www.flacsoandes.edu.ec

Libertad de expresión:
debates, alcances y nueva agenda

Libertad de expresión:
debates, alcances y nueva agenda

María Paz Ávila Ordoñez
Ramiro Ávila Santamaría
Gustavo Gómez Germano
(*Editores*)

UNESCO
Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Oficina en Quito

Naciones Unidas
Derechos Humanos
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS

Rosa M. González
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Veintimilla E9-53 entre Tamayo y Plaza
Telf: (593) 2528911 www.unesco.org/quito

Guillermo Fernández-Maldonado Castro
Asesor en Derechos Humanos para el Sistema de la ONU en el Ecuador

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telr: (593-2) 2460 330 Fax: 2461 960 www.ecuador.ohchr.org/

Equipo de Apoyo

Danilo Caicedo Tapia, María Belén Corredores Ledesma, Carlos Espinosa Gallegos-Anda, Tatiana Hidalgo Rueda, Angélica Porras Velasco, Yolanda Estefanía Pozo, Carolina Silva Portero.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO
Andrea Apolo Montalvo, Laura Ciudad Rioja, Lucía García López.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Esther Almeida, Christel Drapier.

Corrector de Estilo: Miguel Romero
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2011
1ra. edición: diciembre de 2011

Contenido

Presentación.....vii
Rosa M. González,
Consejera de Comunicación e Información para los países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Presentación.....ix
Guillermo Fernández-Maldonado C.
Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Prólogo xi
María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano

I
El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.....3
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Constitucionalismo y libertad de expresión.....31
Roberto Gargarella
Libertad de expresión y estructura social.....63
Owen Fiss
El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional.....87
Miguel Carbonell
Derechos a la comunicación y teorías de la democracia.
Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano.....97
Marco Navas Alvear
Libertad de Expresión y Ley Penal.....117
Alfredo Chirino Sánchez

II
Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas 143
Gustavo Gómez Germano
Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad 161
Roberto Saba
Diversidad, pluralismo y libertad de expresión.....181
Catalina Botero
Libertad de Expresión y Radiodifusión.....193
Catalina Botero
Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables 243
Frank La Rue

III
Jurisprudencia sobre libertad de expresión

"New york times vs. Sullivan" y la malicia real de la doctrina.....255
Eduardo Andrés Bertoni
Libertad de información, democracia y control judicial:
la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada.....275
Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes
Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos.....349
Eduardo Andrés Bertoni
Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión.....373
Ramiro Ávila Santamaría, María Paz Ávila Ordóñez

IV
Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario:
diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década 409

Nota biográfica de autoras y autores.....419

Presentación

Rosa M. González
Consejera de Comunicación e Información para los Países Andinos
Oficial a Cargo Oficina UNESCO-Quito
Representación para Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela

Por qué debemos proteger la libertad de expresión

La UNESCO, como manifiesta en su Constitución, tiene como mandato facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen. Sus esfuerzos en la defensa de la libertad de expresión, junto con sus corolarios, la libertad de prensa e información, ilustran el compromiso de la Organización con el desarrollo de la comunicación y el fortalecimiento de las sociedades democráticas.

El ejercicio pleno de la libertad de expresión, la libertad de prensa e información es esencial para cualquier sociedad democrática, pues permite que las personas defiendan todos sus derechos como seres humanos. Además, su ejercicio es también vital para asegurar la transparencia de los gobiernos y luchar contra la corrupción, permitiendo que la toma de decisiones de cada ciudadano esté fundamentada en la mayor diversidad de información posible; solo así se consigue la participación activa de los ciudadanos en la vida pública.

Para ello, es indispensable un sistema de comunicación pluralista e independiente en el que se fomente la libre circulación de las ideas. Una sociedad informada y consciente de sus derechos no sería posible sin el respeto a estas libertades.

Si bien el poder legislativo es el que ha de brindar el marco legal para el ejercicio de la libertad de expresión, es en el sistema judicial donde recae la responsabilidad final de aplicarlo. Los jueces cumplen un papel determinante en este proceso, ya que depende de ellos garantizar sentencias imparciales e independientes a todas las personas.

Por este motivo, la UNESCO consideró importante apoyar la publicación de esta obra *Libertad de Expresión: Alcances y Nueva Agenda*, cuyo objetivo es proporcionar al sistema judicial una fuente de consulta doctrinaria y jurídica sobre el derecho a libertad de expresión, fundamentada en estándares internacionales.

Los organismos del ámbito internacional han proporcionado herramientas fundamentales para implementar las mejores prácticas en el ejercicio de la libertad de expresión. La jurisprudencia internacional se ha convertido en un referente de garantía de los derechos

humanos, por lo que se pone al servicio del aparato judicial un compendio tanto de las declaraciones internacionales sobre la materia, como de los casos emblemáticos en los que la libertad de expresión ha estado en juego.

Esta publicación está dirigida a jueces, fiscales, defensores públicos, abogados y a todas las personas comprometidas con la defensa de la libertad de expresión. En el ejercicio de su labor han de velar por una correcta aplicación de las normas jurídicas, así como por un ambiente de seguridad, en el que las agresiones que puedan sufrir comunicadores y periodistas no queden en la impunidad, pues en última instancia la libertad de expresión depende en gran medida de la protección que éstos reciban.

Agradecemos a los editores de este libro María Paz Ávila, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez por su dedicación y empeño en esta publicación. También agradecemos de manera especial a todos los autores de los artículos y ensayos recogidos en este libro por permitirnos publicar su trabajo y a nuestros colegas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por impulsar esta obra.

La UNESCO, como lo establece en su Mandato, se compromete a continuar asistiendo a sus Estados Miembros en el fortalecimiento de sus capacidades para dictar y aplicar normas jurídicas y reglamentarias reconocidas en el plano internacional y que por encima de todo protejan la libertad de expresión y a todas las personas que la ejercen en pos de sociedades más justas y democráticas.

Presentación

Guillermo Fernández-Maldonado C.
Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 ha sido la sólida base sobre la que se ha construido el moderno andamiaje normativo e institucional para el desarrollo, promoción y protección de estos derechos dentro del ámbito internacional. Pero no es menos cierto que esta histórica declaración ha tenido una influencia fundamental en más de un centenar de constituciones modernas de todo el mundo.

En coherencia con ello, el derecho a la libertad de expresión, inherente a todo ser humano, se encuentra reconocido y garantizado tanto por las normas del derecho internacional de los derechos humanos como por la Constitución de la República del Ecuador. Este derecho comprende mucho más que la libertad individual para expresarse. El derecho a saber, el acceso a la información y la libertad de prensa son algunas de sus distintas facetas. El promover y proteger su ejercicio es una garantía para la construcción de un Estado de Derecho y una vida democrática plena, así como una herramienta esencial para el desarrollo de un país. Como ha sido señalado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la libertad de expresión es en muchas formas un barómetro del progreso de las sociedades.

Este derecho es también esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos. Hace más de treinta años los Estados miembros de las Naciones Unidas, reunidos en la Conferencia General de la UNESCO, destacaron a este respecto que: "El acceso del público a la información debe garantizarse mediante la diversidad de las fuentes y de los medios de información de que disponga, permitiendo así a cada persona verificar la exactitud de los hechos y fundar objetivamente su opinión sobre los acontecimientos. Para ese fin, los periodistas deben tener la libertad de informar y las mayores facilidades posibles de acceso a la información. Igualmente, los medios de comunicación deben responder a las preocupaciones de los pueblos y de los individuos, favoreciendo así la participación del público en la elaboración de la información."[1]

1 Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra. 28 de noviembre de 1978.

Es fundamental sumar esfuerzos para la promoción y protección de este derecho, debido al riesgo de que su vigencia sea limitada o eliminada de múltiples formas, por diversos actores e intereses. Los relatores especiales sobre la libertad de expresión, tanto de la ONU como de la OEA, así como figuras similares de protección de este derecho de otras regiones del mundo, destacaron los avances logrados durante la primera década de este milenio, pero también identificaron los enormes desafíos que individuos, pueblos y gobiernos debemos enfrentar hoy en todo el mundo. Destacaron la existencia de sistemas jurídicos restrictivos, las presiones políticas, comerciales y sociales sobre los medios de comunicación, la falta de tolerancia al pensamiento crítico por parte de los gobiernos y la necesidad de implementar más y mejores mecanismos para lograr la inclusión al proceso comunicativo de los sectores excluidos.

La decena de retos mundiales señalados por los relatores comprende la existencia de mecanismos ilegítimos de los gobiernos para controlar los medios de comunicación, leyes penales que criminalizan la crítica, la creciente violencia contra periodistas y comunicadores, la necesidad de reforzar la vigencia e implementación del derecho de acceso a la información, la discriminación en el ejercicio de este derecho, las presiones económicas que limitan la libertad de expresión, la falta de un marco regulatorio que garantice la existencia, independencia y el adecuado sostenimiento de las emisoras públicas y comunitarias, las restricciones desproporcionadas en nombre de la seguridad nacional y los riesgos que existen sobre las nuevas tecnologías, en particular sobre Internet, sobre cuyo acceso para todos es urgente garantizar[2].

Meses después de la entrada en vigor de la nueva constitución, en el país se inició uno de los mayores debates públicos en torno al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. Esta publicación nace desde la perspectiva de los derechos humanos y la construcción de una sociedad democrática, como una contribución al histórico reto de hacer realidad el contenido de la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tenemos confianza en que este libro será una herramienta útil de consulta para los profesionales del derecho, los académicos y los funcionarios del Estado, de la misma forma que para los profesionales de la comunicación, las organizaciones sociales y cualquier persona o grupo de personas que deseen conocer mejor sus derechos, saber cómo garantizarlos desde el Estado o como exigir su protección desde la sociedad civil.

2 Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, Washington, 2 de febrero de 2010.

Prólogo

María Paz Ávila Ordoñez, Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Gómez Germano

El libro *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda* se publica en un momento harto oportuno. En Ecuador, como en varios países de la región, se debate con intensidad sobre la libertad de expresión y su relación con el Estado y la democracia. Estamos pasando de una etapa, marcada por la ideología liberal en la que se entendía la libre expresión como un derecho que exigía por parte del Estado sólo obligaciones de carácter negativo, es decir un rol pasivo y de respeto, a otra etapa en la que el Estado también tiene obligaciones positivas y, en consecuencia, tiene un rol activo en la promoción y protección de este derecho.

Esta publicación no pretende apoyar o deslegitimar ninguna de las posiciones que se han manifestado en el debate actual, simplemente busca aportar con argumentos filosóficos, doctrinarios y jurídicos que contribuyan a: comprender a fondo la libertad de expresión, desarrollar su contenido y dibujar el papel del Estado en el contexto de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Es por ello que se recoge en esta obra el trabajo de grandes pensadores y connotados juristas nacionales e internacionales comprometidos con la defensa de los derechos y la democracia, como lo son Eduardo Bertoni, Miguel Carbonell, Alfredo Chirino, Roberto Gargarella, Juan Fernando Jaramillo, Marco Navas, Rodrigo Uprimny, Owen Fiss, Roberto Saba y los Relatores para la libertad de expresión de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Frank La Rue y Catalina Botero respectivamente.

El libro se divide en cuatro partes. La primera analiza las características y fundamentos del derecho a la libertad de expresión. Comienza con la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de presentar de manera resumida los principales temas que abordan los estándares internacionales en esta materia. En los demás artículos, los autores desarrollan temas clave como el constitucionalismo contemporáneo, la importancia y la incidencia del derecho en la estructura social, los fundamentos jurídicos, el derecho en el marco de la democracia y la relación compleja entre libertad de expresión y uso del poder punitivo para evitar su abuso.

En la segunda parte se plantea la nueva agenda de la libertad de expresión donde se presentan artículos de los Relatores para la libertad de expresión, quienes sin duda han sido los promotores del nuevo alcance y contenido de este derecho. Los retos aquí planteados se relacionan con la distribución de frecuencias, la diversidad y pluralismo en los medios de

comunicación, en particular en países como los de la región andina que tienen gran población indígena, la censura previa y el alcance del Estado en el control o regulación del sistema mediático.

En la tercera parte se expone la jurisprudencia generada en cortes tanto nacionales como internacionales en materia de libertad de expresión. Este capítulo inicia con la sentencia clásica de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *New York Times contra Sullivan,* que marcó, sin duda alguna, un hito en la comprensión del derecho en el contexto de la democracia. Luego, se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha sido paradigmática en su función de máximo intérprete de la Constitución y de controlador de poderes. Posteriormente, se aborda la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha sido fundamental en la configuración del derecho en cuanto a la comprensión de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por último, en el cuarto capítulo se presentan instrumentos y doctrina internacional.

Este libro pretende ser una herramienta de trabajo que guíe el accionar y la reflexión de los servidores judiciales cuando se enfrenten a casos relacionados con el tema, contribuyendo así a la protección de este derecho humano fundamental.

Nuestro agradecimiento a la UNESCO y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Ecuador, en particular a Guillermo Fernández-Maldonado, por promover e impulsar esta publicación. De igual modo, nuestro profundo agradecimiento a todas las personas, colegas y amigos, que han contribuido generosamente con sus artículos y ensayos. De manera especial, nuestro agradecimiento a los relatores sobre libertad de expresión de la OEA, Catalina Botero, y de la ONU, Frank La Rue, por sus significativos aportes en este trabajo.

Esperamos que este libro contribuya a la comprensión, difusión y ejercicio de la libertad de expresión, esencial para la construcción de democracias constitucionales sólidas y más inclusivas.

Diciembre 2011

I

El derecho a la libertad de expresión: características, fundamentos y debates

Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sumario

I. Preámbulo. **II.** Principios. **III.** Antecedentes. **IV.** Interpretación. **V.** Bibliografía.

I. Preámbulo

REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho;

CONSCIENTES de que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión;

PERSUADIDOS de que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio;

CONVENCIDOS de que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático;

CONVENCIDOS de que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;

RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales;

RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos;

REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;

CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile;

RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información;

REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información;

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

II. Principios

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.

7. Condicionamientos previos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como *"leyes de desacato"* atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

13. La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

III. Antecedentes

1. En respuesta al mandato encomendado con la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, durante el año 2000 la Relatoría trabajó en la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

2. La idea de desarrollar una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión nació en reconocimiento a la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales.

3. Luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil y en respaldo a la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión durante su 108 período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Dicha declaración, constituye un documento fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho.

4. La CIDH adoptó este documento con plena conciencia de que la consolidación y desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión y convencida de que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático.

5. A fines de julio, el Relator Especial fue invitado por la *Sociedad Interamericana de Prensa* (SIP) a participar de una conferencia titulada *Declaración Interamericana de Libertad de Expresión* que se realizó en Miami. Durante la misma, el Relator Especial participó en un panel sobre la Declaración de Chapultepec y presentó el proyecto de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión para consulta ante las siguientes organizaciones de la sociedad civil: Carter Center, Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR), CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), Americas Watch, Asociación Periodistas, World Press Freedom Committee y Comité para la Protección de Periodistas (CPJ) y juristas especialistas en libertad de expresión. La Declaración tuvo una importante repercusión internacional en los medios de comunicación y una muy buena acogida en organizaciones internacionales, muchas de las cuales manifestaron su apoyo al documento elaborado por la Relatoría.

6. Debido a la trascendencia de estos principios en el desarrollo del respeto a la libertad de expresión, se presenta a continuación una interpretación sobre los principios enunciados en la Declaración.

IV. Interpretación

Principio 1

> La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.

7. El respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos. El derecho y respeto de la libertad de expresión se erige como instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo, por intermedio de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> [L]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma[2].

8. Asimismo, es importante destacar que la declaración hace referencia a la libertad de expresión *"en todas sus formas y manifestaciones".* La libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación. El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole.

2 Véase CIDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas,* Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, núm. 5, párr. 70.

Principio 2

> *Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

9. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados miembros deben eliminar las medidas que discriminen a los individuos de una participación plena en la vida política, económica, pública y social de su país. La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de las personas a la no discriminación como pilares básicos en el fortalecimiento y funcionamiento de los sistemas democráticos del hemisferio[3]. La Carta de la OEA en sus artículos 33 y 44 establece:

> La igualdad de oportunidades, la distribución equitativa de la riqueza y el ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral [… y fomenta] la incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del sistema democrático.

10. La falta de participación equitativa impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas y pluralistas, exacerbando la intolerancia y la discriminación. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones. En este sentido, la Corte Interamericana expresó que:

> Dentro de una sociedad democrática [es necesario que] se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto […] Tal como está concebido en la

3 Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, Capítulo I, Obligaciones Generales: Artículo 1, Obligación de Respetar los Derechos, Capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos, Artículo 13, Libertad de Expresión.

> Convención Americana, [es necesario] que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información[4].

11. El Relator Especial considera que es precisamente por medio de una participación activa y pacífica de toda la sociedad en las instituciones democráticas del Estado cuando el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta plenamente permitiendo mejorar la condición de sectores marginados.

Principio 3

> *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*

12. Este principio se refiere a la acción de hábeas data. La acción de hábeas data se erige sobre la base de tres premisas: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles[5], falsos, tendenciosos o discriminatorios[6], y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización[7]. Este derecho de acceso y control de datos personales constituye un derecho fundamental en muchos ámbitos de la vida, pues la falta de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, a la identidad personal, a la propiedad y la fiscalización sobre la recopilación de datos obtenidos[8].

13. Esta acción adquiere una importancia aún mayor con el avance de nuevas tecnologías. Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. Por tanto, es necesario garantizar la existencia de canales concretos de

4 CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, núm. 5, párr. 69.

5 Se entiende por "dato sensible" toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona.

6 Véase Pierini, Alicia, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 16.

7 Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *El acceso a la información como derecho,* CELS, 2000, p. 7.

8 Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Secretaría de Investigación de Derecho Comparado,* Tomo 1, 1998, p. 121.

acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas. Asimismo la acción de *hábeas data* impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: el usar los datos para los objetivos específicos y explícitos establecidos; y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado o la manipulación. En los casos en que entes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos en forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada.

14. En cuanto al carácter fiscalizador de la acción de *hábeas data,* es importante destacar que en algunos países del hemisferio, dicha acción constituye un importante mecanismo de control de la actividad de las agencias de seguridad e inteligencia del Estado. El acceso a los datos personales permite verificar la legalidad utilizada por parte de estas agencias del Estado en la recopilación de datos de las personas. El acceso a dicha información, por otra parte, habilita al peticionario a conocer la identidad de los involucrados en la recopilación ilegal de datos, habilitando la sanción legal para sus responsables[9].

15. Para que la acción de *hábeas data* sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de solicitud de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información.

16. Asimismo, es necesario que para el ejercicio de dicha acción, no se requiera revelar las causas por las cuales se requiere la información. La mera existencia de datos personales en registros públicos o privados es razón suficiente para el ejercicio de este derecho[10].

Principio 4

> *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.*

17. El acceso a la información en poder del Estado es uno de los pilares fundacionales de las democracias. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado

9 Véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *op. cit.,* p. 9.

10 Véase Ekmekdjian, Miguel Angel, *Derecho a la Información: Reforma Constitucional y Libertad de Expresión, Nuevos Aspectos,* Ediciones Depalma, 1996, p. 115.

que "es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[11]. Este principio establece que el acceso a la información en poder del Estado se constituye como un derecho fundamental de los individuos y que los mismos están obligados a garantizarlo. En relación con el objeto particular de este derecho, se entiende que las personas tienen derecho de requerir documentación e información registrada en archivos públicos o procesada por el Estado, es decir información considerada de una fuente pública o documentación oficial del Estado.

18. Este derecho cobra aún mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno. El Estado, en este sentido, se constituye como un medio para alcanzar el bien común. Dentro de este contexto, el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos.

> El principio de transparencia lo que demanda es una posición servicial de la Administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho[12].

19. Sin esta información, no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental. Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucran a funcionarios públicos. La ausencia de control efectivo "implica una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables"[13]. Garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal.

20. Este principio a su vez establece el parámetro al que el Estado debe ajustarse para la negación de información en su poder. Debido a la necesidad de promover una mayor transparencia de los actos de gobierno como base para el fortalecimiento de las instituciones democráticas de los países del hemisferio, las limitaciones a los archivos en poder del Estado deben ser excepcionales. Éstas deben estar claramente establecidas en la ley y aplicable sólo en el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas. Se considera por tanto que cada acto restrictivo de ac-

11 CIDH, OC 5/85, Serie A, núm. 5, párr. 70.

12 Véase Pomed Sánchez, Luis Alberto, *El Derecho de Acceso de los Ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos,* Editorial M.A.P., Madrid, 1989, p. 109.

13 Véase Pierini, Alicia, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *op. cit.,* p. 31.

ceso a la información debe ser resuelto sobre la base de cada caso peticionado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que las restricciones a la libertad de expresión e información deben "juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas" dado que la libertad de expresión e información es esencial para toda forma de gobierno democrático[14]. Por tanto, dentro de este contexto, el Estado debe asegurar que cuando existe un caso de emergencia nacional, la negación a la información en poder del Estado será impuesta sólo por el período estrictamente necesario por las exigencias de las circunstancias y modificado una vez concluida la situación de emergencia[15]. El Relator Especial recomienda que se asegure la revisión de la información considerada de carácter clasificada, a cargo de una instancia judicial independiente capaz de balancear el interés de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos con la seguridad nacional.

Principio 5

> *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.*

21. La censura previa supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información. El artículo 13 de la Convención Americana explícitamente prohíbe la censura previa[16]. El deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información se extiende a la libre circulación de información e ideas y la exhibición de obras artísticas que puedan o no contar con la aprobación de las autoridades estatales[17].

22. La imposición de restricciones a la libertad de expresión sólo admite responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley cuando los fines

14 CIDH, OC-5/85 párr.70.

15 Véase Capítulo IV, Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla las obligaciones de los Estados bajo situaciones de emergencia.

16 La única excepción a la prohibición de censura previa es para regular el acceso a los espectáculos públicos de los menores de edad para su protección moral. Véase Artículo 13, inciso 4.

17 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, VIII Artículo 13: Libertad de Expresión, párr. 61c.

que se persiguen sean legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad sean necesarios para asegurar el fin que se procura[18].

23. Las responsabilidades ulteriores se encuentran reguladas por el artículo 13 de la Convención y sólo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros. "La restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como garantía de la libertad de expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden a priori excluidos del debate público."[19] La legitimidad no constituye un concepto vacío que los Estados pueden determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados. Estos consisten en conceptos cuyo contenido debe ser predecible, utilizando las reglas de la razonabilidad y la sana lógica, y cuya interpretación en definitiva sólo permite una solución justa[20].

24. El derecho a la libertad de expresión y pensamiento está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática; la discusión plena y libre evita que se paralice la sociedad y la prepara para enfrentar las tensiones y fricciones dentro de la misma[21]. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma[22]. Dentro de este contexto, la Corte Interamericana ha manifestado que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de una responsabilidad posterior para quien lo haya cometido. En este caso, la aplicación de responsabilidades ulteriores debe ser llevada a cabo mediante sanciones civiles posteriores y no por medio de la censura previa a la expresión no publicada[23].

25. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la libertad de expresión engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por tanto, cuando este derecho es restringido por medio 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[24]. Asimismo, la Corte Interamericana ha sostenido:

18 CIDH, OC-5/85, párr. 59.

19 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, VIII Artículo 13: Libertad de Expresión, párr. 61e.

20 Véase García de Enterría, Eduardo, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa,* Madrid, 1996.

21 Véase "Denis v. U.S.", 341 U.S. 494, 584 (1951).

22 Informe núm. 11-96, Caso 11.230, Chile, Francisco Martorell, 3 de mayo de 1996.

23 CIDH, OC-5/85, párr. 39.

24 *Ibídem,* párr. 30-32.

> La censura previa produce "una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias. Esto constituye 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[25].

26. Haciendo mención a una decisión de la Corte Europea, la Corte Interamericana ha declarado que la protección a la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquellas que "ofenden, resultan chocantes o perturban", porque "tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática"[26].

27. Asimismo, este principio establece que es inadmisible la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o del Estado con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas, como de los medios de comunicación. La Comisión Interamericana ha expresado al respecto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. La limitación en el libre flujo de ideas que no incitan a la violencia anárquica es incompatible con la libertad de expresión y con los principios básicos que sostienen las formas pluralistas y democráticas de las sociedades actuales[27].

Principio 6

> *Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.*

28. Este principio establece que toda persona tiene el derecho pleno de ejercer su libertad de expresión sin la exigencia de títulos o asociaciones que legitimen dicho derecho. Como se ha expresado anteriormente, la Corte Interamericana ha manifestado que el ejercicio de la libertad de expresión requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, por lo que éste representa un derecho de

25 *Ibídem,* párr. 54.

26 Castells v. España, Sentencia del 23 de abril de 1992, Serie A, N1 236, párr. 20.

27 CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* OAS Doc.9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995.

cada individuo, pero también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Cuando la Convención Americana proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir información e ideas por cualquier medio está señalando que la expresión y la difusión del pensamiento 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[28].

29. La Corte Interamericana consideró esta problemática en su opinión consultiva sobre colegiación de periodistas:

> 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 inscriptos en un determinado colegio profesional, como podría suceder en otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano[29].

30. Asimismo, la Corte identifica que el periodismo no podría existir sin la existencia de un pleno ejercicio de la libertad de expresión, creando así una relación simbiótica entre ambos.

> El periodista profesional no es otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Por tanto, la colegiación obligatoria conduce a limitar en forma 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 Americana y el principio aquí analizado, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que la misma se fundamenta[30].

Finalmente, la Corte Interamericana ha señalado:

> 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

28 CIDH, OC-5-85, párrs. 30-31.
29 *Ibíd.,* párr. 71.
30 *Ibíd.,* párrs. 74-76.

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[31].

Principio 7

Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

31. Una interpretación correcta de las normas internacionales, especialmente del artículo 13 de la Convención Americana, nos lleva a concluir que el derecho a la información abarca toda la información, inclusive aquella que denominamos "errónea" "no oportuna" o "incompleta". Por tanto, cualquier calificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por el derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, el derecho a la información veraz no protegería la información que, por oposición a veraz, denominaremos errónea. Por tanto, toda aquella información que pueda ser considerada errónea, no oportuna o incompleta no estaría protegida por este derecho.

32. Al exigir la verdad, la oportunidad o la imparcialidad en la información se parte de la premisa de que existe una verdad única e incuestionable. En este aspecto, es importante hacer una distinción entre aquellos temas que responden a hechos concretos y de posible comprobación fáctica, de los que corresponden a juicios de valor. En este último caso, es imposible hablar sobre veracidad o no de la información. La exigencia de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas.

33. Por otro lado, asumiendo inclusive que sea posible determinar la verdad sobre todas las cosas, es indudable que precisamente el debate y el intercambio de ideas es el

31 *Ibíd.,* párr. 77.

método indicado para la búsqueda de la misma y el fortalecimiento de sistemas democráticos basados en la pluralidad de ideas, opinión e información. Si de antemano se impone la necesidad de informar únicamente la verdad, precisamente se niega la posibilidad de efectuar el debate necesario para conseguirla. La posibilidad de sanciones por informar sobre un tema que, con posterioridad y gracias al debate libre, se podría determinar como incorrecto, conduce a la posible autocensura de los informantes para evitar sanciones, y al consecuente perjuicio de todos los ciudadanos que no podrán beneficiarse del intercambio de ideas. La doctrina de la información veraz representa un retroceso para la libertad de expresión e información en el hemisferio ya que el libre flujo de información se vería limitado a la calificación previa de la misma entre "veraz" o "errónea", lo que va en contraposición con la concepción amplia otorgada a este derecho dentro del Sistema Interamericano.

34. La Corte Interamericana sostuvo al respecto que las dos dimensiones de la libertad de expresión —individual y colectiva— deben ser garantizadas simultáneamente. El condicionamiento a la información que puede recibir la sociedad a través de los medios de comunicación impide el flujo de información oportuna, disminuyendo la capacidad de la sociedad de participación informada. 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[32].

35. Indudablemente, el derecho a la libertad de expresión protege también a aquella información que hemos denominado "errónea". En todo caso, de acuerdo con las normas internacionales y la jurisprudencia más avanzada, únicamente la información que demuestre ser producida con "real malicia" podría ser sancionada[33]. Pero inclusive en este caso esa sanción debe ser producto de una actuación ulterior, y en ningún caso se puede buscar condicionarla con anterioridad.

Principio 8

Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

36. Este principio establece el derecho de todo comunicador social a negarse a revelar las fuentes de información como así también el producto de sus investigaciones a

32 CIDH, OC-5-85, párr. 33.

33 La doctrina de la real malicia se refiere a que "las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público a ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente en su conducta, como tal, a menos que pruebe que fue hecha con conocimiento de que eran falsas o con una gran despreocupación acerca de la verdad o falsedad". New York Times v. Sullivan, 376 U.S., 255 (1961).

entidades privadas, terceros, autoridades públicas o judiciales. Se considera que el secreto profesional es el derecho del comunicador social de no revelar información y documentación que ha recibido en confianza o como parte de su labor de investigación. Vale destacar que dicho derecho no se constituye como deber, ya que el comunicador social no está obligado a guardar el secreto de sus fuentes de información, sino por razones de profesionalismo y de ética profesional[34].

37. Una de las bases primarias del derecho a la reserva se constituye sobre la base de que el periodista, en su labor de brindar información a las personas y satisfacer el derecho de las mismas a recibir información, rinde un servicio público importante al reunir y difundir información que de otra forma, sin guardar el secreto de las fuentes, no podría conocerse. Asimismo, el secreto profesional consiste en "guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información; se trata de dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que pueda derivar después de haber revelado una información"[35]. "Los periodistas y las demás personas que obtienen información de fuentes confidenciales con miras a difundirla en pro del interés público tienen derecho a no revelar la identidad de sus fuentes."[36] Por tanto, la confidencia constituye un elemento esencial en el desarrollo de la labor periodística y en el rol conferido al periodismo por la sociedad de informar sobre asuntos de interés público[37].

Principio 9

> *El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.*

38. La Comisión ha sostenido que las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones al derecho que tiene una sociedad a acceder libremente a la información. Una prensa independiente y crítica constituye un elemento fundamental para la vigencia de las demás liber-

34 Véase Fierro Alvídez, Felipe, "El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones", Revista Latina de Comunicación Social, La Laguna, diciembre 2000 #36, p. 5.

