garantice la publicación oportuna de la rectificación o respuesta.

Segundo:

Que, complementariamente y sin perjuicio del deber inmediato e incondicional de respetar y garantizar el derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes están obligados, en virtud del artículo 2 de la Convención y del principio en general de seguridad jurídica, a establecer en su orden interno las condiciones de su ejercicio previstas por el artículo 14.1, habida cuenta de las peculiaridades del propio derecho y respetando su contenido esencial y los demás derechos reconocidos por el derecho internacional.

Tercero:

Que, en virtud del principio de que el régimen de los derechos fundamentales es materia de reserva de ley, y de que en la regulación del derecho de rectificación o respuesta están involucrados los intereses legítimos, tanto de los agraviados, como de los medios de comunicación colectiva, normalmente privados, el establecimiento de las condiciones de ejercicio de ese derecho debe hacerse en primer lugar mediante ley formal, en los términos definidos por la Corte en su Opinión Consultiva *La expresión "leyes"* (*supra* 41).

II- COMO CONSULTA PARTICULAR

Primero:

Que la República de Costa Rica, al incorporar a su ordenamiento interno los tratados internacionales aprobados por su

Asamblea Legislativa, inclusive con rango superior a la ley ordinaria, ha otorgado a las normas de la Convención Americana y a los derechos consagrados en ella, inclusive el de rectificación o respuesta, el reconocimiento y exigibilidad requeridos por el Derecho Internacional.

Segundo:

Que, sin embargo, a efecto de determinar si Costa Rica está dando, en relación con el derecho de rectificación o respuesta, cumplimiento cabal a sus compromisos de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención, así como de desarrollarlos en la medida necesaria para hacerlos plenamente eficaces en su orden interno, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de aquélla, la consulta no ofrece los elementos indispensables, entre otras cosas para clarificar:

1. Si hay o no, en el orden interno de Costa Rica, normas que desarrollen ese derecho, estableciendo las condiciones de su ejercicio previstas por el artículo 14.1 de la Convención, y cuáles sean su rango y contenido. La consulta nada dice sobre esto, aunque pueda inferirse de ella que tales normas no existen del todo;
2. Si hay o no, en el derecho costarricense, remedios expeditos y eficaces que garanticen el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta y su justo equilibrio con los otros consagrados en la Convención. Aunque la consulta también es omisa al respecto, es posible que recursos como el de amparo, tal como está consagrado comúnmente en los ordenamientos de los Estados americanos, constituiría un remedio aceptable, a condición de que se reconozca frente a una eventual denegación del derecho en cuestión o de los reconocidos por la Convención en general, y respecto de agravios cometidos por personas privadas;

3. Si hay o no en Costa Rica, de hecho, acceso expedito a tales remedios, especialmente a los recursos jurisdiccionales apropiados, en condiciones de igualdad y sin discriminación, si los mismos se resuelven sin denegación y con la urgencia que la naturaleza del derecho de rectificación o respuesta requiere, y si la respectiva resolución tiene plena e inmediata eficacia. No hay en la consulta ninguna información sobre tales extremos.

En consecuencia, como consulta particular, la solicitud del Gobierno de Costa Rica, aunque admisible, no se puede contestar.

Rodolfo E. Piza E. (f)

Charles Moyer (f)
Secretario

COLABORADORES EN ESTE TOMO

Alvarez Icaza L. Emilio

Mexicano, sociólogo. Integrante del Consejo Directivo del Centro Nacional de Comunicación Social A.C. (CENCOS). Consejero del Instituto Electoral del Distrito Federal, México.

Bertoni, Eduardo Andrés

Argentino, abogado. Asesor de Gabinete del Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. Profesor Visitante en Yale Law School, en el marco de intercambio de docentes con la Universidad de Palermo. Ha trabajado en la reforma judicial en varios países de América latina y ha publicado diversos artículos sobre derecho penal, procesal penal y libertad de expresión.

Cantón, Santiago

Argentino, abogado. Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Máster en Derecho Internacional en la Escuela de Derecho de American University. Ex Director de la Oficina de Información Pública de la Organización de Estados Americanos. Ex Director para América Latina y el Caribe en el Instituto Nacional Demócrata.

Chirino Sánchez, Alfredo

Costarricense, Máster y Doctor en Derecho en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Fráncfort del Meno, República Federal de Alemania. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Director de la Escuela Judicial de Costa Rica. Ha publicado varios libros, ensayos y artículos sobre temas relacionados con la dogmática jurídico-penal, el derecho procesal penal, el derecho constitucional y en el área de la protección de datos personales.

García Gor, Francisco

Español, periodista. Editorialista de El País. Profesor asociado de Periodismo Jurídico en la Facultad de Periodismo de la Universidad Carlos III, Madrid. Ex Defensor del Lector de El País, España.

Gómez Gómez, Ignacio

Colombiano, periodista de la Escuela de Periodismo de Inpahu. Editor del equipo de Periodismo Investigativo de El Espectador. Profesor de Investigación Periodística en la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Corresponsal en Colombia de Reporteros sin Fronteras. Premio Nacional de Periodismo CPB al mejor trabajo en prensa en 1991 y 1997. Premio Simón Bolívar a la mejor investigación en Prensa en 1987 y 1992 y mención de honor en 1996.

Krsticevic, Viviana

Argentina, abogada. LL.M Harvard Law School, M.A. Stanford University. Directora Ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL, por sus siglas en inglés).

Lozano, Juan

Colombiano, abogado. Profesor de derecho y comunicación social en las Universidades de los Andes, del Rosario, Javeriana y Sergio Arboleda. Director General de Información y Opinión del Canal Citytv. Se ha desempeñado como Asesor editorial, Defensor de los niños, columnista de El Tiempo, editor del Seminario Cundinamarca de El Tiempo y en diversos cargos públicos como Consejero Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia, Secretario de Desarrollo de Cundinamarca, Concejal, Diputado y Alcalde de Bojacá. Ha sido Presidente del Consejo Directivo del Capítulo en Colombia de Transparencia Internacional.

Méndez, Juan Ernesto

Argentino, abogado. Director del Centro de Derechos Civiles y Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Notre Dame, EEUU. Vice Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Miembro del Consejo Directivo y Ex Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Pinto, Mónica

Argentina, abogada. Profesora de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Público y Secretaria Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora de Derechos Humanos de la Cancillería Argentina.

Rospigliosi, Fernando

Peruano, politólogo y periodista. Actualmente es profesor de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Lima y columnista de la revista *Caretas*.

Valencia Villa, Hernando

Colombiano, abogado. Doctor en Derecho Yale University. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III, Madrid. Ex Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ex Procurador de Derechos Humanos de Colombia.

Verbitsky, Horacio

Argentino, periodista. Presidente del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina. Miembro del Consejo Directivo de Human Rights Watch/Americas. Secretario General de la Asociación Periodistas para la Defensa del Periodismo Independiente. Profesor de la Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano que dirige Gabriel García Márquez. Desde 1987, columnista de *Página/12* de Buenos Aires. Ha escrito doce libros entre los que se encuentran “Robo para la corona”, “El Vuelo” y “Un mundo sin periodistas”.

Vivanco, José Miguel

Chileno, abogado. Maestro en Derecho (Ll.M) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, EE.UU. Director Ejecutivo de la División de las Américas de Human Rights Watch. Profesor Asociado de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown y de la Escuela de Estudios Internacionales Avanzados (SAIS) de la Universidad John Hopkins, Washington D.C. Ex asesor jurídico y abogado de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Fundador y ex Director Ejecutivo del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).