35 Véase Carrillo, Marc, *La clausura de conciencia y el secreto profesional de los periodistas,* Civitas y Centre de Investigación, Barcelona, 1993, p. 170.

36 *Article XIX. Definir la Difamación: Principios de Libertad de Expresión y Protección de la Reputación.* Principio 6: Protección de las fuentes.

37 Fierro Alvídez, Felipe, *op. cit.,* p. 6.

tades que integran el sistema democrático y el estado de derecho[38]. En varias democracias de América Latina existe una debilidad de las instituciones públicas encargadas del control de las conductas y funciones de la autoridad. En dichos países, la prensa se ha transformado en el principal instrumento de control y difusión del accionar del Estado. En muchos casos la prensa ha expuesto ante la opinión pública actos ilegales, abusivos o de corrupción de agentes del Estado y como consecuencia de las denuncias, los medios de comunicación y comunicadores sociales terminan siendo blanco de ataque y desprestigio.

39. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, tienen dos objetivos concretos. Por un lado, busca eliminar a aquellos periodistas que realizan investigaciones sobre atropellos, abusos, irregularidades o ilícitos de todo tipo, llevados a cabo ya sea por funcionarios públicos, organizaciones o particulares en general, a fin de que sus investigaciones no puedan concluirse, alcancen el debate público que ameritan o simplemente como represalia de éstas. Por otro lado, busca ser una herramienta de intimidación, mediante la cual se envía un claro mensaje para todas aquellas personas de la sociedad civil que realizan tareas de investigación sobre irregularidades en la gestión pública. Esta práctica busca que la prensa como mecanismo de control, guarde silencio o se haga cómplice de aquellas personas o instituciones que realizan actos o hechos abusivos o ilegales. En última instancia, lo que se busca es impedir a toda costa que la sociedad sea informada de estos acontecimientos.

40. Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos de derecho internacional, los Estados tienen el deber de investigar de manera efectiva los hechos que ocasionaron el asesinato de periodistas y sancionar a sus autores. La Corte Interamericana ha sostenido que la investigación:

> Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad[39].

41. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la renuncia de un Estado a la investigación efectiva y completa del asesinato de un periodista y la falta de sanción penal de los autores materiales e intelectuales resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad. Este tipo de crímenes no sólo tiene un efecto

38 Véase CIDH, *Informe de la situación de los derechos humanos en México,* OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, septiembre 24, 1998, párr. 649, p. 142. Véase también Caso #11,739, Reporte núm. 5/99, Héctor Félix Miranda.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Velázquez Rodríguez", Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 177.

amedrentador sobre los periodistas, sino también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. El efecto solamente puede ser evitado mediante la acción decisiva de los Estados de castigar a todos los autores de estos asesinatos. Por esta vía los Estados pueden mandar un mensaje fuerte y directo a la sociedad, en el sentido de que no habrá tolerancia para quienes incurran en violaciones tan graves al derecho a la libertad de expresión[40].

Principio 10

> *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*

42. Este principio se refiere básicamente a la necesidad de revisar las leyes que tienen como objetivo proteger el honor de las personas (comúnmente conocidas como calumnias e injurias). El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública.

43. La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático. "Es evidente que tales sanciones no pueden justificarse, sobre todo, considerando la capacidad de las sanciones no penales para reparar cualquier perjuicio ocasionado a la reputación de los individuos."[41] La democracia representativa exige que los funcionarios pú-

40 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 50/90 caso núm. 11.739 (México) OAS/Ser/L/V/II. Doc. 57, 13 de abril de 1999.

41 *Article XIX. Definir la Difamación: Principios de Libertad de Expresión y Protección de la Reputación.* Principio 4, Comentario.

blicos, o todas aquellas personas que están involucradas en asuntos de interés público, sean responsables frente a los hombres y mujeres que representan. Los individuos que conforman una sociedad democrática delegan en los representantes el manejo de los asuntos de interés para toda la sociedad. Pero, la titularidad sobre los mismos se mantiene en la sociedad, la cual debe contar con un derecho amplio para monitorear con las mínimas restricciones posibles el manejo de los asuntos públicos por parte de los representantes[42]. En este sentido la CIDH sostuvo:

> 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[43].

44. La necesidad de un control completo y eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos como garantía para la existencia de una sociedad democrática requiere que las personas que tengan a su cargo el manejo de los mismos cuenten con una protección diferente frente a las críticas que tendría cualquier particular que no esté involucrado en asuntos de interés público. Dentro de este contexto, la Comisión Interamericana ha manifestado que la aplicación de leyes para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan con carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección de la que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte indirectamente 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[44].

> Por otra parte, el hecho que los funcionarios públicos y personalidades públicas posean, por lo general, un fácil acceso a los medios de difusión que les permite contestar los ataques a su honor y reputación personal, también es una razón para prever una menor protección legal a su honor[45].

45. 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

42 Véase CIDH, *Informe Sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* OAS Doc. 9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995.

43 CIDH, *Informe Anual,* OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9. rev. 17 de febrero de 1995, p. 218. Véase también, ECHR, "Linger v. Austria", Series A, núm. 103, 1986; ECHR, "Castells v. España", Serie A, núm. 236, 1992.

44 *Ibíd.*

45 Véase Proyecto de ley sobre despenalización a los delitos de injuria y calumnia contenidas en los Códigos Civil y Penal de la Nación Argentina, actualmente sujeto de aprobación en el Senado de la Nación Argentina. Se debe destacar que dicho proyecto de ley surgió dentro del marco de la solución amistosa a la que se ha comprometido a arribar el Estado Argentino con la Asociación Periodistas en la audiencia realizada el 1 de octubre de 1999. Caso 12.128, CIDH.

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 formar opinión y expresarla[46].

46. Asimismo, este principio establece el estándar de la real malicia como ordenamiento legal a ser utilizado en la protección del honor de los funcionarios públicos o personas públicas. En la práctica dicho estándar se traduce en la imposición de sólo sanciones civiles en aquellos casos en que exista información falsa y producida con "real malicia"[47], es decir producida con la intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información era falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. La carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia.

47. Cuando la información que dio origen a una demanda judicial es un juicio de valor y no se trata de una afirmación fáctica, no debe existir ningún tipo de responsabilidad. Uno de los requisitos para que exista responsabilidad es que se demuestre la falsedad de la información o que se compruebe que el demandado publicó una declaración con conocimiento o alto grado de posibilidad sobre su falsedad en el momento de la publicación. Si la información es un juicio de valor, es imposible la prueba sobre la verdad o falsedad, ya que se trata de una apreciación completamente subjetiva que no puede ser sometida a prueba.

48. La Comisión ha manifestado que este es especialmente el caso en la arena política en donde la crítica se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos[48]. 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[49].

46 Véase *Article XIX. Definir la Difamación: Principios de Libertad de Expresión y Protección de la Reputación,* Principio 2, Comentario.

47 Véase *supra* nota 32.

48 El concepto juicio de valor también incluye la expresión humorística o satírica. Véase Proyecto de ley sobre despenalización a los delitos de injuria y calumnia contenidas en los Códigos Civil y Penal de la Nación Argentina en Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 1999, anexos, p. 84.

49 CIDH, OAS Doc. 9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995, *supra* 35.

49. Asimismo, en base a la doctrina sobre reporte fiel, la reproducción fiel de información no da lugar a responsabilidad, aún en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona. Las bases de esta doctrina se encuentran en la necesidad de la libertad de expresión e información para la existencia de una sociedad democrática. Dentro de un sistema democrático, el debate debe ser fluido y amplio. La publicidad de la información provista por terceros no debe verse restringida por la amenaza de responsabilidad al informador simplemente por reproducir lo manifestado por otro. Esto implica una restricción innecesaria que limita el derecho de las personas a estar informadas.

Principio 11

> *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como "leyes de desacato" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.*

50. Como ha sido señalado anteriormente, el pleno ejercicio de la libertad de expresión es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público. La CIDH se pronunció claramente sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana:

> 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.
>
> 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". 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. 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 y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. 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 crítica del público. 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[50].

51. La Comisión ha establecido "la necesidad de que exista un debate abierto y amplio, crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación y la aplicación de la política pública […]". Y agrega, "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 […]".

52. En ese contexto, la distinción entre la persona privada y la pública se hace indispensable. La protección que otorgan a los funcionarios públicos las denominadas leyes de desacato atentan abiertamente contra estos principios. Estas leyes invierten directamente los parámetros de una sociedad democrática en que los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. La protección de los principios democráticos exige la eliminación de estas leyes en los países en que aún subsisten. Por su estructura y utilización, estas leyes representan enclaves autoritarios heredados de épocas pasadas de los que es necesario desprenderse.

Principio 12

> *Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.*

53. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado que la libertad de expresión requiere que

50 CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev (1995).

los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, y por tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad[51].

54. Dentro de ese contexto, se debe garantizar el derecho de todas las personas de contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación, sin discriminación, por ningún motivo. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación masiva representan un serio obstáculo al derecho de todas las personas a poder expresarse y a recibir información. Uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. El control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica afecta seriamente el requisito de pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se facilita la posibilidad de que la información que se difunda no cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho a la información de toda la sociedad.

55. En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

> 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. 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 pro-

51 *Ibídem.*

fesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio[52].

Principio 13

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

56. El Estado debe abstenerse de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con el objetivo de castigar, premiar o privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas. Su rol principal es el de facilitar el más amplio, plural y libre debate de ideas. Cualquier interferencia que implique restringir la libre circulación de ideas debe estar expresamente prohibida por la ley. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.

57. La utilización del poder del Estado para imponer criterios de restricción puede ser empleado como mecanismos encubiertos de censura a la información que se considere crítica a las autoridades. Al analizar el alcance de la libertad de expresión dentro del contexto de los derechos protegidos bajo la Convención, la Corte Interamericana reconoció que la libertad de expresión es indivisible al derecho de difusión del pensamiento y de la información. En este sentido, ésta tiene una dimensión individual y una dimensión social. La Corte expresó:

> la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios […] Asimismo, es fundamental que los periodistas […] gocen de la protección y de la independencia necesaria para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos

52 OEA, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Baruch Ivcher Bronstein contra la República del Perú", Caso 11.762, p. 27.

los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad[53].

58. El Relator Especial destaca, asimismo, que al imponer presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales, se obstruye el funcionamiento pleno de la democracia, puesto que la consolidación de la democracia en el hemisferio se encuentra íntimamente relacionada al intercambio libre de ideas, información y opiniones entre las personas.

V. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *El acceso a la información como derecho,* CELS, 2000.

Carrillo, Marc, *La clausura de conciencia y el secreto profesional de los periodistas,* Civitas y Centre de Investigación, Barcelona, 1993.

CIDH, *Informe Anual,* OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9. rev. 17 de febrero de 1995, p. 218. Véase también, ECHR, "Linger v. Austria", Series A, núm. 103, 1986; ECHR, "Castells v. España", Serie A, núm. 236, 1992.

CIDH, *Informe de la situación de los derechos humanos en México,* OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, septiembre 24, 1998.

CIDH, *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* OAS Doc.9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995.

CIDH, *Informe Sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* OAS Doc. 9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995.

CIDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas,* Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, núm. 5, párr. 70.

CIDH, OAS Doc. 9, 88 Período de Sesiones, 17 de febrero de 1995.

CIDH, OEA/ser L/V/II.88, Doc. 9 rev (1995).

CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A, núm. 5, párr. 69.

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Ivcher Bronstein", Sentencia de 6 de febrero de 2001, párrs. 147-150. En el caso particular Ivcher Bronstein, la Corte señaló que "la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboran e investigan para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana". Véase párr. 162. Asimismo, la Corte interpretó que "Al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opiniones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática". Véase párr. 163.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 50/90 caso núm. 11.739 (México) OAS/Ser/L/V/II. Doc. 57, 13 de abril de 1999.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Ivcher Bronstein", Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Velázquez Rodríguez", Sentencia del 29 de julio de 1988.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Secretaría de Investigación de Derecho Comparado,* Tomo 1, 1998.

Ekmekdjian, Miguel Angel, *Derecho a la Información: Reforma Constitucional y Libertad de Expresión, Nuevos Aspectos,* Ediciones Depalma, 1996.

Fierro Alvídez, Felipe, "El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones", Revista Latina de Comunicación Social, La Laguna, diciembre 2000 #36.

García de Enterría, Eduardo, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa,* Madrid, 1996.

OEA, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Baruch Ivcher Bronstein contra la República del Perú", Caso 11.762.

Pierini, Alicia, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Hábeas Data: Derecho a la Intimidad,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

Pomed Sánchez, Luis Alberto, *El Derecho de Acceso de los Ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos,* Editorial M.A.P., Madrid, 1989.

Constitucionalismo y libertad de expresión*

Roberto Gargarella

Sumario

I. Introducción. **II.** Lo que la doctrina critica. **III.** El choque entre la tradición del "libre mercado de las ideas" y la del "debate público robusto". **IV.** Las críticas a la idea del "debate público robusto". **V.** ¿Es siempre valiosa la existencia de "más expresión"? **VI.** La degradación de la vida pública. VII. La publicidad en los medios de comunicación. **VIII.** Libertad de expresión y dificultades expresivas: la protesta social. **IX.** Bibliografía.

I. Introducción

En este trabajo partimos de la idea según la cual la justicia constitucional requiere de decisiones imparciales, y las decisiones imparciales requieren, idealmente, de la intervención de "todos los potencialmente afectados" en la discusión de las mismas. A partir de tales presupuestos, derechos como el de libertad de expresión adquieren una dimensión extraordinaria. La postura que aquí vamos a examinar sostiene que en una comunidad democrática hay pocos derechos tan importantes como el de la libre expresión, defiende un sentido muy amplio de lo que libre expresión significa, y pide para este derecho una protección especial, al punto de situar al mismo en un primer rango respecto de otros derechos. Conviene advertir desde ya que esta aproximación al derecho de libertad de expresión (y, en general, a la idea de derechos) viene a confrontar con otras alternativas superficiales o tautológicas, peligrosas, y normalmente no justificadas. Así, por ejemplo, aquellas que parten de ideas tales como que "todos los derechos deben ser limitados", o "no hay derechos absolutos", o "los derechos dependen de las leyes que los reglamenten", como una carta blanca para luego sostener *cual-*

* Artículo publicado *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional,* Roberto Gargarella (ed) , Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2009.

quier tipo de limitación, asumir que todos los derechos valen más o menos lo mismo; o subordinar los derechos más básicos a necesidades no básicas y circunstanciales.

Los criterios que guían este trabajo nos sugieren, por el contrario, que los derechos básicos lo son porque merecen una consideración muy especial, tanto en relación con otras necesidades políticas, como en relación con otros derechos constitucionales, incluso en relación con distintas subclases de ese mismo derecho. El caso de la libertad de expresión representa un buen ejemplo para ilustrar lo dicho. Aquí se sostiene que la libertad de expresión no debe ser desplazada por necesidades coyunturales (p. ej., la necesidad de "consolidar el frente interno en una situación de guerra"); que por su centralidad para la vida democrática este derecho merece una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos (p. ej., el derecho al buen nombre y honor); y que por las mismas razones, distintas expresiones merecen distinto grado de protección (p. ej., las críticas a los funcionarios públicos merecen la máxima protección dentro de una categoría de derechos de por sí ya merecedora de una máxima protección).

La idea de imparcialidad aquí defendida —y de la cual se deriva esta defensa especial de la libertad de expresión— se podría caracterizar a partir de dos pautas principales. En primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que *es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva.* Tales pautas, que guiarían nuestra aproximación al derecho de la libertad de expresión, parecen encajar muy bien con algunos criterios muy bien asentados en la filosofía política y la jurisprudencia constitucional.

Por un lado, en efecto, aquellas pautas recuperan la idea de John Stuart Mill, según la cual nunca es bueno suprimir ninguna opinión. Ello, ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma, ya sea porque ésta es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de cuestionamientos[1]. Notablemente, este razonamiento sería retomado luego por el famoso juez Holmes, en una disidencia aparecida en el también conocido caso "U.S. v. Abrams"[2], de 1919, en el cual el mismo sostuvo que "el mejor test de la verdad [de una opinión] es el poder que tiene [la misma] para ser aceptada en una competencia en el mercado". Es decir, Holmes consideró, como Mill, que el sistema de censura de opiniones debía ser reemplazado por otro opuesto, que permitiera que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras: la

1 Mill, John Stuart, "On Liberty", en *Three Essays,* Oxford University Press, Oxford, 1975. Para los fines de este trabajo es interesante notar, además, un cuarto argumento de Mill, referido a los beneficiosos efectos de la libertad de expresión en el carácter y la conducta de las personas.

2 250 U.S. 616 (1919).

idea triunfante sería, entonces, aquella capaz de salir airosa de esa competencia, y no aquella inmunizada frente a las críticas.

Por otro lado, pautas como las referidas encajan perfectamente con la que fue, tal vez, la línea más importante dentro del caso "New York Times v. Sullivan"[3], posiblemente la decisión más significativa en la historia de la jurisprudencia de la libertad de expresión. En dicha ocasión, el juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado "a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos". La idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder[4].

II. Lo que la doctrina critica

Podría decirse que las dos tradiciones aquí recogidas —la "milleana" y la del "New York Times"— representan la "columna vertebral" del pensamiento moderno sobre la libertad de expresión. En una mayoría de casos, ellas confluyen para cimentar una posición hiperprotectiva de la expresión, aun más protectiva del pensamiento crítico, y todavía más del pensamiento crítico dirigido contra los oficiales públicos. Como dijera Brennan en "New York Times", el fallo venía a asegurar un privilegio especial para las críticas dirigidas a los funcionarios públicos.

Ahora bien, a pesar del aval doctrinario conseguido por esta postura, y el respaldo jurisprudencial que ella obtuvo en muchos casos resonantes, lo cierto es que ésta tuvo dificultades para consolidarse (como aún hoy las sigue teniendo). En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, dicha visión apareció incorporada en la opinión minoritaria de la Corte, en el caso "Abrams", de 1919, y recién llegó a ser sostenida por la mayoría de la misma, 50 años más tarde. El caso "Abrams", en tal sentido, inauguró una seguidilla de notables opiniones disidentes en favor de la libertad de expresión. En la disidencia firmada entonces por el juez Holmes, la minoría del tribunal respaldó el derecho de libre expresión de un grupo de opositores del gobierno, en este caso un grupo de inmigrantes rusos, todos ellos socialistas o anarquistas, que distribuían panfletos en respaldo de la Revolución Rusa. Dicha disidencia inauguró, además, una doctrina hiperprotectiva del pensamiento crítico, a la que se conoció con el nombre de "doctrina del peligro claro y actual". Ahora, para justificar la restricción de una cierta opinión o de un cierto orador, debía demostrarse que el discurso en cuestión

3 376 U.S. 254 (1964).

4 Citando a Mill, la Corte sostuvo entonces, por ejemplo, que "aún una afirmación falsa podía realizar una contribución valiosa al debate público".

venía, de modo evidente, a producir un peligro serio e inminente. Y además, conforme al modo en que la misma doctrina fue administrada, la idea era la de medir ese "peligro claro y actual" con un estándar muy exigente: el riesgo en cuestión debía ser muy importante, y su producción inminente.

Cabe señalar, por lo demás, que la doctrina en cuestión vino a dejar de lado otras mucho más abiertas a la censura de opiniones, como la de la "mala tendencia" (expresada en casos como "Shaffer v. United States"[5], y según la cual el discurso bajo examen era pasible de sanciones si se determinaba que la "tendencia natural" del mismo era producir un mal, y si quien lo pronunciaba había intentado producirlo); o la de la "incitación expresa" (defendida por el juez Hand en el caso "Masses Publishing Co. v. Patten"[6], que buscaba eludir el vago parámetro de la doctrina anterior, concentrada en la intención del orador, para centrarse en el contenido de la expresión cuestionada. La idea era ahora examinar si en el discurso examinado aparecían explícitamente palabras destinadas a incitar la violencia). Doctrinas como la del "peligro claro y presente" procuraban, frente a sus alternativas, darle mayor protección a los críticos del sistema. Aquí se asumía que aún las más duras objeciones contra la guerra merecían ser respaldadas como forma de defender el "libre mercado de las ideas", y asegurar que las ideas triunfantes no fueran el mero producto de la propaganda o la falta de reflexión.

La línea de disidencias inaugurada en "Abrams" (y que tendió a alinear a los jueces Holmes y Brandeis) se mantuvo en muchos otros casos importantes. Así, por ejemplo, en "Gitlow v. New York"[7], en donde los disidentes Holmes y Brandeis respaldaron a Benjamin Gitlow, un miembro del ala izquierda del Partido Socialista que por medio de la publicación que codirigía promovía el derrocamiento del gobierno a través de medios violentos. O en el notable caso "Whitney v. California"[8], en el cual el juez Brandeis defendió un principio fuertemente protectivo incluso de las opiniones más duramente opuestas a los gobiernos democráticos. En su opinión, "si existe tiempo para exponer, a través de la discusión, la falsedad y las falacias [del discurso cuestionado], para alejar dicho mal a través del proceso educativo, entonces el remedio a aplicarse debe ser el que permita más expresión, en lugar de imponer el silencio".

Es importante reafirmar, de todos modos, que una postura tan protectiva de la libertad de expresión como la expuesta no se consolidó en los Estados Unidos sino hacia fines de los

5 255 F. 886 (9th Cir. 1919). El caso trataba de un activista que había hecho circular un libro crítico de la violencia militar, tanto como del patriotismo, y de las muertes que el mismo enmascaraba.

6 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917). "The Masses" era un periódico elaborado por un grupo de izquierda, también crítico de la guerra. En este caso, como en los anteriores, los objetores eran sancionados a partir de la Ley de Espionaje del año 1917, que entre otras actividades castigaba a aquellas que obstaculizan a la política militar norteamericana, y los reclutamientos para las fuerzas armadas que ella requería.

7 268 U.S. 652 (1925).

8 274 U.S. 357 (1927). En el caso, se acusaba a la socialista Anita Whitney de participar en un partido que abogaba por la comisión de actos ilegales, o el uso de la fuerza para la producción de cambios políticos.

sesentas. Allí, en "Brandenburg v. Ohio"[9], la línea de disidencias Holmes-Brandeis, y en particular el test del "peligro claro y actual", pasaron a convertirse, finalmente, en la opinión dominante dentro de la Corte. En dicha época, además, ellas resultarían suplementadas y expandidas por criterios como los expuestos en "New York Times v. Sullivan".

En países como la Argentina, la jurisprudencia fue todavía menos sólida en el respaldo de la libertad de expresión. De hecho, la persecución pública de las opiniones disidentes llegó a cristalizar, por ejemplo, en una larga lista de decisiones judiciales condenatorias de los denominados "partidos antisistema", esto es partidos opuestos al sistema democrático. En algunos de estos casos, además, resultó notable el tipo de argumentación alegado por el tribunal. En el fallo "Partido Obrero"[10], por ejemplo, la Corte confirmó la denegación de personería jurídica a dicho partido, por entender que el mismo presentaba un "programa ficticio" con el mero objetivo de obtener su reconocimiento legal cuando, en su opinión, resultaba evidente que "el programa real y verdadero, aunque oculto" del mismo, demostraba que se trataba de una organización subversiva. Según la opinión de la Corte, el sistema democrático debía contar con medios para garantizar su subsistencia, como el constituido por su poder de rechazar a aquellos partidos políticos a los que considerara "antisistema"[11].

En casos como "Bertotto", de 1933[12], la Corte avaló la negativa del jefe de correos de Rosario a distribuir el diario "Democracia", por entender que las ideas en él incluidas constituían una apología del delito. La Corte sostuvo entonces que la libertad de prensa no era absoluta, y que por tanto no podía ser utilizada con "fines contrarios a la organización política argentina, a la moral pública, y a las buenas costumbres"[13]. En fallos más recientes, como "Servini de Cubría"[14], la Corte ratificó una línea de argumentación poco comprome-

9 395 U.S. 444 (1969). Notablemente, el fallo vino a respaldar al líder del grupo racista Ku Klux Klan, que abogaba por la violencia racial.

10 Fallos 253:133.

11 Esta línea doctrinara fue ratificada, por ejemplo, en fallos 246:237 y 248:800.

12 Fallos 168:30.

13 En "Campillay" (Fallos 308:789) un fallo célebre —lo que no significa admirable— la Corte argentina fijó algunas condiciones objetivas tendientes a liberar a la prensa de cualquier demanda de responsabilidad por el contenido de sus publicaciones, en los que se imputa a alguien la comisión de algún hecho de resonancia criminal (la información sobre la que no se tenía certeza debía publicarse utilizando los verbos en tiempo potencial, o atribuyendo directamente su contenido a la fuente correspondiente, o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito). Sin embargo, estos mismos requisitos fijados por la Corte sufrieron una nueva vuelta de tuerca en casos como "Espinosa" (1994: Fallos 317:1448), en el cual la Corte sostuvo que la mención de la fuente no eximía de responsabilidad al medio en cuestión (debido a que se realizaba una imputación delictiva al sujeto en cuestión, no incluida en la fuente original de la noticia). De modo más grave, en "Menem, Eduardo" (1988: Fallos: 321:2848), el tribunal sostuvo que si había indicios racionales de falsedad evidente en los datos transmitidos por la fuente, no era suficiente siquiera cumplir con las exigencias de "Campillay", ya que la empresa periodística en cuestión debía encarar una investigación independiente por cuenta propia, o simplemente no publicar la información del caso.

14 Fallos 315:1943.

tida con la robustez del debate público. En la opinión de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor, ella sostuvo que no toda la expresión de opiniones "goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino [sólo] aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas". El juez Barra llegó a defender entonces ciertas formas de censura judicial previa, si la misma va dirigida a impedir que "el daño al honor o la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no se estime suficiente su reparación por otros medios. Estos casos —agregó— nada tienen que ver con la promoción de un debate de ideas necesario para que los miembros de una sociedad autogobernada puedan decidir y vivir mejor"[15].

La concepción teórica hasta aquí defendida, claramente, viene a confrontar con muchas de las opiniones jurisprudenciales examinadas. Contra ellas, otorga al derecho de la libertad de expresión un estatus especial dentro de la estructura constitucional, y aún dentro de la estructura de derechos. La crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, entonces, aparece hiperprotegida dentro de una categoría de derechos ya hiperprotegidos[16].

15 Por otra parte, leyes bien animadas pero seguramente sobreincluidas como la "Ley antidiscriminatoria", n. 23.592, también contribuyeron a cimentar una postura jurisprudencial restrictiva frente a determinadas expresiones, en este caso las de contenido discriminatorio. Según la ley: "Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

16 Lo dicho se contradice, por ejemplo, con lo fijado por la Corte en casos como "Spacarstel c. El Día" (2002; Fallos 325:50) en donde sostuvo que "el ejercicio del derecho de la libertad de expresión de ideas no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas". Aquí, la Corte abre la puerta para desplazar el valor de la discusión de ideas en favor de consideraciones de carácter vago, o derechos personales que, de acuerdo con el caso que se trate, bien pueden ser desplazados. La Corte ya había dado una muestra de lo que podía entender sobre la materia, tanto en casos como "Menem, Eduardo" (un caso ya mencionado en una nota anterior), como en "Menem, Carlos c. Editorial Perfil" (2001, Fallos 324:2895), en el cual privilegió la protección de la "intimidad" del ex presidente, frente a la difusión de una información que confirmaba algunos de sus rasgos más salientes en el ejercicio de la función pública (la información simplemente hacía público que el presidente tenía un hijo extramatrimonial, que no había reconocido, con una legisladora provincial). En "S. V. c. M.D.A.", (2001 Fallos 324:975) un caso que involucraba un juicio de filiación en contra del futbolista Diego Maradona, abrió lugar a la admisión de la censura previa, descartada de plano por la Constitución, al revocar sólo parcialmente la decisión de los jueces inferiores orientada a prohibirle a los medios la difusión de datos que involucren a la menor en cuestión (los jueces Belluscio y Petracchi, en fallo disidente, sostuvieron en cambio que "Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función y entrañaría un desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé").

III. El choque entre la tradición del "libre mercado de las ideas" y la del "debate público robusto"

Las dos tradiciones examinadas, la del "libre mercado de las ideas" y las del "debate público robusto" son capaces de avanzar de modo conjunto en una enorme diversidad de casos, para dar fortaleza a una doctrina hiperprotectiva de las opiniones críticas. Sin embargo, esta feliz coincidencia no nos habla de una superposición de ambas doctrinas, ni de una coexistencia sin conflictos. Más bien, y por el contrario, corresponde decir que esa multitud de coincidencias que las unen se acompaña con una multitud de diferencias que amenazan con tornar a éstas en tradiciones rivales[17].

La tradición del "libre mercado de las ideas", por ejemplo, tendió a dar respaldo a numerosos criterios que la doctrina del "debate público robusto" directamente rechazaría. Típicamente, ella respaldó la idea de que el gran enemigo de la libertad de expresión era el Estado, por lo que —asumió— la libertad de expresión se expandía cuando se ponían más trabas al accionar del Estado. Por supuesto, los defensores de esta tradición tenían algunas buenas razones para sostener este punto: el Estado era el que perseguía a los anarquistas que objetaban al gobierno; era el que ponía en prisión a los socialistas que abogaban por la violencia; era el que impedía que circularan publicaciones en las cuales se atacaban las políticas estatales. Frente a dichos escenarios, no era iluso sostener que la mayor "victoria" que podía obtener la libertad de expresión era la "derrota" del Estado intrusivo, censor, represivo.

Fue en atención a tales criterios que los defensores del "mercado libre de ideas" empezaron a defender el criterio según el cual "la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política", la idea de que cualquier movimiento del Estado en esa área debía verse como una amenaza a combatir. "Dejar hacer" era, según esta óptica, el mejor modo de honrar el compromiso público con la idea del respeto a todos y la libertad de todos.

Había otros buenos argumentos que, sumados a los anteriores, ayudaban a fortalecer esta postura antiestatista. Por un lado, podía decirse que la "pulverización" de la autoridad pública era la que contraatacaba de una expansión de la libertad de expresión. Ahora, habría menos chances de que una sola autoridad quisiera fijar qué era lo que debía escucharse y qué no. Ahora era más factible que brotaran voces diversas y disonantes. Se acababa el riesgo de que la comunicación tuviera un solo dueño –que fuera monopolizada por el Estado, o dirigida abusivamente por él.

Dejando la comunicación en manos de la sociedad, además, se contribuye a que las diversas voces sociales sean escuchadas. Esto se vería facilitado por los mecanismos de mercado que aparecen, en el mejor sentido del término, como mecanismos no ideológicos. Aquí, nadie va a ser beneficiado por sostener una cierta ideología ni penalizado por sostener la

17 Los mejores análisis al respecto en Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech,* Harvard University Press, Cambridge, 1996; también en Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social,* Fontamara, México, 1997.

contraria. El mercado es "ciego" en tal respecto. Lo único que cuenta, en definitiva, es que la idea en cuestión sea capaz de resultar atractiva para algún grupo. En la medida en que ello ocurra —en la medida en que ésta tenga potenciales "compradores"— es previsible que circule, y que haya sujetos o grupos (p. ej., los dueños de una emisora privada) interesados en hacerla circular.

¿Son éstos, sin embargo, criterios atractivos para aquellos comprometidos con la idea de la libertad individual o el igual respeto? Podría decirse que no, por una diversidad de razones. En primer lugar, en dichos argumentos se presupone una noción discutible de pluralidad de ideas, que parece asimilar a la misma con la pluralidad de propietarios (de periódicos, de TV, etc.). Se nos dice que abatiendo al Estado monopólico abrimos las puertas a la libertad de expresión. Pero lo cierto es que resulta perfectamente concebible una situación en la cual existen múltiples propietarios y "una sola voz" en juego. O, más habitualmente todavía, puede darse una situación en la que existen varios propietarios y algunas voces o temas sistemáticamente excluidos. En términos de Owen Fiss, la situación que se nos aparece es comparable a una en la cual el "ágora" —el lugar de reunión y discusión de la comunidad— ha sido privatizada, y se nos cobra entrada por acceder a ella (con lo cual, nuestro derecho a expresarnos comienza a depender de nuestros recursos,) y en la que la amplitud de la expresión deja de ser una prioridad pública, y pasa a depender de la evolución del mercado comunicacional.

Para quienes defienden la idea de un "debate público robusto", la situación que comienza a delinearse resulta temible. Una política (o " no política") como la propiciada por la tradición milleana pone en riesgo dos ideales fundamentales, arriba citados: el ideal de que *todos los afectados* por la decisión pública intervengan en ella; y el ideal de que la decisión surja de un *debate* que los involucre a todos. Más bien, el ideal del "libre mercado de las ideas" se desentiende de aquellos objetivos que, en todo caso, pueden ser el resultado azaroso de una coyuntura favorable.

Aquel escenario ideal se logrará, en todo caso, en la medida en que todos estén efectivamente situados en un pie de igualdad, y en donde la comunicación se dé fundamentalmente a partir de oradores o críticos individuales, capaces de ocupar sucesivamente o al mismo tiempo un espacio más bien infinito. Esta podía ser la situación imaginable a comienzos del siglo XX, cuando se produjeron muchos de los fallos citados más arriba, destinados a reprimir a los críticos del gobierno. Como dice Owen Fiss "en [el caso del 'orador de la esquina'], el elemento de la escasez tiende a ser enmascarado; cuando pensamos en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Es por ello que, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción"[18].

Es la escasez, entonces, la que amenaza el "debate robusto". Son muchas las opiniones que quieren expresarse, y pocas las oportunidades de hacerlo por medio de vías efectivas

18 Fiss, Owen, 1997, p. 26.

(efectivas en cuanto a que aseguren un alcance relativamente masivo a la opinión). Consecuentemente, y en razón de la misma existencia de los mecanismos de mercado, la difusión de ideas se torna cara y virtualmente inaccesible para una mayoría. Este tipo de razonamiento es el que apareció en la decisión "Red Lion Broadcasting Co. v. FCC"[19], tanto como en la norma que dio lugar al mismo. En "Red Lion", en efecto, se discutió la constitucionalidad de la llamada "doctrina de la equidad", conforme a la cual, y entre otras exigencias, se imponía tanto a los medios radiales como televisivos la obligación de discutir cuestiones de interés público, y de hacerlo desde puntos de vista opuestos entre sí. La Corte sostuvo entonces que no había nada en la Constitución que "le impidiera al gobierno exigirle al licenciatario que comparta su frecuencia con otros, comportándose como un representante o fiduciario con la obligación de presentar aquellos puntos de vista y aquellas voces que resulten representativas de la comunidad y que de otra manera, y por necesidad, serían desplazadas de las ondas de comunicación". Según el tribunal, la Constitución toma "el derecho de los espectadores y oyentes, y no el de los tele-emisores como derecho principal". Lo que ella toma como crucial es "el derecho del público a contar con un acceso adecuado a ideas y experiencias sociales, políticas, estéticas, y morales"[20]. Tal pluralidad de puntos de vista resulta severamente afectada cuando los principales medios de comunicación pasan a estar en manos privadas.

Podría decirse, en tal sentido, que la profecía milleana acerca del "test de verdad" de las ideas —test que hacía depender el valor de una idea de su capacidad de sobreponerse a la confrontación con ideas opuestas— no llega a cumplirse. En contextos como el nuestro es

19 395 U.S. 367 (1969).

20 Este criterio avala cierta forma de derechos tales como el derecho de réplica, reconocido en el art. 14 inc. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que señala que "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." La Corte argentina realizó un reconocimiento más bien payasesco de este derecho, en un caso que involucraba al reconocido constitucionalista Miguel Ekmekdjián, quien sostuvo que había sido personalmente agraviado por las opiniones formuladas por un escritor en un show televisivo, en contra de la Virgen María. La Corte ("Ekmekdián c. Sofovich", 1992: Fallos 315:1492), modificó una jurisprudencia de larga data y admitió la validez del derecho de réplica: claramente, sin embargo, éste no se trataba de un caso en el que una persona había sido sujeta a un tratamiento ofensivo, y directamente dañado por una opinión (un caso en el que sí podía tener sentido el derecho de réplica). Por el contrario, se trataba aquí de un juicio que —según sostuvo la Corte— había interferido "en el ámbito privado de Ekmekdjián, conmoviendo sus convicciones más profundas […] interfiriendo en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador". La Corte desplegó entonces una extraña, y marcadamente perfeccionista, visión sobre el derecho de réplica, el derecho a la privacidad, y la libertad de prensa. Más tarde, en "Petric" (1998: Fallos: 321:885), la Corte sostendría que el derecho de réplica no procede contra opiniones divergentes, sino sólo ante datos inexactos o agraviantes, y en relación con los sujetos que fueran directamente aludidos en tales expresiones.

dable esperar que haya ideas subrepresentadas por no ser del agrado de los dueños de los principales medios, y otras que por razones inversas aparecen sobrerrepresentadas. O, lo que puede ser peor, esta sub y sobrerrepresentación de ideas puede depender ya sea de la buena voluntad del propietario de medios, ya sea (más comúnmente) del dinero con el que uno cuente (para comprar un medio o para comprar espacios de difusión en un determinado medio), o de la capacidad de uno para seducir a aquellos que tienen dinero (p. ej., seducir a quienes pueden comprar publicidad en un espacio en el que uno quiera expresar su mensaje). Todavía peor, en la medida en que la comunicación descansa tanto sobre el dinero, puede ocurrir que algunos anunciantes directamente amenacen con retirar su apoyo a determinados programas si es que los mismos no dejan de tratar temas (p. ej., el aborto) que son hirientes para los dueños de las empresas auspiciantes, o molestos para el tipo de público al que los auspiciantes quieren llegar. En tal sentido, la presencia del dinero en el terreno de la libre expresión les da a los poseedores de aquél de un virtual poder de veto sobre las opiniones que les desagradan. Esta posibilidad, obviamente, no es sino una realidad evidente tanto en países pobres como en países ricos[21].

IV. Las críticas a la idea del "debate público robusto"

Llegados hasta aquí, conviene prestarle atención a las objeciones que podrían presentar quienes no simpatizan con la idea del "debate público robusto". Y es que, a pesar de lo atractivo de la propuesta del "debate robusto" como ideal regulativo, los problemas que promete en su puesta en práctica son, según algunos, demasiado serios. Veamos algunos de ellos, y evaluemos su alcance.

i) ¿Podría decirse, por ejemplo, y en continuidad con la idea del "mercado ideológicamente ciego", que, aun si uno no cuenta con respaldo económico, las ideas que sean capaces de seducir a una porción más o menos importante de oyentes o televidentes van a encontrar un espacio de difusión? El mercado, podría agregarse, no necesita de propietarios de medios comprometidos con el pluralismo de ideas sino de propietarios exclusivamente auto-interesados: más no sea por el afán de conseguir mayores ganancias, ellos (o al menos algunos de entre ellos) van a darle lugar a las ideas que resulten "populares". El razonamiento de los propietarios de medios resulta obvio: una mayor audiencia atrae avisadores interesados en difundir sus productos entre mucha (o muy diversa) gente, por lo que la pluralidad ideológica puede convertirse perfectamente en un buen negocio.

21 Sunstein documenta bien estos casos. Véase Sunstein, Cass R., "Free Speech Now", *The University of Chicago Law Review 59,* 1992.

Los problemas de dicha línea de razonamiento, sin embargo, también son obvios. Ante todo, tal línea de reflexión hace depender la capacidad de difusión de una cierta idea de cuestiones ajenas a lo que, podría decirse, más importa, esto es, contar con un medio ambiente rico en opiniones diversas. Lo que es más serio todavía, el escenario que se nos promete es, por definición, trágico para aquellos que sostienen opiniones impopulares. Estas opiniones impopulares, por serlo, contarían casi con nulas posibilidades de trascender a los medios masivos. Dado su propio carácter, una gran mayoría de la población las rechaza, tal vez visceralmente. Pero es esta razón, justamente, la que torna imprescindible que existan otras vías destinadas a favorecer la transmisión de ideas. En el contexto de una guerra, por ejemplo, la opiniones contrarias a la política bélica del gobierno pueden ser las más importantes: las que muestren por qué es necesario detener ciertos bombardeos, o las que difundan las atrocidades que se cometen, o las que señalen los costos en vidas y en recursos económicos que se están produciendo. Sin embargo, es dable esperar que ellas sean boicoteadas por el gobierno, por el gran público, y por una mayoría de empresas alineadas con el gobierno o ansiosas por alinearse con (o por no ganarse la hostilidad de) el pensamiento mayoritario.

ii) Podría objetarse, entonces, que los razonamientos anteriores parten de premisas falsas, dado que el dato de la escasez —clave en argumentos como los que aparecieron en "Red Lion"— ha perdido importancia en la actualidad. En efecto, alguien podría señalar que, en la actualidad hay muchas formas de llegar al público (formas que algunas décadas atrás no existían). La opinión mayoritaria en "Red Lion", por ejemplo, reposaba sobre un contexto institucional pobre, que tornaba la comunicación pública muy costosa. Pero hoy existen no dos ni tres sino decenas de canales de televisión, a los que se agrega un espacio virtualmente infinito y básicamente gratuito para la comunicación electrónica (típicamente, vía internet).

Una respuesta como la anterior es tan poco atractiva como lo hubiera sido, en el pasado, decirle al orador crítico que escoja, para presentar su discurso, una de las miles de "esquinas" que existen en la ciudad. El crítico, en tal caso, podría decirnos que a él no le interesa, meramente, gritar sus ideas al aire. Más bien, lo que le preocupa es hacer que sus ideas tengan la oportunidad de llegar a tanta gente como sea posible. Si se le negara, entonces, la posibilidad de expresarse en una plaza pública, en una transitada estación de tren o en un aeropuerto, esto es, lugares en donde se da una alta circulación de gente, luego aquella persona tendría razonables motivos de queja. Y lo mismo ocurre en la actualidad, cuando unos pocos controlan las principales vías de acceso a la opinión pública. Los canales de cable y las comunicaciones por medio de internet se expanden con violencia, pero aun así sigue siendo cierto que sólo una muy pequeña porción de los habitantes del mundo cuenta con estas ventajas de la comunicación.

iii) Podría decirse, por caso, que aun a pesar de las limitaciones del "mercado libre" no hay riesgo peor que el riesgo del abuso estatal. En respaldo de esta línea de pensamiento conviene advertir que el Estado en control directo o indirecto de los medios de comunicación masivos no sólo amenaza con la comisión de abusos opresivos para las minorías. El mismo representa un riesgo, además, para el ideal de contar con una política equitativa. Si es que uno toma en serio las críticas provenientes de la teoría de la "elección pública" se debe esperar que cualquier "ventaja" a ser distribuida por el gobierno de turno se convierta en una mercancía que terminará, inevitablemente, en manos de algún grupo de interés al que el gobierno se la entregará en una operación de intercambio de "favores" (desde esta óptica podría decirse algo así como que "no hay nada peor para los intereses de los más desaventajados que las políticas alegadamente hechas para los más desaventajados"). A partir de este criterio, propuestas como la de la "doctrina de la equidad", defendidas en el fallo "Red Lion" resultarían sólo una penosa muestra de ingenuidad.

La objeción es importante pero, nuevamente, convendría no avanzar tan rápido. Ante todo, cabría señalar que la propia mayoría en "Red Lion" se anticipó lúcidamente a este tipo de comentarios, y dio a ellos una primera respuesta. La posibilidad de que una doctrina como la "doctrina de la equidad" alcance los efectos esperados —sostuvo la Corte— no resulta obvia. Sin embargo, agregó, "si la experiencia con la administración [de la misma] nos demuestra que ella tiene el efecto neto de reducir más que aumentar el volumen y la calidad de la cobertura, entonces habrá tiempo suficiente para considerar las implicaciones constitucionales de la misma. En el pasado, al menos, la doctrina de la equidad no ha tenido dicho efecto". Es decir, la Corte no abdicó de su capacidad de control, sino que hizo una defensa condicional de la doctrina en cuestión: en la medida en que la misma cumpliera con las promesas hechas ella resultaría sostenida, y en cambio sería declarada contraria a la Constitución si es que ella comenzaba a tener un efecto nocivo para la discusión pública. En otras palabras, en la medida en que existan agencias de control medianamente efectivas —algo que, efectivamente, no es obvio en muchos países latinoamericanos, por ejemplo— no debería temerse cualquier política de "ensayo y error"[22]. En ello debería consistir, de hecho, una buena política democrática.

iv) Ocurre, en cambio, y como sostuviera Charles Fried (un notable teórico del libertarismo), que preocupaciones como las expresadas hasta aquí se derivan, no tanto

22 Por supuesto, en países en donde tales controles no existen, tanto las políticas públicas como las políticas de "mercado" resultan problemáticas: ambas corren el riesgo de resultar irrepresentativas de la voluntad ciudadana, ambas pueden operar exclusivamente en favor de una elite, ambas pueden implicar costos de todo tipo para los ciudadanos comunes y, en especial, para los sectores más postergados de la comunidad.

de la incapacidad para expresar públicamente ciertas ideas, sino del carácter "poco atractivo" y "poco convincente" de las mismas. Autores como Fried, en efecto, consideran que los crecientes llamados a la regulación estatal en materia de libertad de expresión dependen, en realidad, de la incapacidad de ciertos sectores para ganar atención para sus ideas. El problema que tales sectores enfrentan —señalaría este crítico— no resulta tanto de la "ausencia de espacios" en los medios de comunicación de masas, como del hecho de que otros no le otorguen a sus dichos de la importancia que ellos mismos le asignan[23]. Sistemáticamente, la gente parece dejar de lado propuestas comunicativas como las que se defendían en "Red Lion" —que incluían espacios para la discusión de problemas de interés público— optando en cambio por otras de contenido menos "edificante". La cuestión no es que no existan espacios para la discusión de ideas: el problema parece radicar en que la gente no le presta atención a los espacios de debate existentes. ¿Es que se quiere entonces —podría preguntarnos Fried— forzarnos a ver lo que otros quisieran que veamos, supuestamente en defensa del interés común?

Por supuesto, los defensores del "debate público robusto" (y de todo lo que esta postura implica) quieren y necesitan que su postura encuentre espacio y repercusión públicas. Pero una visión como la expresada por Fried oculta la gravedad del tema en cuestión, al ridiculizar la de sus opositores del modo en que lo hace. A ambas posturas les preocupa asegurar la autonomía de los individuos, la libertad de elección de cada uno, la soberanía de oyentes y televidentes pero, resulta claro, tienen concepciones opuestas acerca de lo que dichos conceptos significan. Este tipo de diferencias han ido resurgiendo hasta aquí, en distintas partes del texto, y todavía se muestran como difíciles de saldar. Esta diferencia es la que enfrenta a quienes ven al mundo desde el punto de vista del mercado, y a quienes lo ven desde el punto de la justicia política. Para estos últimos, el respeto a la igual dignidad de cada uno no requiere que se tomen las preferencias de cada persona como preferencias "dadas" sino que, por el contrario, exige que las preferencias de todos sean puestas a revisión. Para estos últimos, la libertad de elección depende, también, de la diversidad y calidad de las opciones abiertas frente a cada uno[24]. Los defensores del "debate público robusto" no piden que se fuerce a nadie a participar en lo que no quiere, o a mirar o escuchar aquello que no le interesa. Lo que les preocupa es que se cree un abanico amplio de opciones, si es que ellas no existen; que se abran espacios adicionales para la crítica, si la gente se conforma sistemáticamente con ciertas ideas dominantes. Lo que les preocupa es que se "cultive" la virtud ciudadana si es que el contexto reinante "cultiva" la apatía y el desinterés de unos hacia otros.

23 Fried, Charles, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty", *The University of Chicago Law Review, 59,* 1992, p. 252.

24 Raz, Joseph, *The Morality of Freedom,* Clarendon Press, Oxford, 1986.

v) Finalmente, alguien podría argüir que el real problema en juego es el vinculado a los riesgos de la coerción estatal. Es cierto, podría agregarse, que la violación de derechos puede tener su origen en último en la acción de particulares o en la acción del gobierno de turno. Sin embargo, también lo es que ningún riesgo es mayor que el que proviene de la amenaza estatal. El Estado cuenta con recursos económicos y técnicos prácticamente inigualables por cualquier conjunto de particulares, a la vez que tiene a su disposición medios de represión y guerra que otros no tienen (todo esto, salvo en casos excepcionalísimos como el de las bandas de narcotraficantes en algunos países latinoamericanos, por ejemplo). Debido a su poder excepcional, es que cualquier intento de fortalecer los poderes del Estado debe merecer como respuesta una excepcional prudencia. Debido a su extraordinaria capacidad para causar daños a terceros, es que debe hacerse todo lo posible para contener la voracidad intervencionista del Estado. En conclusión, la crítica al Estado no implica sostener la inocencia innata de los ciudadanos actuando como particulares. Sólo se pretende decir que hay riesgos más graves que otros, y que conviene siempre, en cada caso que sea posible, dificultar la aparición de los que evaluamos como peores riesgos.

Contra dicha postura, podría señalarse que la misma es simplemente errónea si es que asume que existe algo así como una situación de no regulación estatal. El Estado es siempre responsable del medioambiente de ideas que existe en una determinada comunidad; de la mayor o menor riqueza de opiniones que se da en la misma. Un Estado que le otorga derechos de propiedad exclusivos al dueño de una frecuencia radiofónica; el que le permite a otro que diseñe la programación de su canal a su total arbitrio; el que le presta su fuerza al dueño de un centro comercial para impedir una manifestación que se celebra en sus puertas; el que permite que las ideas circulen conforme al dinero que las respalda; el que impide con sus sentencias judiciales el derecho a réplica, es un Estado que contribuye a diseñar un cierto ambiente cultural. Si en un momento decidiera tomar la dirección opuesta en cada una de sus elecciones anteriores no pasaría a ser, mágicamente, un Estado "intervencionista" que regula lo que antes no estaba regulado públicamente. La situación de "no intervención estatal" no existe (como nos enseñaron a verlo Cass R. Sunstein y Stephen Holmes, en su trabajo sobre el costo de los derechos[25]), como no existe la ausencia de política en materia de libertad de expresión. Sólo podemos optar entre distintos criterios de regulación estatal, unos que buscan dejar más poder de decisión en la minoría que eventualmente tenga más dinero; y otros que se orientan a robustecer la capacidad de elección de cada uno de los miembros de la comunidad.

25 Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes,* Norton & Company, New York, 1999.

V. ¿Es siempre valiosa la existencia de "más expresión"?

Las consideraciones defendidas hasta aquí nos llevan a proponer un escenario de intensos debates públicos, en donde el Estado se involucra para expandir tanto como sea posible los márgenes de la discusión pública. Las diversas voces sociales deben ser escuchadas cuanto sea posible, y más allá de los recursos que consigan en su respaldo, o la popularidad que conciten.

Dicha afirmación, como principio general, puede resultar razonable, pero lo cierto es que, si queremos tomarnos su contenido en serio, debemos examinarla con más cuidado. Existen, por ejemplo, varias formas de cuestionar el relativo "optimismo" que aquel criterio contiene y que, finalmente, es propio de la idea milleana del "libre mercado de las ideas".

Un primer cuestionamiento a dicho optimismo proviene de análisis como los avanzados por el feminismo radical[26]. Considérese, por ejemplo, las afirmaciones de Catharine MacKinnon, según quien existe suficiente prueba empírica para mostrar que el material pornográfico causa daño sobre las mujeres al "aumentar las actitudes y conductas de discriminación masculina, en formas violentas y no violentas"[27].

Según la autora, la presunción milleana en favor del libre mercado de las ideas es inaceptable incluso en su propia lógica. Ello, entre otras razones, porque discursos como el de la pornografía afectan, directa e indirectamente, a otras personas, en este caso particular, a las mujeres. En este sentido, si nos tomamos en serio los compromisos milleanos de aceptar la intervención pública sólo en casos en los que nos enfrentamos con daños a terceros, entonces éste sería uno de ellos. El intento de MacKinnon es particularmente interesante porque la autora nos viene a mostrar que discursos como el de la pornografía no pueden ser evaluados sólo como tal, es decir, como si fueran "meras palabras"[28]. Conviene advertir el significado de dicha afirmación: si se asimila la pornografía a "otro discurso más" —como lo hace parte de la doctrina moderna[29]— luego, la suerte que va a correr la misma, previsiblemente (y en particular en un contexto por lo general tan sobreprotectivo de la expresión, como el norteamericano) es "blindar" a la misma, hasta convertirla en indestructible frente a cualquier ataque. MacKinnon, por el contrario, procura romper dicha idea, mostrándonos que la pornografía no es una mera cuestión de palabras, sino de hecho, actos: ella es "acto" y genera "actos" (dañosos). Dado que ella se encuentra fundamentalmente asociada con la producción de daños, entonces, ella merece ser sujeta a controles de un modo en que hoy no lo está.

Conviene prestar atención a lo implicado por dicha postura, en su intento de quitar del área sobreprotegida de la expresión a manifestaciones tales como la pornografía. Ocurre que,

26 MacKinnon, Catharine, "Pornography, Civil Rights, and Speech", 20 *Harv. C.R.,* 1, 1985; de la misma autora véase también *Feminism Unmodified,* Harvard University Press, Cambridge, 1987.

27 MacKinnon, Catharine, 1985, p. 52.

28 MacKinnon, Catharine, *Only Words,* Harvard University Press, Cambridge, 1993.

29 Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge, 1985.

de ser exitosa en su intento, la estrategia de MacKinnon también estaría ayudando a promover un trato distinto a otro tipo de expresiones. Típicamente, podrían decirse cosas similares a las que ella dice, sobre la pornografía, en relación con otro tipo de expresiones, actualmente también cobijadas bajo la protectiva jurisprudencia de la libertad de expresión, por ejemplo, la quema de una bandera[30]. Lo cierto es que tenemos aquí, entonces, un primer argumento destinado a socavar la idea de que "cuanto más expresiones se escuchen, mejor". Vemos aquí, por el contrario, que la difusión de ciertas expresiones puede llegar a representar un hecho más perjudicial que deseable. Puede ocurrir, entonces, que tenga sentido revertir aquel dicho para sostener, más bien, que "cuanto menos conozcamos de *cierto tipo* de expresiones, mejor".

Owen Fiss, de algún modo, extiende las preocupaciones de MacKinnon hacia otros ámbitos, tratando de testear la idea de que "cuanto más discurso, mejor". Según Fiss, existen discursos que degradan, quitan respetabilidad y autoridad a la palabra de otros y, en tal sentido, terminan por erosionar nuestra capacidad de crecer por medio del diálogo. Es dable pensar —nos sugiere el profesor de Yale— que luego de escuchar determinadas expresiones lleguemos a desarrollar una visión tan pobre respecto de algunos de los participantes de nuestra comunidad de diálogo, que nos sintamos inclinados a dejar de escucharlos. En tal sentido, concluye, cuando aquellos afectados por estos discursos ofensivos quieran reaccionar frente a las humillaciones que han recibido, ya nadie tenderá a prestarles atención: la palabra de estos últimos ha perdido valor. En definitiva, entonces, hemos perdido a algunos de los participantes o potenciales participantes de nuestra comunidad dialógica: la idea de tener "más discursos" o, más específicamente, la de abrir la puerta a todo tipo de discursos ha implicado finalmente una pérdida y no una ganancia. "Más discurso", en tal sentido, puede ser menos y no más.

El análisis de Fiss encuentra su origen en los estudios del autor en relación con la libertad de expresión y los derechos de la minoría negra en los Estados Unidos. En particular, Fiss concentra su foco al respecto en el llamado "discurso del odio" ("hate speech") y su valor para una sociedad democrática: debe una sociedad tal proteger aquel discurso dirigido específicamente a degradar a una cierta minoría. Es allí donde su aporte parece tener más fuerza. De todos modos, Fiss extiende este criterio a otras áreas: la vinculada con la pornografía, y la vinculada con el uso de dinero en las campañas políticas. La pornografía, sugiere, tiene sobre las mujeres el mismo efecto que el "discurso del odio" sobre la minoría de afroamericanos: termina por quitarle valor al discurso de las personas contra quienes está dirigida. En tal sentido, el contar con "más pornografía" circulando no debe verse como una forma de ganar en "discurso", sino como una forma de perder ciertas voces.

Finalmente, Fiss se refiere al caso del uso de dinero en campañas políticas reflexionando, en particular, a partir de casos como "Buckley v. Valeo"[31]. Según el autor, aquí nos encontramos frente a otro caso en el que "más discurso" no significa, necesariamente, una victoria

30 Un análisis interesante al respecto en Sandel, Michael, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy,* Harvard University Press, Cambridge, 1996.

31 424 U.S: 1 (1976).

para la comunidad de diálogo. Esto es, el hecho de que los más ricos de la sociedad tengan más y más posibilidades de expresar sus puntos de vista no significa que la comunidad haya "ganado" en un sentido relevante del término. Primero, porque lo que parece ocurrir en tales casos es que ciertas ideas resultan "sobrerrepresentadas" dentro de la sociedad: lo que ocurre no es el "ingreso de nuevas ideas" dentro del foro público, sino que algunas de ellas comienzan a repetirse más y más veces. Segundo, podemos decir que la comunidad dialógica no se ha visto beneficiada si es cierto que no contamos con un foro de "paredes flexibles", en donde el ingreso de más y más ideas no encuentra límite. Más bien, y por el contrario, lo que suele ocurrir es que la mayor presencia de ciertas ideas resulta en detrimento de otras, con menos respaldo económico detrás (o con menos capacidad de conseguir dicho respaldo económico). Como un defensor de la idea del "debate público robusto", Fiss no duda en condenar esta situación para favorecer una alternativa en la que se privilegie la diversidad de ideas, con independencia de la base económica de las mismas.

Llegados a este punto, nos interesaría decir que, más allá del éxito final que concedamos a criterios como los avanzados por MacKinnon o por Fiss, ellos nos han ayudado ya a poner en crisis ciertos parámetros con mucho predicamento dentro de los análisis propios de la libertad de expresión. Sus estudios nos fuerzan a pensar dos veces aquello que, en algún momento, pudimos aceptar simplemente como obvio: el valor del contar con "más discursos" dentro de nuestro foro público. De todos modos, tiene sentido aún que mantengamos cierta prudencia a la hora de determinar cuál discurso "merece" quedar fuera de dicho foro. Es cierto que tenemos buenas razones para rechazar la idea conforme a la cual "la mejor política en materia de expresión es la no política" (es cierto que tenemos razones para resistir la interpretación que hacen algunos teóricos acerca de la aparente condena de la Constitución norteamericana hacia todas las políticas de regulación de la prensa, la idea según la cual "no law means no law"). Sin embargo, ello no nos lleva a mirar con buenos ojos toda política limitativa de la expresión: es claro que nos encontramos en una de las áreas más sensibles para el mantenimiento de una valiosa vida en común, por lo que necesitamos ser muy cuidadosos con las regulaciones que aconsejemos para esta área, y con los riesgos posibles derivados de ellas.

Sobre las afirmaciones de MacKinnon, entendemos que ellas ganan todo su sentido en la medida en que sea posible probar, de modo más o menos fehaciente, que la circulación de pornografía se encuentra causalmente vinculada con la producción de daños. Pero ocurre que, más allá del hecho obvio de que en algunas personas dichos materiales generan violencia (algo que ocurre, también, con otros materiales como las películas de acción o ciertos videojuegos), también es cierto que en otras personas éstos los reducen: hay quienes, de hecho, canalizan así sus peores impulsos. Lo cierto es, en definitiva, que el balance al respecto es cuanto menos muy dudoso, si no directamente negativo en relación con lo alegado por MacKinnon.[32] De todos modos, tal vez sea éste uno de los casos en que, debido a los contrava-

32 Así, por ejemplo, conforme a lo establecido por el famoso informe elaborado por la "Comisión Williams", en Inglaterra.

lores en juego, convenga rebajar nuestros estándares de exigencia en relación con la "prueba exigida", y mantenernos más abiertos a reconocer el impacto posible de los materiales pornográficos sobre la producción de daños a terceros. Ello, más allá de las muy buenas razones que tenemos para combatir la pornografía infantil; el tráfico de mujeres; o la explotación de mujeres por la industria pornográfica. Ello, más allá de las muy buenas razones que tenemos para mejorar la ecuación género (femenino) y economía, que hoy termina por forzar a muchas mujeres a incorporarse en actividades (pornográficas o no) que detestan; o para combatir los "poco neutrales" incentivos que hoy reciben las mujeres (entre otros grupos) para actuar o comportarse de determinado modo, o para perseguir ciertos modelos de vida particulares.

En cuanto a criterios como los defendidos por Fiss, particularmente en relación con la pornografía y el "discurso del odio", diría que éstos son tal vez demasiado fuertes, en cuanto a lo que asumen y lo que sugieren. Tal vez la conexión causal entre circulación de ciertos discursos y la "pérdida de la palabra" de algunos grupos no sea tan sólida. Tal vez no sea tan claro que aquellos discursos —u otros con efectos similares— deban ser directamente suprimidos. Sin embargo, cuanto menos, creo que Fiss nos ayuda a ver que nuestro compromiso con la libertad de expresión no nos debe llevar a poner todos los discursos en un mismo nivel. Esta posición, sostenida por la propia Corte norteamericana, encaja con una idea muy relevante dentro de este escrito: aquella según la cual existen discursos más importantes que otros, que consecuentemente merecen ser protegidos con mayor intensidad que otros. Esto es, para decirlo en términos negativos, que dentro del área del derecho a la libertad de expresión —un derecho que merece nuestra mayor protección— existen discursos, digamos, de "segunda categoría" (no por causarnos "disgusto" en cuanto a su contenido, sino típicamente por ser ofensivos hacia otros, o por degradar a ciertos grupos) que por lo tanto los torna pasibles de cierto tipo de regulaciones que no nos arriesgaríamos a encarar respecto de otros discursos. Esto, lejos de llevarnos a conceder un "cheque en blanco" para la censura o la restricción de discursos, nos lleva a reafirmar la "hiperprotección" que merecen ciertas expresiones, y nos permite —estricta justificación mediante— pensar en limitaciones típicamente de "tiempo, lugar y modo", que no deberíamos aceptar, por caso, en relación con el discurso político. En lo personal, entendemos que el caso a favor de la limitación del "discurso del odio" es más sencillo que el caso contra la pornografía. Entendemos que la mujer se encuentra más degradada por una mayoría de telenovelas y revistas de moda que por la pornografía. Pero esto nos lleva a otro tema sobre el que quisiéramos volver más adelante.

Finalmente, ¿qué decir sobre lo señalado por Fiss en materia de gastos electorales? El tema, nuevamente, es más polémico de lo que parece, porque hay razones para pensar que, finalmente, en materia de política, "más discurso siempre es mejor". La sociedad, como diría David Estlund, se enriquece escuchando más y más de ciertas ideas (en la medida en que ello no implique, es obvio, la censura de otras). La vida política se fortalece y gana espacio sobre otras actividades; la gente tiene más oportunidades para acercarse a la discusión de cuestiones que, finalmente, la afectan de un modo directo. Argumentos como los de Estlund

tienen sentido, pero también es cierto que desde el punto de vista del "debate público robusto" nada es más importante que la confrontación entre ideas diversas, lo cual requiere no sólo que las ideas diversas tengan la oportunidad de ingresar en el foro público —o que lo hagan en los márgenes del mismo— sino que esa lucha de ideas se produzca en los escenarios centrales del ágora en cuestión. Si, gracias a la capacidad económica de algunos eso no se produce, dado que los grandes inversores dejan sólo espacios marginales para la circulación de ideas alternativas, entonces mereceríamos poder levantar un reclamo en nombre de nuestros derechos expresivos violados.

La Corte norteamericana niega la legitimidad de aquel reclamo, y lo hace con el argumento más duro posible: "el dinero es discurso", sostiene. Luego, y en razón de este argumento, considera que cualquier restricción en la cantidad de dinero que los ricos pueden usar en defensa de sus ideas debe verse como un ataque a la libertad de expresión (y por tanto, como un ataque que la Corte Suprema considerará violatorio a la Constitución). No hay nada en la Constitución que dé respaldo a la idea de que la voz relativa de algunos puede ser aumentada reduciendo la voz relativa de otros. Si el argumento de la Corte tiene algún impacto entre aquellos preocupados por la idea de igualdad esto se debe, nos parece, a que nos conduce a pensar en términos equívocos. Por supuesto, alguien podría decir que es irracional acallar a un político rico o respaldado por los ricos, que va recorriendo el país de punta a punta —gracias a los recursos con los que cuenta— mientras los demás no hablan o lo hacen sólo en la localidad en donde están asentados. Aquella persona está difundiendo política, ampliando los límites de la misma, y eso en sí es bueno. Quienes están preocupados por la igual dignidad de cada uno, quieren que cada persona tenga la posibilidad de optar entre opciones significativas (según Joseph Raz), y es por esto que ven con razonable preocupación que las elecciones de tales personas comiencen a quedar afectadas por cuestiones, en principio, moralmente injustificadas.

El carácter (normalmente) no justificado de la distribución desigual de recursos reclama numerosas regulaciones sobre los usos del dinero, aunque corresponda determinar con mayor cuidado cuáles pueden ser esas regulaciones. Tal vez lo único que sea necesario sea asegurar una distribución general de recursos más igualitaria. Tal vez corresponda dar subsidios especiales a ciertos grupos. Tal vez corresponda promover normas como las de la "doctrina de la equidad" para asegurar una voz a los distintos puntos de vista en juego. Nos importa asegurar muy especialmente que el ingreso al foro de las ideas dependa de que nos encontramos con una cierta idea, y no de hechos aquí irrelevantes, como los vinculados a la cantidad de dinero que hemos heredado, o la cantidad de dinero que hemos sido capaces de atraer. No queremos que se nos cobre entrada para entrar al ágora[33], como no querríamos que el ingreso a dicho foro dependa, por ejemplo, de nuestra fuerza bruta (nuestra capacidad de desplazar a golpes a aquellos que quisieron entrar antes que nosotros).

33 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1992.

VI. La degradación de la vida pública

Una última idea que nos interesa tratar tiene que ver con lo que podríamos llamar la "polución" de nuestro medioambiente social/cultural. Nos referimos al espacio que ocupa en la actualidad lo que se ha dado en llamar la "prensa amarilla", la "televisión basura", los discursos menos reflexivos. Este tipo de preocupaciones, cabe admitirlo, se refiere a los *contenidos* de discursos hoy predominantes. Es importante reconocer este punto porque, por lo general, y en principio, admitimos que en materia de expresión sólo pueden justificarse ciertas regulaciones en materia de "tiempo, lugar y modo", pero nunca aquellas vinculadas con los contenidos de ciertas expresiones.

Una de las razones que se alega habitualmente al respecto —y más allá de las prevenciones generales que podamos tener en materia de regulaciones sobre la prensa— tiene que ver con nuestra preocupación a favor de la idea de la neutralidad estatal. El Estado, decimos, no debe involucrarse en estos análisis de contenido, para separar aquellos que cree más apropiados de aquellos que no le parecen serlo. El Estado, agregamos, debe ser neutral en la materia, y mantenerse al margen de dichos controles, para dejar que los propios individuos escojan los materiales, los discursos, las expresiones que más los satisfagan.

Contra dicha visión, sin embargo, han comenzado a levantarse reclamos, que en la teoría han venido muchas veces de la mano del pensamiento republicano. Los republicanos pueden decirnos, por ejemplo, que debemos preocuparnos por las cualidades morales de los ciudadanos que formamos, y que nos debe interesar el "cultivo" de la virtud en los mismos[34]. Dichas preocupaciones nos exigen disminuir el peso —sino eliminar directamente— todas aquellas expresiones que, finalmente, "contaminan" nuestra vida pública, degradándola.

Todo lo expresado en el párrafo anterior incorpora, obviamente, una carga moral que preocupa a los doctrinarios más asentados de la libertad de expresión, fundamentalmente pensadores de raíz liberal. Una vez que dejamos ingresar en las políticas públicas estas visiones moralizadas, pueden decirnos que abandonamos nuestro proclamado compromiso con el igual respeto hacia cada uno. El Estado perfeccionista, en definitiva, es el Estado que no toma en serio la idea de nuestras iguales capacidades: la idea de que cualquiera de nosotros tiene igual derecho a decidir cuáles son las expresiones que prefiere consumir. Si, de hecho, las expresiones que concitan más atención pública son las que menos nos agradan, luego, no tenemos más que aceptar la realidad de que sólo una minoría comparte nuestros gustos. Pero no podemos, simplemente, tomar el lugar de aquellos y decirles que ya no pueden consumir aquello que preferían consumir.

Si ésta fuese la respuesta liberal tradicional a las preocupaciones de esta sección —y en parte creemos que lo es— entonces tenemos buenas razones para oponernos a ella. Y es que, nuevamente —éste es un tema que se reitera a lo largo de todo este escrito— las políticas que dicho liberalismo predica no son, de hecho, políticas neutrales, sino políticas que tam-

34 Sandel, Michael, *op. cit.*

bién favorecen resultados particulares. En una mayoría de sociedades modernas, estos resultados particulares son los resultados que impulsa el dinero. Esta afirmación es menos abstracta o misteriosa de lo que parece: el hecho es que no existe algo así como la "no política" en materia expresiva. Normalmente, en nuestras sociedades, la "no política" (entendida, como lo es habitualmente, como la ausencia de regulación estatal) esconde otras regulaciones realmente existentes. En el caso habitual de las sociedades modernas, estas regulaciones son las que permiten que el contenido de las programaciones televisas, radiales, etc., se regulen a partir de los intereses de aquellos con más recursos. Y, claramente, aquellos con más recursos tienen intereses particulares en cuanto al contenido de que van a dotar a sus medios expresivos. Muy habitualmente (aunque no necesariamente, por supuesto), ellos van a tratar de evitar temas controvertidos, ya que de ese modo van a perder audiencia, o lectores. Lo que es mucho peor, van a evitar la circulación de ciertos temas, por ejemplo el aborto, por temor a que alguno de sus avisadores decida retirarse de su cartera de clientes[35]. Van a evitar temas que ataquen sus propios intereses en mantener el estilo de organización económica que les permite controlar discrecionalmente dicha programación. Van a tratar, por el contrario, de temas que tal vez le interesa a poca gente, pero sí a alguno de sus avisadores. Van a dejar de ocuparse de ideas importantes, o de expresiones musicales o literarias no masivas, porque sólo les interesan las expresiones masivas. Van a dejar de lado todos aquellos mensajes que requieran de cierta reflexión en el recipiente, o de cierto trabajo de concentración en el mismo, porque de ese modo se pierden segundos vitales que pueden ser vendidos de modo más rentable. Esto es, lo que aparece como la no regulación estatal de los contenidos suele traducirse, de modo habitual, en dictados de contenido muy particulares. Estos son los contenidos que le interesa al dinero, y por ello —por el hecho de que en una mayoría los medios de comunicación se encuentran controlados por el dinero— es que las distintas programaciones en los distintos países comienzan a parecerse cada vez más.

Lo dicho hasta aquí viene a sugerirnos, en definitiva, que la preocupación republicana por los contenidos de ciertos medios de comunicación no merece verse como una preocupación animada por motivos perfeccionistas. Por el contrario (y más allá de un tipo de interés en el "cultivo" de virtudes que también les interesa a los liberales) lo que los republicanos reclaman con el lenguaje de la "degradación" de la vida pública, puede retraducirse —si ello fuera necesario— a un muy razonable reclamo en contra de la colonización de la vida pública por el dinero. Lo cual nos lleva a agregar una breve nota, referida a la relación entre comunicación, dinero y publicidad.

35 Estadísticas al respecto en Sunstein, Cass R., 1992.

VII. La publicidad en los medios de comunicación

La publicidad no es una forma más, ni una particularmente inocua, dentro del ámbito de la comunicación pública y la transmisión de ideas. Más bien lo contrario: ella aparece, cada vez más, como una forma sofisticada y particularmente dañina del engaño. Como tal, y en la medida en que el daño que genere sea relevante, ella amerita reacciones públicas severas, como cualquier daño grave. Sin embargo, y contra dicha posibilidad, acostumbramos a ver premios y aplausos que festejan la publicidad, en razón de su carácter original, su gracia, o la calidad de las imágenes a las que apela: recompensas que se asignan con completo descuido de los fines que la publicidad persigue y los efectos reales que provoca. Lo preocupante, por tanto, no son los premios —galardones que los mismos publicitarios suelen otorgarse— o los aplausos ocasionales con que a veces celebramos un anuncio, sino la impunidad que el Estado garantiza para actividades que provocan daños.

Los daños aquí referidos son demasiado comunes, y derivan de avisos que incluyen informaciones falsas o datos equívocos, que inducen a la confusión y el embuste del consumidor. Los ejemplos en los que podemos pensar son muy diversos: desde el casi inocuo caso de la zapatilla que se presenta como interminable y no lo es; al más interesante caso del alimento fundamentalmente dañino para la salud, pero que se promueve como indispensable; o el más conocido caso de los bancos que sugieren contar con un sólido respaldo exterior pero que, a la primera crisis del 2001, ignoran al afiliado al que le sonreían y miran para algún otro lado cuando se les pregunta por el prometido respaldo exterior.

El problema en cuestión no es meramente moral, pero también es moral. Moral no en el sentido de la moral, digamos, de la fe católica, ni moral en el sentido de una inasible "moral media". El problema es moral entendiendo por moral aquello que nos debemos los unos a los otros: un mínimo de cuidado y consideración, que se relaciona con la elemental idea liberal de no causarnos daños los unos a los otros. En este sentido, tanto por la amplitud y profundidad de los fraudes que contribuyen a generar, como por su nivel de indiferencia respecto de las responsabilidades que les competen, muchos publicitarios pueden ser señalados como partícipes de una actividad inmoral. Esto es así, conviene repetirlo, en razón de los perjuicios que ayudan a causar, y sin tomar en absoluto en cuenta (algo que conviene dejar para otro momento) el contenido particular de las imágenes o mensajes a los que los "creativos" locales suelen apelar en sus comerciales, mensajes cargados de altas dosis de adolescente sexismo, a la vez que excluyentes, de manera violenta, en materia racial.

El problema que aquí interesa, sin embargo, no es moral sino legal. El derecho tiene una relación antigua con el "discurso comercial", al que ha considerado desde siempre como un discurso "menor" o "bajo" (*low speech*). Que el discurso comercial sea considerado "bajo" significa que, por la naturaleza del mensaje en juego, el derecho no ve al mismo como merecedor del extraordinario nivel de protección que reserva para otro tipo de expresiones (políticas, artísticas). La distinción más importante, sin embargo, suele venir después, y es la que diferencia entre publicidades sobre actividades legales y basadas en información veraz,

de aquellas otras que se refieren a actividades no legales o que se apoyan en datos falsos o informaciones engañosas (*false, deceptive or misleading speech*). Al respecto (en casos como Central Hudson, resuelto por la Corte Suprema norteamericana), se señaló que la idea de libertad de expresión incorporada en la Constitución obliga a tener una mirada estricta sobre aquellas publicidades lindantes con la falsedad. Si la Constitución se preocupa por el "discurso comercial" —se sostuvo entonces— ello se debe a la "función informativa de la publicidad". Por ello mismo —supo concluir la Justicia— "no puede haber ninguna objeción constitucional a la supresión de mensajes comerciales que tienden más a engañar que a informar al público".

Las respuestas que corresponde dar, frente a la publicidad falsa o engañosa, son diversas y dependen de la gravedad del caso de que se trate. De todas formas, tales respuestas deberían caracterizarse por su carácter fundamentalmente expresivo: lo que se pretende es dejar en claro que estamos dispuestos a asegurar las bases elementales del respeto mutuo, y a asegurarnos —a todos, pero especialmente a los miembros más desaventajados de la sociedad— que nadie se aproveche de nuestra buena fe, a partir de cualquiera de las formas graves del engaño. Actuando de esta forma dejaríamos en claro la existencia de un compromiso público con la idea de que nos consideramos merecedores de un igual respeto, y que entendemos que es una falta grave el que se tomen ventajas indebidas de otros, mediante un uso masivo e incontrolado de la mentira.

Las respuestas que puede reservar el derecho frente a la falsedad comercial pueden ir desde las más obvias —la prohibición lisa y llana de la publicidad engañosa— a las sanciones económicas a todos los agentes involucrados en la producción de tales farsas. Pero estas respuestas pueden incluir, también, y tal como lo reconoce el derecho internacional, la obligación de que las empresas brinden la información relevante que han decidido ocultar, por ejemplo, información sobre los efectos perjudiciales de ciertos alimentos; o datos precisos que transparenten los vínculos reales de una cierta entidad bancaria con su entidad madre ubicada en el exterior.

De lo que se trata, en definitiva, es de contradecir la práctica hoy reinante, que admite livianamente el deslizamiento cotidiano desde la información al engaño: una práctica que involucra la producción de perjuicios graves, y que encuentra en el Estado a un cómplice descuidado, indiferente. El poder público debe cambiar su actitud y dejar en claro en qué lugar se ubica: en el de privilegiado y poderoso custodio de los derechos de cada uno, o en el de complaciente aliado de quienes mintiendo golpean sobre esos mismos derechos.

VIII. Libertad de expresión y dificultades expresivas: la protesta social

Las reflexiones hechas hasta aquí nos permiten reconocer algunos datos importantes. Hemos dicho que el de la libertad de expresión es un derecho al que le corresponde una protección prioritaria (como derecho, frente a otros intereses generales; y como derecho particular,

frente a otros derechos constitucionales). Hemos dicho también que ciertos tipos de expresión —los vinculados a la crítica al gobierno en particular y, en general, los relativos a cuestiones de interés público— merecen recibir una protección especial, dentro del área ya privilegiada de la libertad de expresión. Hacia el final de la sección anterior reconocimos también la extendida responsabilidad del Estado en todo aquello que tenga que ver, entre otros temas, con la amplitud de la expresión libre dentro de una comunidad: él carga con buena parte de la responsabilidad acerca del modo en que se *distribuye la palabra* dentro de la sociedad.

Por otra parte, y por lo que hemos examinado en capítulos anteriores, existen varios factores que tornan todavía más significativa la necesidad de resguardar las opiniones de los críticos. Ello así, ante todo, cuando:

i) Las herramientas y órganos que dan forma al sistema institucional demuestran ser poco adecuadas para garantizar la "voz" de las distintas partes que componen la sociedad[36].

ii) Los controles "endógenos" existentes —el poder judicial, fundamentalmente— se encuentran, como en tantos países, atravesados por el poder político, al que sirven ilegítimamente en una mayoría de casos.

iii) Los medios de comunicación de masas se encuentran concentrados impropiamente en las manos de pocos.

iv) Las desigualdades económicas que separan a los más ricos de los más pobres de la sociedad son muy amplias, y el nivel de dificultades económicas asociadas con los que están peor son también significativas.

Dentro de contextos distinguidos por uno o varios problemas como los señalados, se acentúan dramáticamente las dificultades expresivas de una mayoría de la población y, por lo mismo, se torna especialmente importante abrir o mantener abiertos los canales de la crítica pública, que permitan sujetar al poder a controles que el sistema institucional no

36 Típicamente, y según viéramos, el voto periódico, en su rigidez y opacidad no permite dar cuenta de la diversidad y cambiantes matices de las preferencias ciudadanas. El sistema representativo aleja más de lo que conecta a los representantes de sus electores. El sistema de "frenos y contrapesos", por otra parte, fortalece la alienación política de la ciudadanía, a la vez que abre sus puertas a la acción de múltiples grupos de interés, que pasan a actuar sobre sus arterias. El debilitamiento general de los controles "exógenos" en relación con los controles "endógenos" aparece como una de las expresiones más altas de este proceso de desacoplamiento entre los votantes y sus elegidos. Y algunas herramientas particulares dentro del esquema de controles vigente —me refiero al control de constitucionalidad— ayudan de modo especial a potenciar este proceso de expropiación de las decisiones colectivas.

provee o no provee de modo adecuado. Una situación como la descrita debe prepararnos para mirar el derecho a la crítica de un modo diferente, de modo tal de darle realidad y sentido a un derecho que quedaría desplazado, en caso de quedar a la merced de un contexto "naturalmente" animado en su contra.

Deberemos, entonces, mantener una sensibilidad especial que, en contextos diferentes podríamos abandonar. Por ejemplo, en casos de dificultad como los que estudiamos, puede suceder que debamos considerar constitucionalmente inválidas ciertas regulaciones *neutrales en cuanto al contenido* de la expresión, sostenibles en otros casos. Piénsese, por caso, en la situación en que el gobierno de turno veda las propagandas políticas de cualquier tipo de ideología en las avenidas principales de la ciudad, o prohíbe todas las pintadas callejeras o los *grafitis* políticos. Este tipo de restricciones son tratadas habitualmente con benevolencia dada la neutralidad que revisten, a primera vista. Sin embargo, en contextos como los señalados puede ocurrir que esas restricciones que parecen "afectar a todos por igual" resulten especialmente gravosas para sujetos o grupos con pocos recursos que encuentran en tales medios de expresión (p. ej., una pintada callejera) su principal forma de manifestación. En casos como éste, no puede asumirse sin más que las restricciones neutrales en cuanto a su contenido lo sean también en cuanto a sus efectos[37].

La gravedad de otras situaciones puede llevarnos a pensar como exigible un *derecho de acceso* a los principales foros existentes de expresión; o un derecho especial para manifestarse aún en el ámbito de la *propiedad privada* de otros individuos. Piénsese, por caso, en una situación en la que comprobamos que el ámbito habitual de circulación de los individuos —los foros públicos centrales de la comunidad— se han trasladado de los más tradicionales (una plaza, un parque) a otros menos comunes como un centro comercial o un estadio de fútbol. ¿Qué pasaría si en tales ámbitos fueran prohibidas ciertas expresiones orientadas a llamar la atención sobre cuestiones de interés público? En "Food Employees Local 590 v. Logan Plaza Valley"[38], la Corte norteamericana sostuvo que "un piquete de huelga pacífico, contra una empresa de negocios situada dentro de un shopping center", no podía ser constitucionalmente prohibido. Sin embargo, al menos en dos ocasiones posteriores se desdijo de tal consideración, faltando a su deber de reconocer el peso de una situación de atrofia expresiva como la existente[39].

Algo similar a lo dicho respecto de la propiedad privada debe decirse en relación con la *propiedad pública:* es cierto que muchas demostraciones, mítines o arengas políticas siguen teniendo lugar en los parques y las calles como espacios privilegiados. Sin embargo, también es cierto que existe una gran variedad de nuevos espacios públicos, como las estaciones de metro o autobús, o los aeropuertos, en donde la gente se aglomera y en los que puede resultar

37 Véase, por ejemplo, "U.S. Postal Service v. Council of Greenborough", 453 U.S. 114 (1981); o "Heffron v. International Society", 452 U.S. 640 (1981).

38 391 U.S. 308 (1968).

39 "Lloyd Corp. v. Tanner", 407 U.S. 551 (1972); y "Hudgens v. NLRB", 424 U.S. 507 (1976).

especialmente importante significativo y provechoso expresar las propias ideas. La Corte Suprema norteamericana, en este sentido, se mostró atenta a considerar la posibilidad de que, a fin de difundir ideas, se utilicen lugares habitualmente dedicados a esos objetivos (parques, calles y algunos otros espacios normalmente abiertos a tales expresiones). De todos modos, directamente negó la utilización de otros espacios menos tradicionales para la comunicación de las propias ideas[40].

Y qué decir, por ejemplo, de situaciones en las cuales, para hacerse escuchar, quienes protestan deciden cortar algunas de las principales vías de comunicación de la comunidad (una avenida o ruta pricipal) o bloquearle a los demás el acceso a edificios públicos (p. ej., los tribunales) o privados (p. ej., una fábrica). En países como la Argentina, este tipo de situaciones comenzaron a tornarse más o menos habituales desde el año 1996, con la inauguración de una nueva forma de protesta consistente en los "cortes de ruta", popularizados rápidamente en los años inmediatamente posteriores, hasta convertirse en una de las principales —sino la principal— forma de protesta social[41].

Frente a tales situaciones, la justicia no tardó en pronunciarse, dando un tratamiento fundamentalmente hostil a la protesta social. Es absolutamente cierto, como dijera la justicia en los fallos revisados, que el ejercicio de un derecho no puede importar la supresión de otros. De todos modos, al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta lo dicho más arriba: el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática, uno que merece la más alta protección. Es decir, en casos como los que examinamos la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que —mucho más— requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

Frente a lo dicho en el párrafo anterior, obviamente, alguien podría recordarnos que las protestas de las que hablamos no consistieron en simples expresiones publicitadas a través de los medios de comunicación ante las cuales podríamos, en todo caso, cambiar de página o de emisora. Se trató, más bien, de expresiones que fueron hechas públicas en importantes y muy transitadas vías de tránsito. Las expresiones en juego, además, no fueron meramente "verbales" sino que vinieron acompañadas, en la generalidad de los casos, por severas molestias para muchos de los demás integrantes de las comunidades en cuestión. Sin embargo, frente a tales dichos, uno podría presentar observaciones como las siguientes.

40 Véase, por ejemplo, en "Ikscon v. Lee", 112, 112 S. Ct. 2701, 2718 (1992).

41 Los "cortes de ruta", fundamental pero no únicamente concentrados en Buenos Aires, comenzaron en 1997 organizados por el grupo radical "Corriente Clasista y Combativa." En dicha oportunidad, el grupo promovió un promedio de 11 bloqueos por mes. Este porcentaje cayó hasta los 4 bloqueos por mes en 1998; se incrementó a 21 en 1999; y a 43 en el 2000. En el año 2001, los bloqueos llegaron a contabilizar 115 por mes. En junio del 2002 el número de bloqueos llegó a los 150.

En primer lugar, podría retomarse la muy protectiva y consolidada doctrina sobre el "foro público". Tal doctrina, surgida al calor de los fallos "Hague" y "Schneider"[42], considera, justamente, a las calles y parques como lugares especialmente privilegiados para la expresión pública. "[Las calles y los parques] —se sostuvo en "Hague"— han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas". Notablemente entonces, y desde "Hague", la Corte Suprema Norteamericana se preguntó: ¿Dónde, sino en la vía pública, pretender la expresión de la ciudadanía?

En el caso "Schneider", en el cual se cuestionaba la actividad de unos manifestantes que arrojaban panfletos a la calle, los jueces reprodujeron, básicamente, los mismos conceptos que habían presentado en "Hague". El hecho de que el máximo tribunal norteamericano decidiera dar una fuerte protección a las expresiones realizadas en parques y calles aún cuando la actividad en cuestión involucrara ciertos perjuicios a terceros, resultaba particularmente relevante. En tal sentido, Harry Kalven, una de las principales autoridades del pensamiento jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, destacó la notable enseñanza de casos como "Schneider" para la jurisprudencia futura. Debemos advertir —señaló Kalven— que la "distribución de panfletos en la vía pública... constituye un método de comunicación que acarrea una consecuencia tan inextricable como esperada, que es la de la suciedad en las calles (calles que la ciudad tiene la obligación de mantener limpias). También constituye un método de comunicación que provoca el enojo de una mayoría de personas; mientras que es dudoso que tenga un gran impacto sobre la audiencia. Sin embargo [y a pesar de todo lo dicho], el balance constitucional en "Schneider" fue decidido enfáticamente en favor de mantener abierto el foro público a este tipo de comunicación"[43]. La mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrean costos y molestias para terceros que, sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor de la libertad de expresión[44].

De todos modos, alguien podría contraargumentar, con cierta razón, que las situaciones típicas de "cortes de ruta" diferían sustantivamente de aquellas otras examinadas por la doctrina norteamericana. Ello, debido a que los conflictos sociales aparecidos en nuestro país no implicaban, "meramente", ruidos molestos, suciedad en las calles, o un cierto desorden en el tránsito. Tales conflictos vinieron acompañados, en una mayoría de casos, de incendios, agresiones, destrucción de la propiedad pública y privada. Frente a esta crítica convendría señalar lo siguiente. En primer lugar, y como punto aclaratorio, cabría insistir en la idea básica expresada por Kalven. La pretensión central de este autor era la de hacernos advertir que "todos los discursos implican expresiones y 'algo más'. Si se trata de una expre-

42 Hague v. Cio, 307 US 496 (1939), y Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939).

43 Kalven, Harry, "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", *Sup. Ct. Rev. 1,* 1965, pp. 18-21.

44 Existen, claramente, permisibles limitaciones a la expresión en cuanto a su "tiempo, lugar y forma". Pero ellas no deben atentar en ningún caso contra el contenido del discurso en juego, o contra la misma posibilidad de que éste se convierta en público.

sión oral —decía Kalven— tenemos ruidos que pueden interrumpir a otros; si se trata de una expresión escrita, tenemos la posibilidad de ensuciar [la vía pública]"[45]. Pero —y esto es lo que más le preocupaba al profesor norteamericano— en todos los casos mencionados, y cualesquiera fueran los repudiables desmanes de los manifestantes, teníamos ideas en juego y, por ello mismo, la prioritaria obligación del poder público de resguardar tales ideas. Adviértase que la actitud asumida habitualmente por el poder público, en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro contexto se parte de la idea de que la ruta debe ser "liberada", el tumulto disuelto, y los manifestantes dispersados, y luego, en todo caso, se presta atención a los demás "detalles" involucrados por la manifestación ciudadana. La expresión de ideas, las críticas al poder público, no parecen merecer, en nuestro país, un cuidado especial. Del mismo modo, el fundamental derecho a criticar a las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores utilizada por una mayoría de funcionarios políticos, jueces y fiscales, en el cumplimiento de sus tareas. Por el contrario, la libertad de expresión aparece —en el razonamiento de tales funcionarios— como un elemento más, que tiene un peso inferior o en todo caso idéntico al de los demás valores en juego (p. ej., el derecho al libre tránsito; el cuidado frente al riesgo de daños potenciales; etc.).

Finalmente, cabe decir que una postura como la aquí avanzada no necesita ni pretende desentenderse de los lamentables efectos colaterales que habitualmente han acompañado a muchos cortes de ruta. Por el contrario, podría decirse, la comunidad en cuestión tiene pleno derecho a reprochar tales excesos (rotura de edificios públicos, lesiones, etc.), incluso mediante el recurso al derecho penal. Sin embargo, aun así, no debe perderse de vista lo más importante: es perfectamente posible distinguir estos reprochables excesos de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.

Llegados a este punto alguien podría decirnos, con algo de razón, que el planteo anterior ignora algunos datos de indudable importancia. Ello, fundamentalmente, porque en una multitud de casos no resulta tan claro que la libertad de expresión de los manifestantes haya sido coartada, algo que nuestro análisis simplemente supone[46]. Puede ocurrir, por ejemplo, que los manifestantes contaban con vías de expresión alternativa (p. ej., una huelga o una manifestación frente a la casa de gobierno), y a pesar de ello optaron por desarrollar esta forma de protesta, socialmente más costosa y más perjudicial.

El punto mencionado es efectivamente relevante ya que, de ser cierto, desvirtuaría mucho de lo que hemos sostenido en la sección anterior, en la cual hicimos referencia a la

45 Kalven, Harry, *op. cit.,* p. 23.

46 Claramente, sabemos que en el caso de Comodoro Rivadavia, al menos, los manifestantes acababan de participar de un paro nacional que se había desarrollado pacíficamente, luego del cual los imputados decidieron iniciar un corte de ruta con las consecuencias conocidas por todos. Este tipo de hechos, resaltados por el Juez Napolitani en su fallo, vienen a decirnos que los manifestantes contaron, en efecto, con vías alternativas de expresión pero que, no obstante ello, prefirieron seguir adelante con una medida directamente perjudicial para muchos de los habitantes de la comunidad.

prioritaria necesidad de resguardar la libertad de expresión. Sin embargo, no deberíamos ir tan rápido a la hora de descalificar los argumentos anteriores. Para comenzar con una posible réplica, sostendría que son muchos los casos en los cuales puede darse una violencia sobre la libertad de expresión, aún a pesar de que la situación en juego no involucre una explícita moción de censura. Para decirlo de otro modo, el hecho de que los manifestantes en cuestión hayan tenido *alguna* posibilidad de expresar sus ideas no es un dato obviamente relevante a la hora de evaluar el curso de acción a tomarse frente al corte de ruta. Por ejemplo, si en nuestra comunidad nos permiten pararnos en la esquina de una barriada alejada y vociferar desde allí nuestras críticas al gobierno de turno pero se nos impide, al mismo tiempo, manifestar esas mismas ideas en el "ágora" central de nuestra sociedad, luego, es posible concluir que en tal contexto la posibilidad de crítica frente al poder se encuentra severamente restringida. Por supuesto, en algún sentido es absolutamente cierto que en dicha comunidad las personas tienen la posibilidad de expresar aun sus ideas más radicales. Sin embargo, todos nosotros dudaríamos mucho antes de afirmar que en el caso citado se respeta el disenso. Y esto, no porque el resto de la ciudadanía se decida a no escuchar o a desobedecer los consejos del orador de turno, sino porque en la comunidad referida no se aseguran los derechos básicos del mismo a ejercer su crítica de un modo apropiado.

Se señala lo anterior por lo siguiente (y aunque éste es, reconocidamente, un terreno sobre el que conviene andar con cautela). En muchas zonas y círculos sociales de nuestras comunidades, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer en público animales domésticos; que otros más bloqueen una ruta nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a prácticas como las citadas la gravedad que ellas tienen: es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público.

El Juez William Brennan —uno de los jueces más brillantes de toda la historia de la Corte Suprema Norteamericana, y uno de los mejores defensores de la libertad de expresión— supo avanzar una significativa reflexión al respecto. Sostuvo Brennan: "Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos"[47]. Este dato —nos enseñaba Brennan— debía ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones. Notablemente, el Juez de la Corte sostenía esta

47 En "Adderley v. Florida", 385 U.S. 39 (1966), voto disidente.

opinión en defensa de un grupo de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad[48].

Las consideraciones avanzadas hasta aquí, según esperamos, aportan nuevos argumentos a tomar en cuenta a la hora de evaluar decisiones como las propuestas por nuestra justicia, frente a los cortes de ruta. Esta evaluación involucra una reflexión acerca de cuál es el mejor modo de preservar el edificio institucional de la democracia. Y es por ello mismo —por la exigencia democrática de tratar a todos como ciudadanos iguales— que el poder público debería reconsiderar la forma en que está haciendo uso de la fuerza que le hemos delegado.

IX. Bibliografía

Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle,* Harvard University Press, Cambridge, 1985.

Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social,* Fontamara, México, 1997.

———, *The Irony of Free Speech,* Harvard University Press, Cambridge, 1996.

Fried, Charles, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty", *The University of Chicago Law Review 59,* 1992.

Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, C., *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes,* Norton & Company, New York, 1999.

Kalven, Harry, "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", *Sup. Ct. Rev. 1,* 1965.

MacKinnon, Catharine, Only Words, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

———, *Feminism Unmodified,* Harvard University Press, Cambridge, 1987.

———, "Pornography, Civil Rights, and Speech", 20 *Harv. C.R., 1,* 1985.

Mill, John Stuart, "On Liberty", en *Three Essays,* Oxford University Press, Oxford, 1975.

48 Interesa ver, también, "United States v. Kokinda", 110 S. Ct. (1990). Allí, y junto con los jueces Marshall, Blackmun y Stevens, Brennan volvió a sostener una posición semejante en el caso de unos jóvenes que bloqueaban la única entrada posible en un edificio público. Alegó entonces la doctrina del foro público y la prioridad que debía dársele a la expresión, más allá de su acuerdo con el interés del gobierno por hacer posible el ingreso en el edificio público. Cass R. Sunstein, uno de los principales especialistas contemporáneos en el derecho de la libertad de expresión, muestra tener preocupaciones muy similares a las del juez Brennan. Para él, las autoridades públicas deben prestar una muy especial atención frente a la situación de grupos con dificultades para vehiculizar sus puntos de vista. Extendiendo tal preocupación, Sunstein ha señalado que, en determinados contextos, puede resultar aceptable la ocupación de ciertos lugares públicos, e incluso privados, con el objeto de difundir un cierto punto de vista, y en tanto no existan lugares claramente alternativos a éstos para lograr los mismos propósitos. Por ejemplo, señala Sunstein, en lugares en donde el aeropuerto o el "shopping center" constituyen los únicos ámbitos en donde el público se reúne en cantidad, puede tornarse constitucionalmente tolerable la presencia de manifestantes que, en otros contextos, podría ser razonablemente desalentada. Sunstein, Cass R., The Partial Constitution, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.
Raz, Joseph, The Morality of Freedom, Clarendon Press, Oxford, 1986.
Sandel, Michael, Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
Sunstein, Cass R., The Partial Constitution, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
———, "Free Speech Now", The University of Chicago Law Review 59, 1992.

Libertad de expresión y estructura social*

Owen Fiss

La libertad de expresión es uno de los aspectos más notables y famosos del derecho constitucional estadounidense. Contribuye a definir quiénes somos como nación. El principio está arraigado en el texto de la propia Constitución, pero han sido las decisiones de la Suprema Corte en el último medio siglo aproximadamente las que, en mi opinión, le han nutrido, otorgándole gran parte de su configuración actual, y las que han sido responsables de gran parte de su energía y envergadura. Estas decisiones han dado lugar a lo que Harry Kalven denominó una "Tradición de la libertad de expresión".

Al hablar de una Tradición, Kalven, y antes que él Llewellyn[1] y T. S. Eliot[2] (hablando de las espaldas de los gigantes), aspiran a una perspectiva omnicomprensiva. Todo está incluido, nada queda fuera, ni los votos disidentes, ni siquiera las decisiones anuladas. Se incluye todo contacto entre la Corte y la Primera Enmienda. La Tradición, sin embargo, tiene una forma, una dirección o un punto. No es una enciclopedia ni un diccionario, sino que tiene más bien la naturaleza de una concepción compartida. Quienes hablan de una Tradición de la libertad de expresión tratan de analizar todas las decisiones y de abstraer de ellas una concepción de lo que significa la libertad de expresión; qué es lo central y qué lo periférico, qué se encuentra más allá de la protección de la Primera Enmienda y qué queda incluido, hacia dónde se dirige el derecho, etcétera. El conjunto tiene una forma. La forma no se establece de una vez para siempre, ya que cada nueva decisión u opinión es incluida en la Tradición y contribuye, por tanto, a reconfigurar el significado del todo; pero la Tradición también actúa como una fuerza que limita las decisiones presentes y futuras. La Tradición es el trasfondo que está detrás de lo que todo juez escribe. Define la cuestión, ofrece las fuentes con las cuales el juez puede enfrentar aquellas cuestiones, y crea también los obstáculos que deben ser superados. Orienta al juez.

* Traducción de Pablo Larrañaga. Artículo publicado en Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión, Miguel Carbonell (ed), México, Porrua, CNDH, 2004.

1 Llewellyn, K., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals,* 1960.

2 T. S. Eliot, "Tradition and the Individual Talent", en *'Selected Prose of T. S. Eliot'* 37 (1975) (publicado primero en 1919).

Creo que es útil considerar las decisiones de la Suprema Corte sobre la libertad de expresión como una Tradición, y estoy tentado también a ensalzar esta Tradición de manera muy similar a como lo hace Kalven. El título de su manuscrito es *A Worthy Tradition*[3] —*Una tradición respetable*—. Pero, en lo que a mí respecta, ésta es sólo la mitad de la historia. También me parece que la Tradición es defectuosa respecto de algunos aspectos importantes, tanto que puede ser necesario comenzar de nuevo (si eso es posible).

Mi preocupación surgió primeramente en los años setenta, es decir, en uno de los pocos períodos en los que Estados Unidos se preguntó en voz alta si capitalismo y democracia eran compatibles. En el mundo político, estas dudas estaban vinculadas con el Watergate y con la posterior dimisión del presidente Richard Nixon. El hecho que lo precipitó fue el allanamiento de la sede central del Partido Demócrata, pero cuando el proceso de acusación llegó a su fin, comprendimos cuán cabalmente el poder económico había empezado a corromper nuestra política. El Congreso respondió con la *Campaign Reform Act de 1974*[4], imponiendo límites a las contribuciones y a los gastos de las campañas electorales, y estableciendo un esquema para la financiación pública de las elecciones. La tensión entre capitalismo y democracia fue también una cuestión de especial interés para la academia, como se puso de manifiesto en la excitación y controversia generadas por la publicación, en 1977, del libro de Charles Edward Lindblom *Politics and Markets*[5]. Lindblom trató de mostrar que, contrariamente a lo sostenido por la teoría democrática clásica, la política no era una esfera de actividad autónoma, sino que estaba efectivamente configurada y controlada por los intereses económicos dominantes. Como una consecuencia de esta "circularidad", las cuestiones más importantes de la estructura económica y social —las que Lindblom llamó las "grandes cuestiones"— permanecían al margen de la política. Los votantes, en realidad, no tomaban en cuenta la viabilidad futura del capitalismo, la justicia de la distribución del mercado o la estructura dentro de la cual se les permitía actuar a los sindicatos, debido, según la hipótesis de Lindblom, al control ejercido por los intereses corporativos sobre la agenda política[6].

Mientras los técnicos estaban leyendo y discutiendo el libro de Lindblom, y los políticos trataban de darle sentido al Watergate, la Suprema Corte se enfrentó con varios casos que la obligaron a examinar la relación entre los poderes político y económico. La Corte fue interrogada acerca de si le estaba permitido a un Estado extender la doctrina de la equidad a los medios de comunicación escritos[7], y si la FCC estaba obligada a ofrecer a los críticos de

3 Kalven, Harry, Jr., *A Worthy Tradition,* Harper & Row Pub, Nueva York, 1988. Al momento de escribir estas páginas, el manuscrito está en posesión tanto de Jamie Kalven como mía.

4 Ley de Reforma de las campañas electorales federales de 1974, Pub. L. N°. 93-443, 88 Stat. 1263 (codificado en 2 U. S. C. p/431-434, 437-439, 453, 455; 5 U. S. C. p/1501-1503; 26 U. S. C. p/2766, 6012, 9001-9012, 9031-9042 (1982).

5 Lindblom, C. E., *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems,* 1977.

6 *Ibíd.,* pp. 201-202.

7 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).

nuestras luchas en Vietnam el ingreso a las redes de televisión[8]. En otro caso, se atacó la *Campaign Reform Act* de 1974[9]; y en otro más, se objetó una ley de Massachusetts que limitaba los gastos de las sociedades mercantiles en un referéndum sobre el impuesto sobre la renta[10]. Los activistas políticos, careciendo de fondos para conseguir espacio o tiempo en los medios de comunicación, buscaron acceder a los centros comerciales para hacer llegar su mensaje al público, y también acudieron a los tribunales con ese propósito[11]. Es verdad que cuestiones de este tipo habían sido presentadas ante la Corte con anterioridad, pero en los años setenta aparecieron con mayor frecuencia y apremio, y parecieron dominar la lista de los procesos en la Corte sobre la Primera Enmienda.

Estos casos presentaron ante la Corte cuestiones extremadamente difíciles, quizá las más difíciles de todas las cuestiones de la Primera Enmienda; y, por tanto, se podía predecir, sensatamente, que habría divisiones. También se podía predecir algún giro en falso. Lo que me sorprendió, sin embargo, fue el modelo de las decisiones: el capitalismo casi siempre ganaba. La Corte decidió que una ley que concedía el ingreso a los medios de comunicación escritos a quienes deseaban presentar diferentes puntos de vista era inválida; que la FCC (Federal Communications Commission) no tenía que garantizar el acceso a los medios de comunicación electrónicos de anuncios de opinión; que los gastos políticos de los ricos no podían ser limitados, y que los propietarios de los grandes centros comerciales y de los grandes supermercados que constituían los centros municipales de los barrios estadounidenses no tenían que permitir el ingreso de quienes distribuían folletos de propaganda. La democracia promete la autodeterminación colectiva —una libertad para que las personas decidan sus propios destinos— y supone un debate sobre los asuntos públicos que es (para usar la fórmula ya clásica del juez Brennan) "desinhibido, vigoroso y completamente abierto"[12]. Las decisiones sobre la libertad de expresión de los años setenta, sin embargo, parecieron empobrecer más que enriquecer el debate público, y, por tanto, pusieron en peligro una de las precondiciones esenciales para una democracia efectiva, y parecieron hacerlo de una manera bastante sistemática.

Mi primera inclinación fue considerar estas decisiones como si encarnaran un conflicto entre libertad e igualdad, como otra fase de la batalla entre la Corte Warren y la Corte Burger. Consideraba a las decisiones de los años setenta como parte del programa de la Corte constituida en gran medida (y parece, ahora, irónicamente) por Nixon para dar una nueva prioridad a la libertad y poner punto final a la cruzada igualitaria de la Corte Warren. La idea era que en los casos de libertad de expresión como, por ejemplo, en el caso Rodríguez[13],

8 Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm., 412 U. S. 94 (1973).
9 Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1 (1976).
10 First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765 (1978).
11 Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U. S. 551 (1972).
12 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 270 (1964).
13 San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U. S. l (1973).

la Corte Burger no estaba dispuesta a conferir poderes a los pobres o menos aventajados si esto significaba sacrificar la libertad de otra persona. Después de reflexionar, sin embargo, el problema parecía más profundo y complicado. Vi que la cuestión no era simplemente un conflicto entre igualdad y libertad, sino que también y de un modo más fundamental, era un conflicto entre dos concepciones de libertad. La batalla que se estaba librando no era simplemente una batalla Libertad contra Igualdad, sino Libertad contra Liberad o, para decirlo de otra manera, no tanto entre la Primera Enmienda y la cláusula de igual protección ante la ley, sino una batalla *dentro* de la propia Primera Enmienda. Llegué a comprender también que la Corte no estaba fomentando una concepción idiosincrásica o pervertida de la libertad, sino que de hecho estaba trabajando perfectamente dentro de la Tradición de la libertad de expresión. La Corte no estaba sustituyendo, de una manera tosca, la libertad empresarial (o la propiedad) por la libertad política[14]; los ricos o propietarios de capital ganaban, pero sólo porque habían formulado demandas de libertad política que se adaptaban fácilmente a la Tradición recibida. El dinero constituye una expresión de opinión, tanto como lo es formar parte de un piquete de huelga.

Con el tiempo, llegué a convencerme de que las dificultades con que se tropezaba la Corte en los casos de libertad de expresión de los años setenta podrían, en última instancia, atribuirse a insuficiencias propias de la Tradición de la libertad de expresión. El problema era la Tradición, no la Corte. La Tradición no *implicaba necesariamente* los resultados, como tampoco lo haría ningún cuerpo de precedentes. Es perfectamente sostenible que había lugar para que un diestro y decidido artesano trabajando dentro de la Tradición llegara a una decisión diferente en uno o dos de estos casos, o quizá hasta en todos ellos. Pero, pensándolo bien, parecía que la Tradición orientaba a los jueces en una dirección equivocada y ofrecía un abundante fundamento a quienes formaban la mayoría para sostener, de una manera completamente genuina, que estaban protegiendo la libertad de expresión, cuando, de hecho, estaban haciendo algo de un carácter diferente, mucho más ambiguo. Eso significaba que la crítica tendría que ser dirigida no simplemente a la Corte Burger, sino hacia algo más amplio: hacia un cuerpo de doctrina fuertemente atrincherado aunque, en última instancia, inadecuado.

I

Básicamente, la Tradición de la libertad de expresión puede entenderse como una protección del orador de la esquina de una calle. Un individuo se sube a una caja vacía en una esquina de alguna gran ciudad, comienza a criticar las medidas políticas del gobierno y es detenido entonces por quebrantar la paz. En este contexto, la Primera Enmienda se concibe como

14 Pero véase, Dorsen & Gora, "Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances", *Sup. Ct. Rev.* 195, 1982.

una coraza, como un medio para proteger al orador individual de la posibilidad de ser silenciado por el Estado.

Los pleitos vinculados con la Primera Enmienda comenzaron a ocupar la atención de la Corte Suprema en primer lugar durante la Primera Guerra Mundial, una época en la que la coraza constitucional era más bien débil. El orador de la esquina de la calle podía ser arrestado por la más mínima provocación. Aquellas primeras decisiones fueron abiertamente criticadas, de la manera más notable en los disensos de Brandeis y de Holmes; pero esa crítica —elocuente y a veces heroica— quedaba dentro del marco establecido y sólo buscaba expandir poco a poco las fronteras de la libertad, buscaba poner más restricciones a la policía y dar cada vez más protección al orador de la esquina de la calle. Con este aspecto de avances paulatinos, la crítica asumió el carácter del movimiento progresista en general, y también compartió su destino. La crítica progresista alcanzó sus primeros éxitos durante los años treinta, de la mano de la Corte Hughes, pero para su justificación definitiva hubo de esperar a la Corte Warren: sólo entonces la coraza alrededor del orador llegó a ser digna de una democracia.

Lo que básicamente surgió de este proceso histórico es una regla contra la reglamentación de los contenidos que ahora se presenta como la piedra angular de la Tradición de la libertad de expresión. La policía no puede arrestar al orador sólo porque le disgusta lo que dice. Se permiten ordenanzas que regulen el tiempo, el lugar y los modos —el orador no puede pararse en medio de la carretera—, pero la regulación no se debe basar en el contenido de la opinión, ni en el deseo de favorecer un conjunto de ideas en perjuicio de otro. Por cierto, la Corte ha permitido a la policía intervenir en ciertas circunstancias en virtud del contenido de la expresión, como en el caso del orador que incita al crimen. Pero aún así la Corte ha tratado de asegurar que la policía intervenga sólo en el último momento posible, esto es, antes de que el crimen se desencadene. En efecto, durante la mayor parte de este siglo, el tratamiento científico de la Primera Enmienda consistió en un debate sobre la prueba del peligro claro e inminente y la así llamada prueba de la inducción, en un esfuerzo por encontrar una fórmula verbal que identifique mejor el último momento posible[15]. El supuesto común de todos aquellos que participaron en el debate —hecho explícito finalmente en 1969, en la sentencia de *Brandenburg v. Ohio*[16], que es, quizá, la culminación de estos debates y en muchos aspectos la declaración final de la Corte Warren sobre esta materia— es que la policía no debe intervenir cuando el orador se dedica sólo a expresar ideas en general, no obstante lo impopular es que éstas pudieran ser[17].

Yo sería el primero en reconocer que ha habido algo noble e inspirador en los cincuenta años de trayectoria que van de *Schneck*[18] en 1919 a *Brandenburg* en 1969. Un cuerpo de

15 Véase, por ejemplo, Gunther, Gerald, "Learned hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", 27 Stan. L. Rev. 719 (1975); "Kalven, Professor Ernst Freund and Debs v. United States", 40 U. Chi. L. Rev. 235 (1973).

16 395 U. S. 444 (1969).

17 *Ibid.,* pp. 447-49.

18 Schneck v. United States. 249 U. S. 47 (1919).

doctrina que proteja por completo al orador de la esquina de la calle es, por supuesto, un logro de cierta importancia; las batallas para asegurar esa protección fueron duramente peleadas y su resultado estaba lejos de ser asegurado. *Brandenburg* es una de las bendiciones de nuestra libertad. El problema es, sin embargo, que en la actualidad no hay oradores en las esquinas de las calles y que el edificio doctrinal que, a alguien como Kalven, le parece algo tan glorioso cuando se piensa en el orador de la esquina de la calle resulta en gran parte inadecuado para las condiciones de la sociedad moderna.

En la Tradición ensalzada por Kalven, la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda equivale a la protección de la autonomía, es la coraza alrededor del orador. La teoría que alienta esta protección, y que inspiró a Kalven[19] y con anterioridad a Meiklejohn[20], y que es ahora dominante[21], formula el propósito subyacente a la Primera Enmienda en términos políticos o sociales: el propósito de la libertad de expresión no es la autorrealización individual sino más bien la preservación de la democracia y del derecho de un pueblo, en tanto pueblo, a decidir qué tipo de vida quiere vivir. La autonomía es protegida, no por su valor intrínseco, como podría insistir un kantiano, sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar. La expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante.

El supuesto crucial en esta teoría es que la protección de la autonomía producirá un debate público que será, para usar una vez más la frase talismán, "desinhibido, vigoroso y completamente abierto". La Tradición supone que si se deja a los individuos en paz, libres del brazo amenazador de la policía, surgirá una reflexión completa y equitativa de todas las cuestiones. La premisa es que la autonomía conducirá al enriquecimiento del debate público. Desde la perspectiva del orador de la esquina de la calle, ese presupuesto puede parecer lo suficientemente plausible. Pero cuando nuestra perspectiva se traslada, como insisto que se debe hacer, de la esquina de la calle a, por ejemplo, la CBS, este supuesto se vuelve sumamente problemático. La autonomía y el debate público rico —los dos valores de la libertad de expresión— pueden divergir y llegar a ser antagónicos[22]. Bajo la CBS, la autonomía

19 Kalven, Harry, Jr., "The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment", Sup. Ct. Rev. 191, 1964.

20 Véase Meiklejohn, Alexander, "The First Amendment is an Absolute", 1961 Sup. Ct. Rev. 245; también Brennan, William, "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", 79 Harv. L. Rev. l (1965).

21 Véase, por ejemplo, Bollinger, "Free Speech and Intelectual Values", 92 Yale L. R. 438 (1983). La extensión del apoyo está dado por partidarios tan diversos como Kalven y Bork. Véase Bork, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 Ind. L. J. 1 (1971).

22 Sobre los dos valores de la libertad de expresión, véanse los comentarios del juez Brennan en "Address", 32 *Rutgers L. Rev.* 173 (1979). Para una opinión influenciada por esta perspectiva, véase Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U. S. 555, 584-89 (1980) (Brennan, J., concurrente en el fallo). Véase también Blum, Jeffrey M., "The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending", 58 N. Y. U. L. Rev. 1273 (1983).

puede ser *insuficiente* para asegurar un debate público rico. Aunque parezca mentira, puede llegar a ser incluso *destructora* de ese objetivo.

Algunos reconocen el cambio de paradigmas, y la obsolescencia de la esquina de la calle, pero no obstante consideran a la CBS como un foro: una esquina de la calle electrónica[23]. Ellos demandarían el ingreso a la red como si fuera simplemente otro foro más, e insistirían en que el derecho de ingreso no debería guiarse por la distribución casual de la propiedad. Esta opinión nos acerca más a una comprensión correcta del problema de la libertad de expresión en la sociedad moderna, porque revela cómo la libertad de hablar depende de los recursos de los que uno dispone, y nos recuerda que en estos días se necesita más que una caja vacía, una buena voz y el talento para atraer a una audiencia. Por otro lado, esta opinión es incompleta: ignora el hecho de que la CBS no es sólo un foro, sino también un orador, y por tanto subestima el desafío que el cambio de paradigmas significa para la Tradición recibida. En mi opinión, la CBS es un orador, y en tanto tal, vuelve a la Tradición más problemática. Como orador, la CBS puede reclamar la protección de la autonomía ofrecida por la Tradición, y sin embargo, el ejercicio de esta autonomía puede no enriquecer, sino más bien empobrecer, el debate público y, por consiguiente, frustrar las aspiraciones democráticas de la Tradición.

Al pensar en la CBS como un orador y reclamar para ella el beneficio de la Tradición, presumo que la autonomía protegida por la Tradición no necesita ser confinada a los individuos. Se puede extender a las instituciones. Para Meiklejohn y sus seguidores, la autonomía no es valiosa por lo que significa para el desarrollo (la autorrealización) de una persona, sino más bien por la contribución que hace a nuestra vida política, y esa contribución puede ser hecha tanto por individuos como por organizaciones. El NAACP, el Partido Nazi, la CBS y el First National Bank de Boston tienen el mismo derecho a la autonomía garantizada por la Tradición como un individuo, y no serviría a ningún propósito útil reducir esta idea de la autonomía institucional a la autonomía de los diversos individuos que (en cualquier momento determinado) dirigen, o trabajan dentro de la organización.

Implícita en este compromiso para proteger la autonomía institucional está la idea de que las organizaciones tienen puntos de vista, y que éstos no merecen menos protección de la Primera Enmienda que los puntos de vista de los individuos. El punto de vista de una organización no es reducible a las opiniones de algún individuo particular, sino que es el producto de una compleja interacción entre personalidades individuales, estructuras organizativas internas, el medioambiente en el cual opera la organización, etcétera. El punto de vista de una organización como la CBS o el First National Bank de Boston, puede no tener un perfil tan definido como el de la NAACP o el Partido Nazi (esa es probablemente una de las razones por las cuales pensamos de una red de emisoras como un foro), pero este punto de vista es, sin embargo, real, penetrante, y comunicado casi interminablemente. No

23 Véase, por ejemplo, Barron, Jerome A., *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media,* 1973.

se limita al "Mensaje editorial" anunciado, sino que se extiende también a la emisión de *Love Boat.* En cualquier película o emisión publicitaria común se proyecta una visión del mundo que, a su vez, tiende a definir y a ordenar nuestras opciones y elecciones.

Desde esta perspectiva, la protección de la autonomía de la CBS mediante la regla que prohíba la reglamentación del contenido aparece como algo bueno. La libertad de la CBS para decir lo que quiera puede enriquecer el debate público (entendido de una manera generosa) y, por tanto, contribuir a la satisfacción de las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda. Sin embargo, el problema es que puede funcionar también al revés, porque cuando la CBS añade algo al debate público, también le quita algo. Lo que se dice determina lo que no se dice. La decisión de cubrir la hora de máxima audiencia de la televisión con Love Boat implica necesariamente la decisión de no emitir una crítica de la política internacional de Reagan a un documental sobre una de "las grandes cuestiones" de Lindblom en la misma hora. Podemos ver, entonces, que el núcleo para satisfacer los propósitos últimos de la Primera Enmienda no es la autonomía, que tiene una relación sumamente incierta o de doble filo con el debate público, sino más bien el efecto real de una emisión, es decir: ¿Enriquece el debate público en su conjunto? La expresión de opinión se protege cuando (y sólo cuando) así lo hace, y precisamente porque así lo hace, y no porque sea un ejercicio de la autonomía. En efecto, la autonomía no agrega nada, y eventualmente, hasta podría ser sacrificada para asegurar que el debate público sea lo suficientemente rico como para permitir la verdadera autodeterminación colectiva. A lo que se refiere la frase "la libertad de expresión" en la Primera Enmienda es a un estado de cosas social, no a la acción de un individuo o institución.

El peligro en que la autonomía sitúa a la libertad de expresión no se limita a situaciones en que es ejercida por la CBS, o por los otros medios de comunicación, sino que ocurre siempre que la expresión de opiniones se lleva a cabo en condiciones de escasez, es decir, siempre que la oportunidad para la comunicación es limitada. En tales situaciones, una declaración desplazará necesariamente a otra. En la esquina de la calle, el elemento de escasez tiende a ser enmascarado; cuando pensamos en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Por eso, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción. Las oportunidades para hablar tienden a ser limitadas, ya sea por el tiempo o el espacio disponibles para la comunicación, o por nuestra capacidad para asimilar o procesar la información. Esto es claro y obvio en el caso de los medios de comunicación, que juegan un papel decisivo al determinar qué cuestiones son debatidas y cómo son debatidas; pero es verdad también respecto de otros contextos. En un referéndum o en una elección, por ejemplo, tenemos toda la razón para estar preocupados por las campañas publicitarias montadas por los ricos o poderosos porque los recursos a su disposición les capacitan para llenar todo el espacio disponible para el discurso público con sus mensajes. Ejecutar *muzak* por medio de un sistema de amplificación en el paseo de un área comercial llena las mentes de quienes allí se congregan. O piénsese en la compra de libros por una bi-

blioteca o el diseño de un plan de estudios de una escuela. La decisión de adquirir un libro o de incluir una asignatura supone necesariamente la exclusión de otro.

Por supuesto, si uno tiene una opinión clara acerca de lo que debería incluirse en el debate público, como en el caso de Marcuse[24], se tiene una base para determinar si el debate público que resultará del ejercicio de la autonomía permitirá la verdadera autodeterminación colectiva. Una tal línea de partida hace la vida más fácil, pero no es esencial. Aun sin ella, hay razones para estar preocupados por la calidad del discurso público bajo un régimen de autonomía. Porque la protección de la autonomía producirá un debate que tendrá la impronta de aquellas fuerzas que dominan la estructura social. En el mundo de Thomas Jefferson, compuesto por individuos que están en un mismo pie de igualdad, puede no ser ésta una cuestión muy preocupante, porque puede decirse que la estructura social, tanto como el proceso político formal, es en sí misma democrática. Pero hoy tenemos toda la razón para estar preocupados, porque vivimos en un mundo más alejado de la democracia contemplada por Jefferson que del mundo del orador de la esquina de la calle.

El temor que siento con respecto a la distorsión del debate público bajo un régimen de autonomía no está en modo alguno ligado al capitalismo. Surge siempre que el poder social está distribuido desigualmente. El capitalismo es sólo uno de entre muchos sistemas sociales que distribuyen el poder de una manera desigual. Pienso también que es equivocado, aun en un contexto capitalista, reducir el poder social al poder económico y atribuir la distorsión del debate público exclusivamente a factores económicos; las estructuras burocráticas, las personalidades, las divisiones sociales y las normas culturales, todas desempeñan un papel en la configuración del carácter del debate público. Pero pienso que es correcto decir que en una sociedad capitalista la protección de la autonomía producirá, en general, un debate público que es denominado por quienes son económicamente poderosos. El mercado —aun el que opera de un modo suave y eficiente— no asegura que todas las opiniones relevantes serán oídas, sino sólo aquellas que son defendidas por los ricos, por quienes pueden pedir préstamos de otros o por quienes pueden confeccionar un producto que atraerá suficientes anunciantes o suscriptores para mantener la empresa.

La CBS no es un monopolio, y compite con algunas otras redes de emisoras (y medios de comunicación menos poderosos) por atraer la atención del público. El hecho de que los administradores de la CBS se rijan (en algún grado indeterminado) por consideraciones de mercado, en modo alguno reduce el riesgo de que la protección de la autonomía —restringiendo la mano de la policía— pueda impedir el tipo de debate supuesto por la teoría democrática. El mercado mismo es una estructura de restricción que tiende a encauzar, guiar y configurar cómo será ejercida la autonomía. Desde la perspectiva de un debate abierto y libre, la elección entre *Lave Baat* y *Fantasy Island* es trivial. En este aspecto, la CBS y el resto de las emisoras de los medios de comunicación ilustran como ejemplo, no como la excepción, la condición de todos los medios de comunicación en una sociedad capitalista. Es ver-

24 Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en *A Critique of Pure Tolerance* 81, 1969.

dad que la CBS y las otras redes informativas operan bajo una autorización del gobierno o en condiciones de una escasez del espectro. Pero los peligros de los que hablo no se limitan a tales casos, porque las distorsiones del debate público surgen de factores sociales antes que de factores legales o técnicos.

Puede ser que los individuos sean más "libres" para poner en marcha un periódico que una emisora de televisión, porque en el último caso necesitan tanto el capital como la autorización del gobierno, mientras que para el primero sólo necesitan el capital. Pero ese hecho no cerrará el vacío entre la autonomía y el debate público, no garantizará que bajo los principios de la autonomía el público escuchará todo lo que debe. Las autorizaciones pueden distorsionar el mercado de un modo especial; pero aun el mercado soñado por los economistas dejará sus improntas en el debate público, y no sólo en las cuestiones que afectan directamente a la existencia continuada del mercado, sino en un campo mucho más amplio de cuestiones (aunque en ellas a menudo es difícil predecir el alcance y la dirección de la desviación). No es sorprendente que tendamos a identificar la Tradición de la libertad de expresión con la protección del "mercado de las ideas"[25].

II

El liberalismo clásico supone una dicotomía radical entre Estado y ciudadano. Nos enseña a ser recelosos del Estado e identifica la libertad con un gobierno limitado. La Tradición de la libertad de expresión construye sobre esta visión del mundo cuando reduce la libertad de expresión a la autonomía, y define la autonomía para significar la ausencia de interferencia gubernamental. La desconfianza del liberalismo hacia el Estado está representada por el antagonismo entre la policía y el orador de pie sobre la caja vacía, y por el supuesto de que la policía es el enemigo de la libertad de expresión. Bajo la Tradición recibida, la libertad de expresión se transforma en una de las líneas argumentativas —quizá la única que queda[26]—

25 La metáfora procede del famoso voto particular de Holmes en Abrams v. United States. 250 U. S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., voto disidente) ("Pero cuando los hombres hayan comprendido que el tiempo ha perturbado muchas creencias militantes, podrán llegar a creer, incluso más de lo que creen en los fundamentos de su propia conducta, que el bien supremo deseado se alcanza mejor a través del libre intercambio de ideas; que la mejor prueba de verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado…"). Curiosamente, la propia expresión "el mercado de las ideas" es de Brennan. Véase Lamont v. Postmaster General, 381 U. S. 301, 308 (1965) (Brennan, J., concurrente). El elemento deliberativo en el pensamiento de Brennan acerca de la Primera Enmienda puede remontarse, en última instancia, a Brandeis quien a menudo se vincula a Holmes, con su uso del test del peligro claro y eminente, pero que de hecho no tenía ninguna simpatía por la metáfora del mercado. Sobre la poética de la Tradición, véase el inspirado ensayo de David Cole, "Agon at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition", 95 Yale L. J. 857 (1986).

26 Véase Coase, Ronald, "The Market for Goods and the Market for Ideas", 64 Am. Ecan. Rev. Proc. 384 (1974); Director, "The Parity of the Economic Market Place", 7 J. Law and Econ. 1 (1964).

de un alegato más general a favor del gobierno limitado. Su atractivo ha sido enormemente realizado por nuestro compromiso histórico con el liberalismo.

Nada de lo dicho pretende destruir la distinción supuesta por el liberalismo clásico entre Estado y ciudadano, o entre lo público y lo privado. En su lugar, al proponer que traslademos nuestra atención de la esquina de la calle a la CBS, quiero sugerir que no estamos tratando con esferas herméticamente cerradas. La CBS no es un actor estatal ni es un ciudadano privado, tiene algo de ambos. La CBS es de propiedad privada y sus empleados no reciben sus sueldos directamente del tesoro público. También es verdad, sin embargo, que la propiedad central de la CBS —la autorización— ha sido creada y conferida por el gobierno. Otorga a la CBS el derecho de excluir a otros de su segmento de ondas. Además, la CBS se beneficia de las ventajas conferidas por el Estado de una manera más general, por ejemplo, a través de las leyes de constitución de sociedades y de tributación. También se puede afirmar que la CBS desempeña una función pública: la educación. La CBS es, pues, un compuesto de lo público y de lo privado. Lo mismo es verdad respecto de los medios de comunicación escritos, como lo es de todas las sociedades, sindicatos, universidades y organizaciones políticas. Hoy, el mundo social está constituido en su mayor parte por entidades que participan tanto de lo público como de lo privado.

El cambio de la esquina de la calle a la CBS nos obliga a reconocer el carácter híbrido de las principales instituciones sociales, y comienza a romper algunas de las dicotomías entre lo público y lo privado presupuestas por el liberalismo clásico. También vuelve inútil el juego clasificatorio de decidir si la CBS es "realmente" privada o "realmente" pública, porque el cambio invita a la reevaluación de los papeles estereotipados representados en el pequeño drama de la Tradición. Ya no se puede identificar al policía con el mal y al ciudadano con el bien. El estado de cosas protegido por la Primera Enmienda puede ser amenazado tan fácilmente por un ciudadano privado como por un organismo del Estado. Una sociedad que opera con capital privado puede constituir una amenaza a la riqueza del debate público tanto como un organismo gubernamental, porque cada uno de ellos está sujeto a restricciones que limitan lo que dice o lo que permitirá decir a los demás. El Estado tiene el monopolio del uso legítimo de la violencia, pero este particular tipo de poder no es necesario para controlar y restringir el debate público. El director de un programa no necesita detener a alguien (legítimamente o no) para tener este efecto, sino tan sólo elegir un programa en lugar de otro; y aunque esta elección no sea completamente libre sino que esté restringida por el mercado, ello no limita la amenaza que supone a la integridad del debate público. Es más bien, la fuente del problema. Todos los así llamados medios de comunicación privados operan dentro de la misma estructura de restricciones, es decir, el mercado, que tiende a restringir y limitar las materias que son aireadas públicamente.

Así como ya no es posible suponer que el sector privado es todo libertad, tampoco podemos seguir suponiendo que el Estado es todo censura. También ésta es una de las lecciones del cambio del orador de la esquina de la calle a la CBS. Nos recuerda que en mundo moderno el Estado puede tanto enriquecer, como empobrecer, el debate público. Puede hacerlo,

en parte, mediante la concesión de subsidios y de otros beneficios. Estoy pensando aquí no tanto en el papel del gobierno al autorizar a la CBS, sino también, y de una manera más significativa, en las asignaciones gubernamentales a la radio y televisión públicas, a las universidades públicas y privadas, a las bibliotecas públicas y a los sistemas educativos públicos. Estas instituciones presentan al público cuestiones y perspectivas que, de otra manera, probablemente serían ignoradas o menospreciadas por las instituciones de propiedad privada y que están restringidas por el mercado. Prestan una enorme contribución al discurso público, y deberían disfrutar de los mismos privilegios que ofrecemos a las instituciones que se asientan en el capital privado (y, por supuesto, deberían estar sujetas a las mismas limitaciones).

También podemos mirar más allá de la concesión de subsidios y considerar si el Estado podría enriquecer el debate público actuando de una manera similar a la policía. La CBS enseña que este tipo de acción gubernamental —una vez más, basada en el contenido— podría ser necesaria para proteger nuestra libertad. El poder de los medios de comunicación para decidir qué se emite deber ser regulado porque, tal como vimos por medio de la comprensión de la dinámica del desplazamiento, este poder tiene siempre un doble canto: subs trae algo del debate público al mismo tiempo que le agrega otra cosa. De un modo similar, los gastos de los actores políticos podrían ser limitados para asegurar que todas las opiniones sean oídas. Hasta la fecha, hemos reconocido, de una manera ambivalente, el valor de este tipo de reglamentación estatal en nombre de la libertad de expresión; tenemos una doctrina de la equidad para los medios radiofónicos y leyes que limitan la financiación de las campañas electorales. Pero estas medidas regulativas son atacadas actualmente, y, en cualquier caso, necesitamos más, y no menos. También debería haber leyes que obligasen a los propietarios de los nuevos foros públicos —los centros comerciales— a permitir el ingreso de quienes distribuyen propaganda política. Un compromiso para enriquecer el debate público permitirá, y a veces incluso requerirá, que el Estado actúe de esta manera, a pesar de lo elemental y represivo que pudiera parecer a primera vista. La autonomía será sacrificada, y en ocasiones se permitirá la reglamentación del contenido, pero sólo bajo el supuesto de que el debate público podría enriquecer e incrementar nuestra capacidad de autodeterminación colectiva. Los riesgos de este enfoque no pueden ser ignorados, y por momentos pueden parecer alarmantes, pero sólo podemos comenzar a evaluarlos cuando pongamos en la balanza el coste oculto de un régimen ilimitado de autonomía.

En el núcleo de mi enfoque está la creencia de que la estructura social contemporánea es tan enemiga de la libertad de expresión como lo es el policía. Alguien podría pasar de esta premisa a un ataque sobre la estructura social misma: las concentraciones de poder deberían ser atomizadas y esparcidas de una manera que le habría gustado a Jefferson. Un enfoque tal propone un remedio que va directamente a las fuentes del problema, pero como una cuestión social o legal y quizás incluso como una cuestión ética, seguramente está más allá de nuestro alcance. La Primera Enmienda no requiere una revolución. Puede exigir, sin embargo, un cambio de nuestra actitud acerca del Estado. Deberíamos aprender a ver en el Estado no sólo a un enemigo, sino también a un amigo de la libertad de expresión; como

cualquier actor social tiene el potencial para actuar en ambas direcciones, usando el enriquecimiento del debate público como una piedra de toque, debemos comenzar a discriminar entre ellas. Cuando el Estado actúa para mejorar la calidad del debate público deberíamos admitir que sus acciones son consistentes con la Primera Enmienda. Además, cuando en ocasiones no lo hace, podemos pedir confiadamente al Estado que actúe de aquel modo. El deber del Estado es preservar la integridad del debate público —básicamente de la misma manera que un gran profesor—, sin indoctrinar, sin fomentar la "Verdad", sino salvaguardando las condiciones para una verdadera y libre autodeterminación colectiva. Debería actuar constantemente para corregir las distorsiones de la estructura social, aunque sólo sea para garantizar que el *statu quo* se acepta porque creemos que es el mejor, no porque es lo único que conocemos o que nos está permitido conocer.

Se podría preguntar si el (vacilante) enfoque estructural que defiendo representa realmente una ruptura con la Tradición de la libertad de expresión, dado que también dentro de la Tradición pueden encontrarse algunos vestigios de una actitud cordial hacia el Estado. Uno es *Red Lion* que mantuvo la doctrina de la equidad y la reglamentación del contenido para un orador como la CBS[27]. Esta decisión no se ajusta al conjunto de la estructura de la Tradición tomada como un todo y nunca ha sido suficientemente racionalizada. Ha sido algo curioso, excusada, pero nunca justificada, sobre la base de que las emisoras están autorizadas por el gobierno. Nunca se desarrolló, como lo podría haber hecho un precedente adecuadamente justificado, para permitir al Estado imponer una obligación de equidad similar a los periódicos, o permitir que la doctrina de la equidad y todo lo que ello implica se vuelva obligatorio en lugar de meramente permitido. No carece de importancia para mí que Kalven (y un cierto número de los otros investigadores de la Primera Enmienda que trabajan dentro de la Tradición) firmaran escritos en *Red Lion* a favor de los medios de comunicación[28]. Hay, sin embargo, otro aspecto de la doctrina de la Primera Enmienda que muestra una actitud cordial hacia el Estado y que está más firmemente atrincherado, y más adecuadamente justificado. Me estoy refiriendo ahora a lo que Kalven llamó el "veto del reventador de mítines" (*heckler's veto*)[29].

Esta doctrina tiene sus raíces en el voto disidente del juez Black en *Feiner v. New York*[30], pero ahora es una parte aceptada de la Tradición. Reconoce que cuando una muchedumbre es provocada por un orador y pone en peligro el orden público amenazando al orador, la policía debe actuar para preservar la oportunidad de hablar de ese individuo. El deber del policía es reprimir a la muchedumbre. En esos casos, se aprueba una decidida acción del Estado, y la doctrina del veto del reventador de mítines podría aparecer entonces como una

27 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367 (1969).

28 Entre ellos, Archibald Cox y Herbert Wechsler (el abogado de la *New York Times* en New York Times Co. v. Sullivan). Véase Brief for Respondents Radio Television News Directors Ass'n y Brief for Respondent Columbia Broadcasting System, en Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367 (1967).

29 Kalven, Harry, Jr., *The Negro and the First Amendment,* 140-145 (1965).

30 340 U. S. 315 (1951).

cuña abierta a favor de mi demanda de una inversión de nuestras suposiciones comunes acerca del Estado, pero una que permitiera a la Corte funcionar dentro de la Tradición. Viendo las cosas más de cerca, sin embargo, me parece que esto es un espejismo y que se requiere una ruptura más radical con el pasado.

Primero, el veto del reventador de mítines no requiere un abandono del punto de vista de que la libertad de expresión es autonomía, pero explica que la intervención del Estado es necesaria para hacer que la autonomía del orador sea "real" o "efectiva". A la persona de pie sobre la caja vacía se le debería dar una oportunidad real de hablar. Por el contrario, el enfoque que estoy defendiendo no se preocupa por la autonomía del orador, real o efectiva, sino por la calidad del debate público. Se orienta hacia los oyentes. La intervención se basa en un deseo de enriquecer el debate público, y aunque el concepto de autonomía "real" o "efectiva" puede ampliarse tanto como para abrazar toda la extensión de las intervenciones necesarias para enriquecer el debate público, la calidad manipuladora de una estrategia tal pronto llegará a ser aparente, una vez que la extensión y la penetración de la intervención sea conocida. También resulta difícil ver qué se gana con una estrategia semejante: la autonomía, en su versión exagerada, se mantendría como un valor central, pero hay que señalar que mientras en la Tradición aceptada operaba como una respuesta a la intervención del gobierno, bajo esta estrategia serviría como una justificación de una tal intervención. La autonomía se salvaría, pero se le daría un uso diferente.

Segundo, aunque la doctrina del veto del reventador de mítines aprueba el fuerte brazo de la ley, lo hace tan sólo en raras ocasiones, cuando la violencia está a punto de estallar, y sólo para alejar la acción de la policía del orador y dirigirla hacia la muchedumbre. La regla general es que el Estado no debería intervenir; y cuando tiene que hacerlo, la intervención debe estar dirigida a alguien que no sea el orador. Por el contrario, la perspectiva estructural contempla la intervención del Estado sobre una base más regular y sistemática. Un ejemplo central de tal intervención es, una vez más, la doctrina de la equidad, un conjunto variado y elaborado de reglamentos y arreglos institucionales que se han desarrollado durante décadas. Otras instancias de este tipo de intervención pueden encontrarse en las leyes federales y estatales que regulan los gastos y las contribuciones a las campañas electorales, o en las leyes de algunos Estados que establecen el ingreso a los centros comerciales de propiedad privada para actividades políticas. Estas leyes suponen una forma de intervención estatal que es más regular y más penetrante que la contemplada por la detención ocasional del reventador de mítines.

Tercero, cuando el policía detiene a los reventadores de un mitin, parece que no se pone en peligro ningún interés significativo. Por cierto, el gobierno está interfiriendo con la libertad de los reventadores del mitin, pero ellos no son objeto de mucha simpatía. Los reventadores de mítines son obstruccionistas que no están transmitiendo una idea sino más

bien impidiendo que otro lo haga. Son definidos, bidimensionalmente, como personas que se niegan a respetar los derechos de otros. Sí, tendrán su oportunidad de hablar de pie sobre la caja vacía, si eso es lo que quieren; pero deben esperar su turno. Parece ser una cuestión de tiempo. Pero las leyes que han dividido a la Suprema Corte en la pasada década y que la perspectiva estructural busca defender, ponen en peligro intereses más sustanciales que aquellos representados por los reventadores de mítines.

Por lo menos, las leyes en cuestión suponen comprometer los derechos que a menudo creemos que van juntos con la propiedad privada; es decir, el derecho a excluir a otros de un predio que es suyo o de usar el dinero que gana de la manera que considera adecuada. En algunos casos, está en juego aún más: la libertad de expresión misma. Las leyes en cuestión amenazan la libertad de un individuo o de una institución de decir lo que quiera, y de hacerlo precisamente debido al contenido de lo que se está diciendo. Una rama de la doctrina de la equidad requiere de una red informativa que cubra las "cuestiones públicas", otra exige una "presentación equilibrada". En ambos casos, se requiere de un juicio de un organismo gubernamental acerca de lo que constituye una "cuestión pública" y de si la presentación es "equilibrada". Se debe prestar atención, necesariamente, a lo que se está diciendo y a lo que no se dice. De una manera similar, las leyes que regulan los gastos políticos para impedir que los ricos dominen completamente el debate también requieren de algún juicio acerca de qué opiniones deben ser oídas. Lo mismo es verdad incluso si el Estado actúa mediante estrategias positivas, como cuando concede subsidios a los candidatos, compra libros o diseña un currículum.

Desde la perspectiva de la autonomía, estos peligros son especialmente preocupantes y presentan lo que quizá sea una razón decisiva contra la intervención. Sin embargo, aun si cambiamos la perspectiva y sustitutos el debate público fecundo por la autonomía como el valor decisivo de la Primera Enmienda, hay buenas razones para estar preocupados, y ello en un grado mayor de lo que lo estamos cuando el reventador de un mitin es silenciado. El propósito explícito que persigue la intervención del gobierno y la reglamentación del contendido podría ser enriquecer el debate, pero podría tener precisamente el efecto contrario. Podría tender a reducir las alternativas y la información disponibles al público y agravar, por tanto, la distorsión del debate causado por la estructura social. En efecto, hay buenas razones para sospechar que esto podría ocurrir, porque, como sugiere la idea de la circularidad de Lindblom, es tan probable que la estructura social deje su impronta sobre la acción del gobierno (especialmente la de carácter administrativo o legislativo) como deja su marca sobre la calidad del debate público.

La presencia de estos peligros es suficiente para distinguir el enfoque que estoy defendiendo, del veto de reventador de mítines y de la Tradición general de la que forma parte, pero todavía queda la pregunta —quizá la última— de si estos peligros son suficientes para rechazar la perspectiva estructural en su conjunto y volver a la Tradición aceptada y a la protección de la autonomía. ¿Son peligros simplemente demasiado grandes? Cuando la inter-

vención gubernamental amenaza lo que puede ser considerado un valor común, ejemplificado por la interferencia con los derechos de propiedad, la respuesta parece ser claramente "no". La libertad de expresión no es un lujo. Se requieren sacrificios, y aunque hay límites al sacrificio (como afirmó el juez Jackson, la Constitución no es "un pacto suicida")[31], la libertad de expresión está vinculada tan estrechamente al núcleo de nuestra estructura constitucional que justifica inclinar la balanza a su favor. Desde esta perspectiva, el estructuralista puede adoptar confiadamente el proceso de equilibrio ponderado usado por los progresistas para proteger la expresión de opiniones en aras de la autonomía. Tradicionalmente, una expresión de opinión es protegida incluso si causa inconvenientes, una aglomeración, etcétera; y no veo la razón de por qué la misma regla no podría ser aplicada para fomentar el debate público, donde el Estado aparece como un amigo en lugar de cómo un enemigo de la libertad de expresión.

Esta perspectiva podría ser útil en una serie de casos que paralizaron a la Corte en los años setenta. Una ley que establece el ingreso a un centro comercial puede interferir con los derechos de propiedad de los dueños y causar una pérdida de ventas (alejando a quienes no les gusta ser molestados por cuestiones políticas), pero puede ser que aquellos intereses tengan que ser sacrificados para poder satisfacer las aspiraciones democráticas que subyacen a la Primera Enmienda. Para usar una de las expresiones que inspiraron a los progresistas de las décadas de los cincuenta y sesenta y que dieron a la Tradición mucha de su vitalidad, la libertad de expresión es una "libertad preferente"[32]. La única diferencia es que bajo la perspectiva estructural, el enriquecimiento del debate público es sustituido por la protección de la autonomía, y la libertad de expresión opera más como una justificación que como un límite a la acción del Estado. Se usa el mismo proceso de equilibrio ponderado, con la jerarquía de valores que ello implica, aunque la concepción tradicional de las relaciones entre el Estado y la libertad se invierte. Sin embargo, la noción de "libertades preferentes" o de equilibrio ponderado es de poca ayuda cuando los intereses sacrificados o amenazados por la acción del gobierno no son "comunes", como la oportunidad o los costes, sino que también están basados en la Primera Enmienda. En este caso, para decirlo de alguna manera, la Primera Enmienda aparece en ambos lados de la ecuación. El Estado puede estar buscando enriquecer el debate público, pero de hecho puede estar empobreciéndolo.

Este peligro está presente en la doctrina de la equidad y eso es —y no el discurso acerca de la violación de la autonomía institucional— lo que la vuelve tan problemática. Esa doctrina busca aumentar el debate público obligando a las emisoras a cubrir los acontecimientos públicos y a presentar todos los aspectos de una cuestión, pero simultáneamente restringe el debate impidiendo a los medios de comunicación decir lo que de otra manera podrían

31 Terminiello v. Chicago, 337 U. S. L, 37 (1949) (Jackson, J., voto disidente), ("[S]i la Corte no mitiga su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá el *Bill of Rights* constitucional en un pacto suicida").

32 Véase McKay, Robert, "The Preference for Freedom", 34 N. Y. U. L. Rev. 1182 (1959).

decir (en respuesta a las presiones del mercado o para apoyar las opiniones políticas de sus administradores o patrocinadores financieros, etcétera). La esperanza es que así se enriquecerá el debate público, pero se teme que podría funcionar en la dirección opuesta, sea directamente, al obligar a las redes informativas a cubrir cuestiones que no son importantes, o indirectamente, disuadiéndolas de tomar riesgos y socavando las normas de la independencia profesional. También las leyes federales y estatales que restringen los gastos políticos de los ricos y de las grandes empresas podrían ser contraproducentes. Estas leyes buscan aumentar el debate público permitiendo que todo ese espectro de voces sea oído, asegurando que también las ideas de los menos ricos sean oídas. Pero, al mismo tiempo, estas leyes pueden ser la causa de una corrección excesiva, distorsionando el debate a favor de una opinión o posición determinada, y de esta manera violar las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda.

No creo que este peligro de efectos contraproducentes de la Primera Enmienda surja en cada caso concreto de intervención estatal para aumentar el debate público, como resulta evidente de mi discusión de los casos de los centros comerciales (dejo aquí de lado el desplazamiento de *muzak* por las canciones de protesta). Sin embargo, dado que creo que la escasez no es la excepción, sino la regla en el discurso político, y que en tales situaciones cada acto comunicativo desplaza a otro, debo reconocer que este peligro del efecto contraproducente está casi siempre presente. Reconozco también que es verdaderamente un peligro muy real porque, como nos enseña Lindblom, el Estado no es autónomo. Nos dirigimos a él porque es la única esperanza, el único medio para corregir la influencia distorsionadora de la estructura social sobre el debate público; y, sin embargo, hay muchas razones para temer que el Estado no sea tan "público" como aparenta, sino que de hecho esté bajo el control de las mismas fuerzas que dominan la estructura social. En verdad, elegí la CBS (en vez de, digamos, el centro comercial) como el nuevo paradigma, e insistí que fuera considerado como un orador (en lugar de un foro) con el objeto de subrayar, en vez de minimizar, el carácter problemático de la intervención estatal. El ejemplo de la CBS vuelve dudosa la Tradición recibida, pero actúa también como un recordatorio doloroso para el estructuralista de que cada vez que el Estado agrega algo al debate público también está sacando algo. La esperanza contra toda esperanza es que, en última instancia, el resultado final sea mejor que bajo un régimen de autonomía.

La carga de la defensa contra el peligro de los efectos contraproducentes de la Primera Enmienda recaerá en gran parte en la judicatura. Los jueces son los últimos custodios de los valores constitucionales y, debido a los arreglos institucionales que gobiernan su mandato y sus sueldos y a las normas profesionales que los aíslan de la política probablemente son más independientes de las fuerzas que dominan la estructura social contemporánea (el mercado) que cualquier otro funcionario público. La carga de proteger la Primera Enmienda es suya, y bajo la perspectiva estructural es probable que sea una carga acuciante. Los jueces están acostumbrados a sopesar valores en conflicto, pero aquí el conflicto es especialmente difícil porque los valores parecen ser de similar importancia y carácter. No podemos insistir ca-

sualmente en que los tribunales permitan a los organismos políticos experimentar a arriesgarse, como lo hacemos cuando está en juego algo como la eficiencia productiva o la oportunidad administrativa, porque los daños que se sufrirán son cualitativamente iguales a los beneficios que se obtendrán. Ni podemos consolarnos con las doctrinas de deferencia que generalmente piden que los tribunales respeten las prerrogativas de los organismos legislativos o administrativos. Estos organismos pueden estar tan cautivos de las fuerzas que dominan la estructura social como el discurso público mismo. Y no veo más razones en este contexto que en el área de la discriminación[33] para volver a una tesis que subraye los motivos o la "buena fe" de los organismos estatales involucrados. Desde el punto de vista de la democracia, lo que importa no es lo que el organismo está tratando de hacer sino lo que de *facto* ha hecho. Para valorar la validez de la intervención estatal, el tribunal fiscalizador debe preguntar, directa e inequívocamente, si la intervención de hecho enriquece en lugar de empobrecer el debate público.

Esta no es una cuestión fácil, especialmente cuando tenemos que actuar sin la guía de Marcuse con respecto a los tipos de opiniones que deben ser permitidas en una democracia. Las aspiraciones democráticas de la Primera Enmienda requieren debates vigorosos acerca de cuestiones de importancia pública, y en tanto que, demandan normas de procedimiento, que son traicionadas tanto por la imposición de resultados particulares como por el fracaso para asegurar las condiciones que dan sentido al debate. Sin embargo, al elaborar las normas necesarias, podemos encontrar ayuda en la vieja idea de que es más fácil identificar una injusticia que explicar qué es la justicia. En el ámbito racial[34], hemos procedido de esta forma negativa, tratando de identificar efectos no permisibles ("poner grupos en desventaja", "impacto desproporcionado", etcétera), sin un compromiso hacia un estado resultante particular. Supongo que así es como debemos proceder también en el dominio de la Primera Enmienda. En efecto, las nociones de "ahogo"[35] o "dominación"[36] usadas por el juez White en diversas ocasiones para explicar cómo el poder económico o social, en un régimen de autonomía, puede distorsionar el debate público me parecen ser gestos en esa misma dirección. Son, por supuesto, sólo un comienzo, y quizá uno pequeño, y no deberíamos tener ninguna ilusión acerca de cuán grande y cuán difícil será el camino.

Sin embargo, ser realista no es lo mismo que ser pesimista, y en estas cuestiones tiendo a ser optimista. Creo en la razón, y en los métodos deliberados y paulatinos del derecho. Los tribunales no están más incapacitados para darle contenido a la idea de enriquecimiento del debate público que a cualquier otra (incluida la autonomía). Me apoya también mi creencia en la importancia —no, en la urgencia— del viaje que el estructuralista nos invita a

33 Véase Fiss, Owen, "Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases", 74 F. R. D. 276 (1977) (comentario presentado en la Annual Judicial Conference, Second Judicial Circuit, de los Estados Unidos, 11 de septiembre, 1976).

34 Véase Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *5 Phil, & Pub. Aff.* 107 (1976).

35 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367, 387 (1969).

36 First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765, 809-12 (1978) (White, J., voto disidente).

realizar. A menos que detengamos la evocación ya bastante fastidiosa de la fórmula de Brennan, y comencemos a explicar precisamente qué queremos decir cuando hablamos de un debate que es "desinhibido, vigoroso y completamente abierto", y a valorar diversas intervenciones y estrategias a la luz de su contribución a ese fin, nunca estableceremos la precondición efectiva de una verdadera democracia.

III

No espero que todos compartan mi optimismo. Puedo entender a quien reconozca que la estructura social y la protección de la autonomía pueden distorsionar el debate público, pero cree (por alguna razón) que las indagaciones reclamadas por otro enfoque son demasiado difíciles o demasiado peligrosas. Discutiría esa posición, pero la entendería. Sería un reconocimiento de la condición trágica en la que vivimos: sabemos qué exige la libertad, pero nos parece demasiado difícil o demasiado peligroso actuar en su favor. Pero esa no ha sido la posición del bloque mayoritario de la Corte Burger en los casos de libertad de expresión en la década de los setenta, y por eso creo que conviene una reacción más enérgica que el mero disentimiento. Por ejemplo, la Corte no presentó su decisión para invalidar la ley de Massachusetts que limitaba los gastos políticos societarios como una tragedia, donde, por un lado, reconocía que la "dominación" descrita por White puede interferir con los valores de la Primera Enmienda pero, por el otro, explicaba que puede ser demasiado peligroso o demasiado difícil aun considerar la posibilidad de medidas correctivas por parte del Estado. En su lugar, el juez Powell anunció la decisión de la Corte como una reivindicación completa y triunfante de los valores de la Primera Enmienda. Es esta actitud, sobre todo, la que me parece más preocupante y me ha llevado a sospechar que la fuente real del problema no son los jueces, sino la Tradición.

Algunos de los jueces han reconocido la divergencia entre autonomía y debate público rico y estuvieron dispuestos a honrar y aumentar el valor del debate público a expensas de la autonomía. De vez en cuando, están dispuestos a trabajar de una manera paciente y disciplinada para asegurar que la intervención en cuestión efectivamente enriquecerá, y no empobrecerá, el debate. En sus mejores momentos, prestan atención a cuestiones de diseño institucional y al peligro de los efectos contraproducentes de la Primera Enmienda. Estoy pensando aquí especialmente en los jueces White y Brennan, aunque a veces también ellos tropiezan bajo el peso de la Tradición. El método de la mayoría dominante, mejor tipificado quizás en el trabajo del juez Powell, pero de ninguna manera limitado a él, sin embargo, es de un carácter absolutamente diferente. Para ellos, está en juego únicamente la autonomía, como si estuviéramos de vuelta en la esquina de la calle, y la función de la Primera Enmienda simplemente fuera detener al policía. Su método es la Tradición.

Una parte de este método consiste en ver una amenaza a la autonomía cada vez que el Estado actúa de una manera reglamentista. Por ejemplo, Powell temía que una ley que per-

mitiera el ingreso a un centro comercial pudiera comprometer el derecho a la libertad de expresión de los propietarios[37]; si la Enmienda Decimocuarta no establece los *Social Statics* del señor Herbert Spencer, quizá lo haga la Primera Enmienda. La autonomía de los propietarios se verá comprometida, argumentó el juez Powell, porque hay un riesgo de que las opiniones de los activistas políticos les sean atribuidas a ellos. Enfrentado con el hecho de que los activistas obtuvieron el derecho de ingreso por la fuerza de la ley y bajo condiciones que ofrecen el ingreso a todos, y que, en cualquier caso, los propietarios podrían protegerse contra el riesgo de esa atribución poniendo carteles negando su apoyo a las opiniones expuestas, el juez Powell llevó su búsqueda de la autonomía a un nivel aún más absurdo. Insistió que estar obligado a oponerse podría ser en sí mismo una violación de la autonomía garantizada por la Primera Enmienda[38]. (Por alguna extraña razón, el juez White se adhirió a esta opinión).

Otra parte del método de la mayoría prevalente consiste en tratar la autonomía como un valor casi absoluto y como el único valor de la Primera Enmienda. El enriquecimiento del debate público sería un deseable efecto secundario de un régimen de autonomía (también citan la fórmula de Brennan), pero lo que la Primera Enmienda ordena es la protección de la autonomía —individual o institucional—, y si esa protección no enriquece el debate público, o lo distorsiona de alguna manera, así tiene que ser. Por cierto, la doctrina de la equidad es tolerada, pero principalmente debido al respeto por el precedente o a una deferencia frente a la voluntad legislativa o administrativa, y se la distingue por razones bastante fatuas. La Corte ha dejado claro que la FCC es libre para abandonarla, y, en cualquier caso, la doctrina y la reglamentación del contenido implicada por ella no deben ser extendidas a los medios impresos (y presumiblemente tampoco a otros medios electrónicos que no requieran una asignación del espectro electromagnético escaso). Las limitaciones sobre las contribuciones financieras a los candidatos se permiten, una vez más, por deferencia frente al precedente, y como un medio para limitar la corrupción; pero la limitación sobre los gastos es invalidada, en tanto interferencia con la autonomía supuestamente garantizada por la Primera Enmienda. Estas son las decisiones que otorgaron a los años setenta su carácter especial. Reflejando el pleno poder de la Tradición recibida, una y otra vez, la Corte declaró: "[E]l concepto de que el gobierno puede restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad con el objeto de realizar la voz relativa de otros es completamente ajena a la Primera Enmienda…"[39]

La autonomía es una idea que está especialmente dirigida contra la actuación estatal reglamentista; es la coraza contra la policía: Cuando el Estado actúa de una manera positiva, por ejemplo, a través de la concesión de subsidios o beneficios, la Tradición no tiene mucho

37 Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74, 96-101 (1980) (Powell, J., concurrente en parte y en el fallo).

38 *Ibíd.,* p. 99.

39 Véase, por ejemplo, First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765, 790-91 (1978) (citando Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1, 48-49 (1976).

que decir. Consiguientemente, durante el mismo período, la Corte Burger —en mi opinión, afortunadamente— ha sido más tolerante respecto de tales intervenciones estatales, pero esa tolerancia fue obtenida pagando el precio de la coherencia. La Corte no tiene pautas que guíen sus decisiones. En lugar de preguntar si la acción en cuestión enriquece el debate, los jueces trataron de reformular la cuestión en términos de la Tradición recibida. En un caso sobre la biblioteca de una escuela, el juez Brennan se vio obligado a transformar la censura —un intento transparente por reducir el debate— en una restricción de la autonomía y una violación de la regla contra la reglamentación del contenido[40]. Esto le llevó a realizar una distinción insostenible entre la remoción y la adquisición de libros, y a considerar los motivos de la dirección de la escuela; un tipo de indagación que, como demostró en otros contextos, no le gusta. Aún así, no logró conseguir una mayoría.

En este caso, y en otros que involucraron al Estado en alguna de sus funciones diferentes a la de policía, Brennan y sus aliados se enfrentaron al disenso estridente del juez Rehnquist, quien distinguió explícitamente cuando el Estado actúa como soberano (policía) y cuando actúa en otras funciones (por ejemplo, como educador, empleador, financiero)[41]. Para esta última categoría, Rehnquist argumentó a favor de una pauta que deja al Estado con una discreción casi total. En este sentido, habla también en nombre de otros; y en un caso[42], se aseguró una mayoría y escribió la opinión prevalente (a la que adhirió Brennan, hecho que más tarde lamentó[43]). Sin embargo, me parece que lo que la Primera Enmienda requiere en estos casos no es la indiferencia, sino un compromiso por parte de la Corte de hacer todo lo que le sea posible hacer para apoyar y alentar al Estado en sus esfuerzos por enriquecer el debate público, y por eliminar aquellas restricciones a sus programas de subsidios que restringirían y estrecharían el debate público, y si es necesario, hasta obligar al Estado a continuar y a emprender programas que enriquecen el debate[44]. El problema de los remedios, y los límites de la competencia institucional pueden, en última instancia, motivar a los jueces —incluso a uno tan fuerte en su concepción del cargo como Brennan— a retroceder ante una tarea tan ambiciosa, pero esta falta de coraje, o ejercicio de prudencia, debe ser reconocido por lo que es: un compromiso, y no una reivindicación de la Primera Enmienda y de sus aspiraciones democráticas más profundas.

Cuando se trata de subsidios, la Corte permite al Estado actuar; la Corte si divide, y las opiniones son incoherentes, pero no se considera a la Primera Enmienda como obstáculo para la acción del Estado. Pero cuando se enfrenta a medidas reglamentistas, tales como topes o límites a los gastos políticos, la Corte ve una amenaza a la autonomía tal como es definida por la Tradición y reacciona de una manera mucho más directa y mucho más res-

40 Board of Educ. v. Pico, 457 U. S. 853 (1982).

41 *Ibíd.,* en 908-910 (Rehnquist, J., voto disidente).

42 Regan v. Taxation Whith Representation of Washington, 461 U. S. 540 (1983).

43 Véase FCC v. League of Women Voters, 104 S. Ct. 3106, 3128 (1984).

44 Véase Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm, 412 U. S. 94, 170-204 (1973) (Brennan, J., voto disidente).

tringida: el Estado es detenido. Al reaccionar de ese modo, los jueces expresan la Tradición, a nuestro antiguo compromiso con los principios del liberalismo clásico y a su alegato a favor de un gobierno limitado. También expresan la atmósfera política actual que se define por su hostilidad hacia el Estado activista. Hoy, la abolición de la doctrina de la equidad puede ser disimulada tan sólo como un caso más de "desregulación"[45]. Me parece, sin embargo, que hay mucho que lamentar en esta posición de la Corte y en la Tradición sobre la que se apoya.

La Tradición recibida presupone un mundo que ya no existe y que ya no podemos resucitar: un mundo donde el principal foro político es la esquina de la calle. La Tradición ignora las múltiples maneras sobre cómo el Estado participa en la construcción de todo lo social y cómo la estructura social contemporánea sesgará, si se la deja librada a sí misa, el debate público. También hace que las elecciones a las que nos enfrentamos parezcan demasiado fáciles. La Tradición recibida no tiene en cuenta el hecho de que para servir al propósito último de la Primera Enmienda, a veces nos puede parecer necesario "restringir la libertad de expresión de algunos elementos de nuestra sociedad con el objeto de realzar la voz relativa de otros", y, que, a menos que la Corte permita y a veces incluso exija, que el Estado así lo haga, nosotros como pueblo nunca seremos verdaderamente libres.

Bibliografía

Abrams v. United States. 250 U. S. 616, 630 (1919).

Barron, Jerome A., *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media,* 1973.

Blum, Jeffrey M., "The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending", 58 N. Y. U. L. Rev. 1273 (1983).

Board of Educ. v. Pico, 457 U. S. 853 (1982).

Bollinger, "Free Speech and Intelectual Values", 92 Yale L. R. 438 (1983).

Bork, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 Ind. L. J. 1 (1971).

Buckley v. Valeo, 424 U. S. 1 (1976).

Coase, Ronald, "The Market for Goods and the Market for Ideas", 64 Am. Ecan. Rev. Proc. 384 (1974); Director, "The Parity of the Economic Market Place", 7 J. Law and Econ. 1 (1964).

45 Para la crítica actual a la doctrina de la equidad, véase In re Inquiry into Section 73-1910 of the Commission's Rules and Regulations Concerning the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees, 102 FCC 2d 143 (1985), *apelación pendiente en la Court of Appeals for the District of Columbia sub nom.* Radio-Television News Directors Ass'n v. FCC, n° 85-1691.

Cole, David, "Agon at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition", 95 Yale L. J. 857 (1986).
Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm., 412 U. S. 94 (1973).
Dorsen & Gora, "Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances", Sup. Ct. Rev. 195, 1982.
Eliot, Thomas Stearns, "Tradition and the Individual Talent", en *'Selected Prose of T. S. Eliot'* 37 (1975) (publicado primero en 1919).
FCC v. League of Women Voters, 104 S. Ct. 3106, 3128 (1984).
First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti, 435 U. S. 765 (1978).
Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", 5 Phil, & Pub. Aff. 107 (1976).
———, "Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases", 74 F. R. D. 276 (1977).
Gunther, Gerald, "Learned hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", 27 Stan. L. Rev. 719 (1975); "Kalven, Professor Ernst Freund and Debs v. United States", 40 U. Chi. L. Rev. 235 (1973).
Kalven, Harry, Jr., *A Worthy Tradition,* Harper & Row Pub, Nueva York, 1988. Al momento de escribir estas páginas, el manuscrito está en posesión tanto de Jamie Kalven como mía.
———, "The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment", Sup. Ct. Rev. 191, 1964.
———, *The Negro and the First Amendment,* 140-145 (1965).
Lamont v. Postmaster General, 381 U. S. 301, 308 (1965)
Ley de Reforma de las campañas electorales federales de 1974, Pub. L. N°. 93-443, 88 Stat. 1263 (codificado en 2 U. S. C. p/431-434, 437-439, 453, 455; 5 U. S. C. p/1501-1503; 26 U. S. C. p/2766, 6012, 9001-9012, 9031-9042 (1982).
Lindblom, C. E., *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems,* 1977.
Llewellyn, K., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals,* 1960.
Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U. S. 551 (1972).
Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en *A Critique of Pure Tolerance* 81, 1969.
McKay, Robert, "The Preference for Freedom", 34 N. Y. U. L. Rev. 1182 (1959).
Meiklejohn, Alexander, "The First Amendment is an Absolute", 1961.
Brennan, William, "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", 79 Harv. L. Rev. l (1965).
Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 270 (1964).
Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U. S. 74, 96-101 (1980).
Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U. S. 367, 387 (1969).
Regan v. Taxation Whith Representation of Washington, 461 U. S. 540 (1983).
Richmond Newspapers v. Virginia, 448 U. S. 555, 584-89 (1980).
San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez, 411 U. S. l (1973).

Schneck v. United States. 249 U. S. 47 (1919).
Terminiello v. Chicago, 337 U. S. L, 37 (1949).

El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional

Miguel Carbonell

Sumario

I. Introducción: justificar y aplicar los derechos. **II.** Justificaciones de la libertad de expresión. **III.** El argumento sobre el descubrimiento de la verdad. **IV.** El argumento de la autorrealización. **V.** El argumento de la participación democrática. **VI.** El contenido de la libertad de expresión. **VII.** Bibliografía.

I. Introducción: justificar y aplicar los derechos

Fue Norberto Bobbio quien sugería que, en nuestro tiempo (caracterizado por el propio Bobbio como el "tiempo de los derechos") no hacía falta preguntarse por el fundamento de los derechos, sino que el esfuerzo teórico y político debía dirigirse hacia su efectiva aplicación. "El problema de fondo relativo a los derechos —afirmaba Bobbio— es hoy no tanto el de *justificarlos,* sino el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político"[1].

La afirmación es cierta, pero no creemos que en América Latina podamos darnos el lujo de dejar de ofrecer buenos argumentos a favor de ciertos derechos. Argumentos que puedan justificarlos en nuestras sociedades profundamente conservadoras, profundamente afectas al autoritarismo que ha gobernado la región durante siglos. Justificar los derechos tiene pleno sentido en América Latina, sin que ello vaya en demérito de la permanente exigencia sobre su efectiva aplicación. No son cuestiones que deban estar reñidas siempre y en todo momento.

En las páginas siguientes se exponen tres distintos argumentos que sirven para explicar, con mayor o menor provecho, el porqué la libertad de expresión es importante para cualquier democracia constitucional. En el apartado final de este breve ensayo se aportan algunas con-

1 Bobbio, Norberto, *L'etá dei diritti,* Einaudi, reimpresión, Turín, 1997, p. 16.

sideraciones acerca del objeto que protege la libertad de expresión y que nos permite distinguirla de otros bienes tutelados constitucionalmente.

II. Justificaciones de la libertad de expresión

Sobre la libertad de expresión, partiendo de una óptica filosófica más que normativa, podríamos preguntarnos: ¿Qué justifica que debamos proteger la libertad de expresión? ¿Por qué debe una persona tener el derecho de expresar un punto de vista con el que no estamos de acuerdo? ¿Qué valor importante se tutela al permitir a ciertos sujetos defender ideas que sabemos que están equivocadas o son contrarias a la evidencia científica disponible? ¿Por qué debemos permitir que las personas adultas se alleguen de material que consideramos obsceno o que difunde valores contrarios a nuestras creencias más íntimas o esenciales?

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia[2]: a) el argumento sobre el descubrimiento de la verdad; b) el argumento de la autorrealización personal; y c) el argumento de la participación democrática. Veamos, aunque sea a grandes rasgos, qué propone cada una de estas aproximaciones.

III. El argumento sobre el descubrimiento de la verdad

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas. Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humano. Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posible, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

En ese sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, debemos crear un "mercado de ideas", donde cada una de ellas compita con las demás en una suerte de competición intelectual que nos acerque a todos a la verdad[3].

El pasaje de Holmes en el que expresa su postulado del mercado de las ideas es el siguiente:

2 Barendt, Eric, *Freedom of speech,* 2ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

3 El postulado de Holmes sobre el "mercado de las ideas" se encuentra en su conocido voto disidente dentro del caso *Abrams versus US,* resuelto en 1919. Sobre esta idea puede verse, entre otros, Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas,* CEC, Madrid, 1990.

> Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros […] tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte […] Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal[4].

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad: ¿Cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio? ¿Cómo podremos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes? Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que éstas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando[5].

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justificar por sí sólo el derecho de libertad de expresión. En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera pero que no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas. Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Estados democráticos.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre no necesariamente permite llegar a la verdad[6]. Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poniendo a un lado sus argumentos y actuando de buena fe respecto de las posturas contrarias. Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar.

4 Hemos tomado la traducción de los pasajes transcritos de Beltrán de Felipe, Miguel y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, BOE, Madrid, 2005, p. 191.

5 Véase sobre este punto el análisis de Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

6 Barendt, Eric, *op. cit.,* pp. 7-13.

Por otra parte, en la actualidad el "mercado de las ideas" que postulaba Holmes quizá no esté abierto para todos. Hay personas que tienen la capacidad de hacerse oír por sus semejantes, mientras que otras no tienen acceso a los canales de difusión del pensamiento y deben contentarse con transmitir sus puntos de vista a las personas que tienen cerca. La accesibilidad al mercado tiene poco que ver con el contenido de verdad de las ideas que cada persona defiende; puede haber ideas verdaderas que simplemente no figuren en el debate público, mientras que otras —que son falsas— se diseminan con gran amplitud.

Finalmente, el argumento de la verdad parte de una idea que difícilmente es verificable: aquella que sostiene que todos los participantes en el debate público van a sostener posturas e ideas racionales. El postulado del interlocutor racional como participante activo o pasivo del mercado de las ideas puede ser puesto en cuestión.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión es interesante ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permiten e incluso fomenten el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios. De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

IV. El argumento de la autorrealización

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos. En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la autorrealización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión[7].

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar que también las llamadas personas morales o personas jurídico-colectivas —por ejemplo, los partidos políticos— tuvieran

7 Barendt, Eric, *op. cit.,* pp. 13-18.

derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo). Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la "autorrealización", que es más bien un privilegio de las personas individuales.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la autorrealización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas. La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas.

Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas morales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer por intermedio de Internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su autorrealización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la autorrealización de los ideales de vida de otras personas.

V. El argumento de la participación democrática

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país del que se trate. Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea "abierto, desinhibido y robusto", para retomar los conceptos escritos por el juez William Brennan en la sentencia *New York Times versus Sullivan.* Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático[8].

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.

8 Ignacio Villaverde sostiene que la vigencia de los postulados de Brennan es absoluta en nuestro tiempo. Creo que tiene mucha razón. Ver su texto "Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información" en Carbonell, Miguel (coordinador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión,* Porrúa, CNDH, México, 2004, pp. 1-12.

La libertad de expresión permite alimentar las campañas partidistas, confrontar las ideas de los candidatos, ejercer la crítica contra los malos funcionarios, proponer modelos más funcionales en la forma de gobierno, etcétera.

Ahora bien, igual que sucede con los dos tipos de argumentos que ya hemos examinado, tampoco el argumento de la participación democrática nos puede servir para dar fundamento, por sí sólo, a la libertad de expresión. En efecto, hay ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica.

Es el caso de la protección que reciben los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

Incluso más: en democracia se protege también el discurso que propugna por la abolición del propio régimen democrático y de todas sus instituciones. La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante.

La libertad de expresión es lo que permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias. Esto es lo que da lugar, llevado al terreno de lo partidista, a la alternancia en el gobierno, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático. Los partidos que hoy en día son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo por intermedio del sufragio. De esa manera la libertad de expresión contribuye de forma significativa y concreta al desarrollo democrático.

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión por su valor para la solidez del régimen democrático puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney versus California,* resuelto en 1927. Se trata de un pasaje más o menos largo, pero que vale la pena transcribir en su integridad tanto por su belleza literaria, como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

> Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos

> tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento…
>
> El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional…
>
> Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución[9].

Como puede verse, Brandeis en realidad conjuga elementos de los tres distintos tipos de argumentaciones que se suelen esgrimir en defensa de la libertad de expresión: se refiere

9 Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos, que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión y de su importancia para el sistema democrático; algunos han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V a. C.; para una reflexión sobre este asunto ver Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda,* SIP, Miami, 2000, p. 76.

a la verdad, se refiere a la realización del destino individual y colectivo, y se refiere a la importancia de debatir pública y libremente sobre los asuntos de interés general para que un país sea democrático. Se trata de afirmaciones que, además de su hondura filosófica, son útiles para comprender la manera en que la libertad de expresión debe ser protegida por los textos constitucionales y por las personas encargadas de su aplicación.

VI. El contenido de la libertad de expresión

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los modernos estados constitucionales. Hemos hablado de conceptos como los de "verdad", "autorrealización" y "democracia"; hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida, etcétera. De esta manera estamos listos para pasar a la última cuestión, que es la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera en que podemos distinguirlo de otras manifestaciones de la conducta humana.

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto mismo que protege esa libertad. Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales. Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial incluso obsequiosa, en vista de la "posición preferente" que tienen respecto a otros derechos fundamentales. Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?

Contestar a esa pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión; su simple exposición excede con creces el objeto del ensayo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas distinciones más o menos conocidas, las cuales vienen a servir de complemento de las ideas que, a modo de una suerte de fundamento, se expusieron en las páginas precedentes. De las respuestas que seamos capaces de dar a las cuestiones planteadas dependerá en parte la construcción de una teoría de los límites a la libertad de expresión, puesto que un primer elemento para tal construcción depende precisamente de la delimitación que podamos hacer del objeto jurídico tutelado, ya que cualquier conducta que se ubique fuera de ese perímetro estará sujeto a otro tipo de protección o quizás a ninguna[10].

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto de investigación es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se pro-

10 Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión,* IIJ-UNAM, México.

yectan como "conductas materiales" exteriores y verificables. Es decir, por un lado tendríamos las expresiones del pensamiento, ya sean orales, en forma escrita o en cualquier mecanismo que recoja imágenes o expresiones (discos, disquetes, emisiones televisivas, etcétera), y por el otro aquellas conductas que realizamos cotidianamente y que comportan movimientos físicos que, de una u otra manera y con distinto alcance, cambian el mundo a nuestro alrededor.

En principio, las conductas puramente expresivas serían el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales de expresión e imprenta (recogidos, por citar un ejemplo, en los artículos 6 y 7 de la Constitución mexicana[11]). Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de transmisión de las mismas.

Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo. Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell Holmes en su voto del caso Schrenk, cuando dijo que si alguien grita "¡Fuego!" en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

Hay otros ejemplos de expresiones incitatorias que, siendo expresiones, tienen efectos conductuales más o menos directos y pueden dar lugar ya no a la protección de las mismas, sino a la determinación de responsabilidades jurídicas para quienes las emitan. Así por ejemplo, la libertad de expresión probablemente podría amparar que una persona emitiera su punto de vista en la calle acerca de la inferioridad de cierto grupo racial, pero si esa misma persona incita a sus oyentes a ir detrás de un miembro de esa raza supuestamente inferior y a pegarle, entonces no estará protegida por la libertad de expresión, sino que con mucha probabilidad será considerada responsable de una conducta sancionada penalmente.

Scanlon nos ofrece otros ejemplos de conductas expresivas que, siendo tales, despliegan ciertos efectos dañinos hacia bienes jurídicamente protegidos y, en esa virtud, pueden ser sancionadas[12]. Por ejemplo, nos dice este autor, no está amparada por la libertad de expresión la comunicación del ladrón del banco que le extiende un papel al cajero pidiéndole todo el dinero que tiene. Tampoco está amparada en la libertad de expresión la difusión de una sencilla fórmula por la cual, a partir de elementos simples como los que se encuentran en la mayoría de los hogares de México o de otros países, se pudiera fabricar una bomba; si alguien

11 Una interpretación de tales artículos puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* 3ª edición, Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2009, pp. 367-475.

12 Scanlon, Thomas, "Teoría de la libertad de expresión", en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho,* FCE, 1980, pp. 285 y ss.

da con esa fórmula no podría subirla a Internet, por ejemplo. Y si lo hace estaría incurriendo en una conducta prohibida en ciertos países.

VII. Bibliografía

Barendt, Eric, *Freedom of speech,* 2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

Beltrán de Felipe, Miguel y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, BOE, Madrid, 2005.

Bobbio, Norberto, *L'etá dei diritti,* Turín, Einaudi, reimpresión, 1997.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* 3ª edición, Porrúa, UNAM, CNDH, México, 2009.

Coderch, Pablo Salvador (director), *El mercado de las ideas,* CEC, Madrid, 1990.

Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión,* IIJ-UNAM, México.

Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda,* SIP, Miami, 2000.

Scanlon, Thomas, "Teoría de la libertad de expresión", en Dworkin, Ronald (compilador), *La filosofía del derecho,* FCE, 1980.

Villaverde, Ignacio, "Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información", en Carbonell, Miguel (coordinador), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión,* Porrúa, CNDH, México, 2004.

Derechos a la comunicación y teorías de la democracia. Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano

Marco Navas Alvear

Sumario

I. Introducción. **II.** Democracia y derechos a la comunicación, diferentes perspectivas. **2.1.** Perspectivas minimalistas de la democracia. **2.2.** Perspectivas maximalistas. **2.2.1.** Democracia participativa. **2.2.2.** Democracia radical. **2.2.3.** Democracia deliberativa. **III.** Las implicaciones de las valoraciones democráticas de los derechos a comunicar. **IV.** Los contenidos constitucionales en materia de comunicación y sus alcances. **4.1.** Conceptos centrales. **4.2.** Derechos específicos. **4.3.** Garantías y mecanismos institucionales. **V.** Los derechos de la comunicación en la perspectiva del modelo democrático constitucional del Ecuador, reflexiones finales. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

En sociedades complejas como son las actuales, la comunicación es sin lugar a dudas, una dimensión central, sirviendo de plataforma para el desarrollo de las relaciones sociales en distintos campos como son la cultura, la política y la economía, entre otros.

La información, la comunicación y el conocimiento se han convertido en bienes esenciales para el desarrollo de sociedades cada vez más influidas por el factor tecnológico[1]. Así, en el contexto del fenómeno denominado como *sociedad de la información y el conocimiento*[2],

1 Véase al respecto Barbero, Jesús Martín, "Reconfiguraciones comunicativas de lo público", en Revista Anàlisi 26, Barcelona, UAB, 2001, pp. 77, 84-88.

2 Para una caracterización resumida de este fenómeno, véase Navas, Marco, *Los Derechos de la Comunicación,* Segunda edición, INREDH/ Punto de Comunicación, Quito, 2005, pp. 287-307. Este trabajo desarrolla en esta sección algunas ideas que el autor ya planteó en el *policy paper:* "Fundamentos para desarrollar una Ley de Comunicación, en el contexto actual en Ecuador", Internet: *www.imaginar.org/apc/index_archivos/docs/derecho.pdf,* Acceso: 12 abril 2010.

la importancia del sector de las comunicaciones es creciente. Dos de sus industrias, la de los medios de comunicación masiva y la de las telecomunicaciones se encuentran entre las actividades productivas más destacadas de la economía mundial. A su vez, el valor agregado que estas industrias producen en relación al desarrollo de conocimiento y tecnología es significativo[3]. Más allá de esto, el creciente desarrollo tecnológico en el campo de las comunicaciones ha cambiado las formas en que las personas interactúan y en condiciones adecuadas, posee un enorme potencial para mejorar de manera significativa la calidad de vida de millones de personas, especialmente de los sectores marginados de las distintas sociedades; así como para coadyuvar a preservar y desarrollar las distintas culturas. Las comunicaciones son, por tanto, áreas estratégicas en el desarrollo de los países.

La importancia de la información y la comunicación se expresa también en el campo de la democracia. Como sistema de convivencia, la democracia necesita de la dimensión de la comunicación, traducida particularmente en una esfera pública activa donde tengan lugar los procesos políticos a la vista y con la participación de los distintos componentes de una sociedad.

En este sentido, nadie puede dudar del papel crucial que desempeñan los medios de comunicación, que como operadores destacados de esa esfera o dimensión de lo público, inciden fuertemente en los procesos democráticos. Y precisamente, por esta capacidad de influir de parte de los medios de comunicación, es que el debate en torno a los distintos roles que estos actores han asumido en los procesos políticos latinoamericanos se ha convertido en uno de los más actuales y controvertidos de la región en los últimos años.

Otro aspecto correlacionado con lo anterior es el que atañe a la democratización de la comunicación, mediante el acceso, por un lado, a medios denominados alternativos, ciudadanos, comunitarios o populares, y por otro, a las así llamadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), demanda de doble cauce, que ha sido sostenida por importantes sectores de la sociedad civil, en distintos países y en espacios transnacionales.

Esta múltiple importancia de la comunicación (algunos de cuyos aspectos hemos mencionado) ha venido de la mano con el establecimiento de los denominados *derechos a la comunicación*[4], a nivel constitucional, en las legislaciones nacionales, así como en varios instrumentos jurídicos internacionales.

En torno a los derechos a la comunicación se ha generado una importante doctrina jurídica así como una permanente reflexión que ha concernido a otras áreas del conocimiento social. Desde el pensamiento jurídico, una línea de reflexión, se ha concentrado desde un enfoque clásico, entre otros grandes temas, en la libertad de expresión y el derecho a la información, y sus conflictos con derechos personales como el derecho al honor y la intimidad. Otras corrientes más renovadoras se han interesado en el debate acerca de la regulación de

3 Internet: *http://www.oecd.org/dataoecd/19/55/41553412.pdf,* Acceso: 2 abril 2010.

4 Esta denominación que hemos propuesto como la más integral, comprende al conjunto de derechos fundamentales relativos a esta dimensión social. Cfr. Navas, Marco, *op. cit.,* pp. 106-107, 307-317.

la comunicación masiva, o bien, en la discusión acerca de la denominación más apropiada para estos derechos, así como en la necesidad de crear nuevos enunciados en materia de comunicación. De allí es que nace justamente la propuesta de denominación integradora que en este texto utilizamos.

No obstante, en el campo del derecho (de manera similar que en la filosofía jurídica o política, o bien de las ciencias políticas) ha existido un menor interés por desarrollar una reflexión teórica que aborde más 'en perspectiva' el tema de las vinculaciones entre los derechos a la comunicación y los fundamentos teóricos de los regímenes democráticos, y más concretamente una que se ocupe de examinar su rol en ellos. En el plano del debate político cotidiano, no obstante, el tema del papel que juegan estos derechos en la democracia es intensamente discutido, aunque rodeado de una fuerte retórica y frecuentemente ausente de argumentos conceptuales que resistan un examen más sistemático. Con relación al Ecuador, este asunto se ha vuelto en todo caso central si se considera que la actual Constitución de la República trae importantes innovaciones al respecto.

En razón de estas consideraciones y en función de contribuir desde un enfoque que procura rescatar elementos de la doctrina jurídica y la teoría política y hacerlos dialogar a fin de ampliar las perspectivas actualmente existentes, este artículo se propone desarrollar una lectura acerca del cuerpo de derechos fundamentales a la comunicación, inscribiéndolos en el contexto del modelo de democracia que, a nuestro juicio, la Carta Fundamental ecuatoriana establece. Al respecto, previamente se mostrará, de manera esquemática, cómo las perspectivas teóricas que consideramos más relevantes actualmente acerca de la democracia valoran los derechos a la comunicación. Seguidamente, se señalarán algunas implicancias de esas valoraciones, para después centrarnos en la actual Constitución del Ecuador.

Consideramos que este acercamiento que proponemos, ayudará a una mejor comprensión global del proyecto de sociedad que fue estructurado a través de esta Constitución, así como a que se realice una tarea interpretativa más integral de los textos constitucionales re lativos a la comunicación.

II. Democracia y derechos a la comunicación, diferentes perspectivas

Con la seguridad de que definir la democracia resulta una tarea sumamente compleja, lo que se procurará formular en esta primera parte, es una síntesis sobre las principales perspectivas contemporáneas. Destacaremos en la exposición aquellos elementos que permiten una valoración de los derechos a la comunicación; y más adelante nos valdremos de los presupuestos presentados para establecer el rol que cada una de estas perspectivas, acerca de la democracia, asigna a estos derechos.

La democracia es una forma organizativa y de ejercicio del poder social que, con variantes, está extendida a escala mundial. En América Latina, con todas sus dificultades, la

forma democrática también se va afianzando en las décadas recientes. Al mismo tiempo que esto sucede se advierte una intensa disputa acerca de la orientación y las formas que una democracia debe y puede adoptar, así como respecto de las tareas que debe afrontar. Tal disputa tiene que ver con dos dimensiones de la democracia. Por un lado, con la dinámica existente entre la institucionalidad con la que se implementa la democracia y la puesta en práctica de esta; y por otro lado, con los cometidos, o más precisamente con lo que Máiz refiere como los "beneficios materiales y simbólicos"[5] que se espera que la democracia produzca.

Al ser este acercamiento fundamentalmente normativo, en el análisis que vamos a hacer se pondrá un mayor énfasis en los aspectos de diseño e implementación que traen las distintas perspectivas. No obstante debemos señalar que la relación entre el cómo se construye la democracia y sus contenidos, alcances o beneficios es estrecha, tal y como lo podremos mostrar a lo largo del texto. Diríamos en ese sentido, que lo uno es dificilmente escindible de lo otro.

En consideración a las referidas dimensiones de la democracia (diseño-implementación y cometidos), vamos en adelante a distinguir entre las que denominaremos perspectivas minimalistas y las maximalistas de la democracia.

2.1. Perspectivas minimalistas de la democracia

Una primera perspectiva, que durante muchos años dominó el discurso público y el quehacer político latinoamericano[6], es la que ve a la democracia básicamente como un sistema de delegación del poder, regida por un conjunto de procedimientos que permiten la competencia entre distintas fuerzas políticas y que llega a articular un sistema de representación por vía electoral.

De una primera versión conservadora, denominada *elitismo democrático,* que reducía las formas de participación exclusivamente al voto, se ha ido pasando a formas más abiertas pero siempre centradas en la representación como eje del modelo[7]. Esta ligera apertura ha sido la respuesta a los problemas evidenciados por un modelo exclusivamente representativo básicamente en dos aspectos. Por un lado, la participación, que quedaba prácticamente re-

5 Máiz, Ramón, "Democracia participativa. Repensar la democracia como radicalización de la política", en *Metapolítica,* Vol. 5, núm. 18, 2001, pp. 72-95.

6 Un ejemplo de su influencia puede verse en el Sistema Interamericano. Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) establece en su preámbulo que la democracia representativa es "condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Este "ideal de democracia" se plasma más claramente aun en la tan debatida *Carta Democrática Interamericana.*

7 Un tratamiento resumido acerca del elitismo democrático y del debate en torno a esta postura pueden encontrarse en Avritzer, Leonardo y Boaventura de Souza Santos, "Introducción: para ampliar el canon democrático", en *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa,* FCE, México D. F., 2004; también en Avritzer, Leonardo, *Democracy and the Public Space in Latin America,* Princeton, 2002, Cap. 1.

presada; y la representación que empezó a sufrir fisuras relacionadas con la pérdida de legitimidad de la gestión política, la ausencia de rendición de cuentas, y la presencia (o persistencia) de prácticas autoritarias, prebendísticas, corruptas, etc.

En el Ecuador, esta relativa apertura puede notarse en la comparación entre el modelo representativo más estático establecido en la Constitución de 1978 y las innovaciones participativas que la Constitución que le sustituyó en 1998 trajo. Así, mientras la Carta de 1978 (codificada en 1993) en su Art. 1 establecía claramente: "El Ecuador es un Estado soberano […] Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable y alternativo"; la Carta de 1998 inserta en el esqueleto representativo algunas nuevas instituciones políticas (Título IV "De otras formas de participación política", Capítulo 2), como la revocatoria del mandato (Arts. 109-113), o la misma Consulta Popular (Arts. 103-106). Por desgracia tales innovaciones se hallaban sujetas a una serie de limitantes (en forma de requisitos) que las hacían poco practicables.

En definitiva, estas variantes más o menos abiertas pueden agruparse en lo que se ha llamado el modelo liberal representativo de democracia[8], que incorpora al sistema de representación ciertos procedimientos complementarios que lo vuelven pluralista. A la vez, el énfasis *liberal* se lo imprime en tanto se establecen, un sistema de contrapesos, así como en un catálogo de derechos (con acento en las libertades) dirigido sobre todo a preservar la autonomía de las voluntades individuales, al tiempo que a limitar a lo mínimo la intervención del Estado en los distintos campos sociales (en la economía, por ejemplo)[9].

Para profundizar en estas perspectivas vamos a acudir a algunas ideas expuestas por Guillermo O'Donnell, uno de los autores que más profundamente ha analizado los procesos de implementación de la democracia y sus problemas (con atención especial en América Latina). Una de las obras de este autor, que toca específicamente al tema que nos ocupa, es el ensayo "teoría democrática y política comparada" que recientemente se ha vuelto a publicar[10].

En ese texto, O'Donnell se ocupa justamente de las relaciones entre la democracia en su versión representativa pluralista, como la designa él y los derechos a la comunicación, abogando por un examen de las teorías de la democracia, no solamente desde un punto de

8 Véase al respecto Avritzer, Leonardo y Boaventura de Souza, op. cit.; Habermas, Jürgen, "tres modelos de democracia", en *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política,* Trotta, Barcelona, 1999; y Held, David, *Modelos de democracia,* FCE, México, 1991.

9 Nos referimos en este caso, a un rasgo genérico de la democracia liberal representativa, no específico del constitucionalismo ecuatoriano. Sin embargo es pertinente insistir respecto de la Constitución de 1998 que, a nuestro criterio y a pesar de que contenía ya una cláusula del *estado social,* este instrumento mantenía una estructura liberal en la cual se intentó hacer inserciones participativas, así como de nuevos derechos de corte social y colectivo. Justamente, los problemas de esa Carta giraban en torno de las dificultades que se derivaban de estas ambivalencias.

10 O'Donnell, Guillermo, "Teoría democrática y política comparada", en *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia,* Prometeo, Buenos Aires, 2007.

vista analítico, sino histórico-conceptual y jurídico[11]. Al efecto, basa su análisis en un concepto de *democracia política* que él denomina *realista.* Este concepto es interesante, precisamente por resultar muy sencillo y funcional en el sentido de que se concentra en los elementos indispensables (mínimos) para la existencia de una democracia. Estos elementos son dos: elecciones limpias y libertades políticas, enmarcados ambos eso sí, en la existencia de un régimen. Entre las libertades políticas se halla, además de las de expresión y asociación, la libertad de información. Esto lo indica O'Donnell basándose en la conocida definición estipulativa de Robert Dahl de *poliarquía*[12].

Queremos destacar la denominación de *libertades* que utiliza el autor. Al respecto, nos interesa dejar anotado un primer punto, que tiene que ver con aclarar, por ejemplo, el lugar que ocupan estas libertades en el conjunto de los derechos a la comunicación. O bien, en el caso más específico de la libertad de información, si se trata de una libertad o cabe hablar de un derecho a la información. Estos aspectos, que tienen que ver precisamente con la visión política sobre los derechos a la comunicación, serán retomados más adelante.

En relación con los dos elementos indispensables ya referidos, O'Donnell hace un señalamiento importante en el sentido de que existiría una relación de causalidad entre estas libertades y las elecciones. Las libertades son concomitantes a las elecciones. No obstante, al contrario de los procesos electorales, se precisa que el régimen de libertades tenga de una vigencia permanente (y plena), de manera que se transformen en condiciones necesarias (aunque no suficientes por sí solas) para garantizar un adecuado desarrollo de esos procesos[13]. Libertades y elecciones deben ser en consecuencia, partes de un régimen que permite de forma perdurable la institucionalización de las condiciones de la democracia en una sociedad. En tal sentido, ambos elementos forman parte de lo que el autor llama, una "apuesta institucionalizada"[14].

Con estos elementos, O'Donnell va perfilando una definición de democracia política, que si bien enfatiza en los dos componentes mencionados, sostiene la necesidad de que estos estén articulados en un régimen, entendido éste como la presencia de un ordenamiento o sistema legal desarrollado en función de garantizar la vigencia de los derechos y libertades. Asimismo, como ya fue mencionado, se necesita que este régimen cuente con mecanismos de contrapeso, que controlen de manera efectiva el ejercicio del poder, de manera que ninguno de los poderes actúe como "legibus solutus". Esto implica que ninguno de los poderes (o funciones para el caso ecuatoriano) del Estado, "pueda declararse por encima del sistema legal o exento de las obligaciones que este determina"[15] y pueda así cometer excesos que afecten, por ejemplo, las libertades de comunicación de las personas.

11 *Ibíd.,* pp. 24-25.
12 *Ibíd.,* p. 37.
13 *Ibíd.,* p. 37.
14 *Ibíd.,* pp, 44-48.
15 *Ibíd.,* pp: 72-73.

2.2. Perspectivas maximalistas

En segundo lugar, podemos ubicar otras perspectivas acerca de la democracia que hemos denominado maximalistas, en cuanto amplían el espectro de la democracia, en referencia tanto a su diseño-implementación como a sus cometidos. Para efectos expositivos, aunque guardan entre sí fuertes nexos, estas perspectivas las presentamos divididas en tres variantes: la democracia participativa, la radical y la variante deliberativa.

2.2.1. Democracia participativa

Inspirada en la tradición filosófica del republicanismo[16], la concepción participativa de la democracia pone énfasis en la base social, o si se quiere, toma como presupuesto básico una comunidad política que participa continua y responsablemente, para ser parte de las decisiones que la afectan.

Esta concepción en sus versiones contemporáneas nace de la crítica profunda al reduccionismo instrumental de los planteamientos representativos, postulando la necesidad de rescatar la sustancia del proceso democrático y asociándola de esa forma al debate sobre los cometidos de la democracia[17]. En los países occidentales hay actualmente una desafección generalizada con la democracia representativa que toma, entre otras, la forma de lo que se denomina como *Demokratiemüdigkeit* (fatiga, cansancio, desgano con la democracia). Para el caso de América Latina y en particular del Ecuador, como ha destacado Barrera "hay evidencia de que [esta crítica o desafección] se trata de un proceso que rebasa el mal desempeño coyuntural de algunos gobiernos". Lo que se cuestiona es el sistema representativo mismo y particularmente, como precisa el autor, a "los sistemas de partidos y de los organismos legislativos"[18].

En todo caso, con las múltiples variantes que pueda tener esta otra visión de la democracia, en ella la condición fundamental es la participación política de los ciudadanos. Entiéndase esto, no sólo por medio del voto sino también de otras formas más directas de compartir el poder. Estas formas a su vez, no son vistas como meros aditamentos al modelo representativo, sino como elementos fundamentales del diseño democrático.

La debilidad de las concepciones participativas ha radicado en llegar a concretar formas viables, institucionalizadas y sostenibles de participación. A pesar de esto, es en la práctica social donde se han venido desarrollando novedosas "tradiciones participativas"[19]. Estas han

16 Véase Arato, Andrew y J. Cohen, *Civil society and political theory,* MIT Press, Cambridge, 1992.

17 Véase el ya clásico libro de Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory,* Cambridge, 1970. También MacPherson, C. B., *La democracia liberal y su época,* Alianza, Buenos Aires, 1991; Avritzer, Leonardo y Boaventura de Souza Santos, *op. cit.;* y Avritzer, Leonardo, *op. cit.*

18 Barrera, Augusto, "La participación en el debate político y constitucional actual", Ecuador Dialoga, Quito, 2007, p. 15.

19 Avritzer, Leonardo y Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*

ido cubriendo no solamente las dimensiones de la consulta y el debate sobre diversos problemas públicos, sino que crecientemente han venido abarcando lo que es la rendición de cuentas (*accountability*). Más aún, estas prácticas se dirigen cada vez más a disputar la toma misma de decisiones[20].

Estas experiencias se han reproducido en diversos ámbitos y particularmente en las esferas locales. En este sentido, el rol desempeñado por diversas expresiones de la sociedad civil, como los movimientos sociales, en cuanto a la formulación pública de demandas de *reconocimiento* y *redistribución* sobre diversos bienes sociales[21], ha sido muy relevante en cuanto a redimensionar la implementación de la democracia, en particular en sociedades altamente desiguales[22].

Queda claro que una concepción de democracia participativa, planteada con las 'coordenadas' que hemos tratado de sintetizar, está unida con la comunicación. Esta vez no solamente se trata de garantizar los procesos electorales, sino de fortalecer todas las formas arriba descritas de participación que se producen, precisamente, gracias a diversas formas de comunicación. De allí que, desde una *visión participacionista* lo que se requiere es una formulación reforzada de los derechos a la comunicación para favorecer la participación. Pero a la vez, se trata de que la participación se extienda en la dimensión de la comunicación[23]. Este segundo aspecto se relaciona de forma particular con la protección del espacio institucionalizado donde circula actualmente la comunicación. Nos referimos específicamente al ámbito de los medios masivos de comunicación y los procesos de producción de la información y, consecuentemente, a la importancia de un derecho a la información que no sea visto meramente como una libertad individual sino como un derecho social. Igualmente esto plantea la necesidad de nuevos derechos específicos a la comunicación, como el acceso a los medios, a las tecnologías, a formas de debate desde las diferencias, etcétera.

20 Según señala Melissa Pomeroy, "la etiqueta de la democracia participativa corre el riesgo de perder todo su significado si se reduce a procesos de debate y consulta", por eso hay que enfatizar en que "lo importante reside en las decisiones". Véase Pomeroy, Melissa, "Democracia participativa, más allá de la etiqueta", en *Repensar la política,* ICARIA/TNI, Barcelona, 2008, p. 32.

21 Sobre este tema, véase el debate que desarrollan Nancy Fraser y Axel Honneth en *Redistribution or recognition?,* Verso, Londres, 2003.

22 Las movilizaciones y luchas sociales han impulsado un cambio en el carácter del Estado, que ha pasado a 'juridificar' muchas de estas necesidades o demandas, pasando a adquirir un carácter de estado social de derecho. El mismo tema de la comunicación es un ejemplo de cómo la acción de los movimientos colectivos sociales y activistas de derechos han logrado levantar una demanda por el derecho a la comunicación, que se consagra ya en el proceso constituyente del año 1997, que produjo justamente una Constitución en la que se establecía por primera vez la cláusula del estado social de derecho.

23 Pomeroy, Melissa, *op. cit.*

2.2.2. Democracia radical

Una segunda variante maximalista es la que denominaremos como democracia radical. El término *radical* se deriva de la palabra latina *radix,* es decir raíz. En consecuencia, hablar de democracia radical supone una búsqueda de la raíz de la democracia. Esto se ha tomado a su vez en dos sentidos. Se ha asociado, por un lado, con formas directas de democracia y, por otro, con formas más profundas (revolucionarias) de cambio. No obstante, en la actualidad, la acepción democracia radical alude más en un paradigma en construcción, que abarca varias posturas en torno a la profundización de la democracia en sociedades altamente complejas. En este sentido toma cierta distancia, por ejemplo, del uso que Marx le dio al término radical para describir las formas de democracia directa emergentes en la Comuna de París[24], aunque no por esto deja de recuperar críticamente varios elementos 'emancipadores' del planeamiento marxista.

Así como en el caso de las experiencias de participación, el paradigma en construcción de la democracia radical se alimenta de un debate en el que se articulan, en el sentido de Freire[25], diversas reflexiones y al mismo tiempo las prácticas y experiencias derivadas de variados procesos de movilización social. Esto transforma a este debate en uno complejo y diverso. Por tal razón, y a efectos del presente texto, proponemos establecer a grandes rasgos los que consideramos los contenidos principales (y comunes) del debate en torno a este paradigma[26]:

En primer lugar, se hace énfasis en la acción de profundización basada en el ejercicio de la crítica continua. De manera que, lo que se propone es 'democratizar la democracia' mediante un cuestionamiento sistemático a cómo ésta se está desarrollando.

24 Véase Marx, Karl "Der Bürgerkrieg in Frankreich", en Marx, Karl y Friedrich Engels, Werke, Tomo 17, Berlin DDR, 1962, pp. 313-365, Internet: *http://marxists.catbull.com/deutsch/archiv/marx-engels/1871/05/burfrndx.htm,* o *http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/index.htm,* Acceso: 3 abril 2010. Véase también Bohman, James, *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy,* Cambridge, MIT Press, 1996, p. 10.

25 Nos referimos a la dinámica concomitante entre investigación (o reflexión en este caso) y acción que el pedagogo brasileño defendía. Cfr. Freire, Paulo, "Criando métodos de pesquisas e alternativas: aprendendo a fazer melhor através da açao", en Brandao, Carlos (ed.), *Pesquisa participante,* Sao Paulo, Brasiliense, 1981.

26 Estos los sintetizamos a partir de los trabajos de algunos autores como James Bohman, op. cit.; Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político, comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical,* Barcelona, 1999; De Souza Santos, Boaventura, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural,* Porto 2004; del mismo autor *Reinventar la democracia, transformar el estado,* Quito, 2004; *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social,* Buenos Aires, 2006, y "Globalización y democracia", en *Archipiélago,* núm. 73-74, 2007, pp. 111-125; Calle, Ángel, *Nuevos movimientos globales. Hacia la radicalidad democrática,* Madrid, 2005; y García Mérida, Wilson, "Boaventura de Souza Santos: Bolivia, el Laboratorio de la Demodiversidad", Bolivia, s/f, Internet: *www.constituyentesoberana.org/3/destacados/122008/011208_1.pdf,* Acceso: 2 abril 2010.

En segundo lugar, se comprende que el ámbito de acción de la democracia debe ser extendido en distintas esferas sociales que muchas veces se traslapan, desde lo global o mundial hasta lo local y lo cotidiano.

En tercer lugar, la democracia radical se basa en la experiencia de la diversidad profundizada. De manera que promueve la incorporación de esta en sus distintas dimensiones, diversidad de culturas, biodiversidad, 'demodiversidad' (o sea, varias formas de entender y practicar la democracia), entre otras posibles.

Cuarto, utiliza un enfoque constructivista y un método experimental, por cuanto, al no haber una forma modélica de democracia (una receta a aplicar), el desafío radica precisamente en armar un modelo que sea adecuado a cada realidad histórica[27]. No obstante que tal proceso de construcción debe contemplar la pluralidad y complejidad de cada sociedad, se reconoce a la vez la necesidad de mantener unos mínimos comunicativos y valorativos. Uno de esos valores es, por ejemplo, la dignidad que se coloca como presupuesto de las interacciones y centro de ese proceso democrático.

La democracia en su variante radical demanda entonces un cuerpo de derechos a la comunicación que, mediante distintas variantes, actúen protegiendo los potenciales de una ciudadanía compleja y radicalizada.

2.2.3. Democracia deliberativa

La tercera variante maximalista que presentamos es la así llamada democracia deliberativa. Uno de los exponentes centrales de esta perspectiva es Jürgen Habermas[28]. El modelo de democracia que Habermas propone, se basa en procesos de comunicación y más concretamente en las deliberaciones, es decir en el uso público de la razón a efectos de generar discusiones (intercambios argumentales) sobre problemas públicos.

Como parte del esquema, el autor se refiere a los "derechos de participación y comunicación"[29]. Como los presenta, estos derechos se transforman no solamente en condiciones necesarias para los procesos electorales, o para institucionalizar distintos mecanismos de par-

27 Por este motivo, los procesos constituyentes se vuelven más complejos de manejar. Los casos recientes de Ecuador y Bolivia se sitúan claramente en ese contexto. Así por ejemplo, sobre el punto de la complejidad en el caso boliviano véase Schilling-Vacaflor, Almut, "Recht als umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und indigene Völker in Bolivien", en Boeckh, Andreas et al. (eds.), *Reihe Studien zu Lateinamerika,* Baden-Baden, 2010 (en prensa).

28 Además del pensador alemán, podemos citar entre otros autores que desarrollan un trabajo sistemático y propositivo sobre la democracia deliberativa a Leonardo Avritzer, *op. cit.,* especialmente los capítulos 2 y 4, así como Bohman, James, op. cit., 1996; y en "La democracia deliberativa y sus críticos", en *Metapolítica,* Vol. 4 abril/junio, 2000, pp. 48-57.

29 Cfr. Habermas, Jürgen, "Political communication in media society", en *Communication Theory,* 16, Blackwell, Londres, 2006, p. 412; del mismo autor en la misma obra "Tres ensayos sobre Democracia", p. 234.

ticipación o potenciales ciudadanos. Estos derechos protegen la misma existencia del modelo democrático.

Así pues, la innovación que introduce Habermas es localizar la democracia en los procesos comunicativos, más que en los mecanismos de representación y los procedimientos del sistema político, o bien en la soberanía popular detentada por la sociedad. Estado y sociedad son dos componentes de este modelo político deliberativo (*deliberative Politik*), que se encuentran en una dimensión intermedia, la así llamada *politische öffentlichkeit,* que ha sido traducida como esfera pública (o simplemente como la dimensión de lo público).

En esta dimensión de lo público[30] es donde se produce esta permanente comunicación (poder comunicativo) que es la que le otorga legitimidad democrática al Estado, en la medida de que este salvaguarda "un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común"[31]. Habermas en este sentido, como O'Donnell, se refiere a la necesidad de un diseño institucional (o régimen) que garantice en el tiempo la democracia. Este diseño lo divide en tres dimensiones: primera, la de la autonomía privada de los ciudadanos; segunda, la de ciudadanía democrática, es decir, la inclusión de ciudadanos libres e iguales en la comunidad política; y, tercera, la de una esfera pública independiente, que funciona como ya señalamos, como un sistema de intermediación entre el estado y la sociedad[32].

Van a ser la segunda y tercera de estas dimensiones aquellas en las cuales los derechos a la comunicación alcanzan un papel central y específico al proteger la generación de ese poder comunicativo, por medio de la garantía a los distintos y mutuamente implicantes procesos que se dan en ellas, por ejemplo, los procesos de consulta previa o rendición de cuentas.

En ese sentido, resulta crucial además, proteger la autonomía de la esfera pública, que es el medio ambiente donde se produce ese poder comunicativo que legitima el sistema político. La estructura de poder (económico y político) de la esfera pública, ha insistido Ha-

30 En la realidad, hoy más que nunca, lo público se presenta como una dimensión muy compleja y diversa. Para poder distinguir mejor la diversidad de formas, maneras y actores que puede tomar la dimensión de lo público, la clasificación en tres grandes ámbitos que el mismo Habermas ha esbozado resulta útil. El ámbito más general sería la *esfera pública abstracta* dónde operan los medios de comunicación masiva. Aquí la comunicación es masificada, sacándola de los contextos más cercanos, a la vez que se crea asimétricamente, un público virtual de espectadores. Un segundo ámbito es el de los espacios públicos organizados, como serían por ejemplo: los partidos políticos, los grupos de interés o los movimientos sociales. Finalmente están los públicos episódicos, que aluden a los intercambios cotidianos, cara a cara, poco organizados, relativamente efímeros, en pequeños espacios; véase "Political communication in media society", *op. cit.,* pp. 415-417.

31 Habermas, Jürgen, "tres modelos de democracia", en *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política,* Trotta, Barcelona, 1999, p. 234. Véase también Lösch, Bettina, *Deliberative Politik. Moderne Konzeptionen von Öffentlichkeit, Demokratie und politischer Partizipation,* Münster, 2005, III 2.3 "Prozedurale Democratietheorien" y IV "Deliberation und politische Partiziazion".

32 Habermas, Jürgen, "Political communication in media society", en *Communication Theory,* 16, Blackwell, Londres, 2006, p. 412.

bermas, "puede distorsionar la dinámica de comunicación masiva e interferir con el presupuesto normativo de que las cuestiones relevantes, la información necesaria y las contribuciones adecuadas [entiéndase debates] sean movilizadas"[33]. Estas distorsiones en el contexto de sociedades mediatizadas como las contemporáneas se concentran muchas veces en los sectores de los medios de comunicación masiva y de las telecomunicaciones. De allí la especial necesidad de regularlos adecuadamente, en función, como se dijo de preservarlos de las distorsiones.

El planteamiento de la democracia deliberativa en la versión formulada por Habermas (*deliberative Politik*), de acuerdo con lo expuesto, es el que consideramos resulta más completo a efectos de profundizar en nuestro análisis posterior. En particular, porque esta formulación engloba de alguna manera en las tres dimensiones del régimen, a los elementos centrales de las variantes participativa y radical (e incluso da cabida a los básicos de la democracia representativa).

III. Las implicaciones de las valoraciones democráticas de los derechos a comunicar

Se han revisado, a grandes rasgos y de manera muy sintética, los postulados de distintos modelos de democracia y sobre todo el papel que los derechos a la comunicación desempeñarían en cada uno de ellos. Tanto las posturas minimalistas como las maximalistas reconocen el importante rol de estos derechos, sin embargo, entre ellas no sólo existe una diferencia cuantitativa (más o menos derechos) sino cualitativa en la forma en que cada postura incorpora y sobre todo valora estos derechos.

En cuanto a la cantidad de derechos. En el caso del modelo representativo se habla de dos libertades, la de expresión y la de información, como grandes conceptos centrales. En el caso de las visiones maximalistas (y vamos a tomar la versión que a nuestro criterio es la más desarrollada teóricamente: la deliberativa) se habla de derechos a la comunicación y participación, como conjuntos interdependientes que abarcan varios derechos específicos.

En relación con la manera de incorporar los derechos desde ambas grandes perspectivas se marca una diferencia cualitativa. Mientras en el minimalismo se asocia con procedimientos argumentativo–interpretativos[34], de manera de ir adaptando el derecho a los cambios sociales, las posturas maximalistas incorporan otras formas más amplias de argumentación y deliberación sobre los alcances de estos derechos. Pero sobre todo, inscritas en el marco de lo que Barrera ha denominado como "una fuerte tendencia de innovación institucional en

33 *Ibíd.,* p. 418 (texto citado traducido por el autor).

34 Véase en este sentido el planteamiento que desarrolla Robert Alexy en "Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssysterns", en *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* Stuttgart, 1991, pp. 30-44.

la perspectiva de recuperar para la sociedad atributos de cohesión social, inclusión y sentidos de pertenencia"[35]; estas posturas promueven procesos más radicales de cambio normativo para producir un renovado cuerpo de derechos.

Los procesos constitucionales que en América Latina se han dado en las últimas dos décadas marcan en ese sentido, no sólo la diferencia en cuanto a una forma más contundente y sistemática de incorporación del cuerpo de derechos a comunicar, sino que son a la vez en sí mismos una expresión de una fuerte demanda por ampliar el modelo de democracia representativa. En ese sentido, procesos constituyentes como los de Brasil 1987-8, Colombia 1990-1 (iniciado informal y participativamente en 1990 mediante la iniciativa social de la 'séptima papeleta'), Venezuela 1998-9, Ecuador 1997-8, 2007-8 y Bolivia 2008-9, han contado con la participación activa de diversos actores sociales, que entre otros temas han empujado el de la comunicación. A la vez, estos procesos han consagrado cruciales transformaciones en los modelos de democracia que se están actualmente implementando.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 consagra un nuevo modelo de democracia que a los mecanismos representativos integra al mismo nivel y fuertemente varias otras instituciones y formas propias de las perspectivas maximalistas que hemos examinado[36].

IV. Los contenidos constitucionales en materia de comunicación y sus alcances

Por lo expuesto y para seguir profundizando en estos aspectos, es importante examinar la forma en que la actual Constitución de la República del Ecuador (CRE) incorpora los derechos a la comunicación. Al efecto, proponemos a continuación un esquema en donde se ensaya una clasificación de doble criterio. Por un lado, de acuerdo al carácter más general o específico de cada uno de los derechos; y por otro, de acuerdo con la naturaleza sustantiva o procedimental de los numerosos enunciados normativos en materia de comunicación.

4.1. Conceptos centrales

Como parte de los derechos articuladores del 'Sumak Kawsay' o 'Buen Vivir', el derecho fundamental a la Comunicación, se establece en el Art. 16 de la Constitución, numerales 1 y 4: "Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1) Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa… 4) "El acceso y uso de todas

35 *Ibíd.,* p. 17.

36 Véanse los trabajos de Carlos Castro Riera "Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008", 111-132 y Albert Noguera F., "Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social", pp. 133-157 en Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva,* MJDH, Tribunal Constitucional, Quito, 2008.

las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial…". Este es el presupuesto macro comprensivo alrededor del cual se articulan las demás disposiciones en esta materia.

4.2. Derechos específicos

Solamente para efectos analíticos hemos integrado los distintos derechos específicos en tres grupos en función del énfasis que cada uno pone en proteger una dimensión del proceso democrático o bien a sujetos específicos del mismo.

4.2.1. Un primer grupo de disposiciones específicas que se articula en el corpus que denominamos derechos de la comunicación es el que comprende las clásicas libertades, de opinión, de expresión, el derecho de rectificación y el derecho a la protección de datos personales (Art. 66. 6, 7,19 CRE), normas que se ubican entre lo que Habermas (como mencionamos ya) refería como dimensión de la autonomía individual y la de construcción de una ciudadanía en cuanto relación comunicativa.

4.2.2. Un segundo grupo de disposiciones serían aquellas relacionadas con los procesos de la dimensión de construcción de ciudadanía, participación y deliberación política; entre otros: El Art. 16.2., que establece el "acceso universal a las tecnologías de información y comunicación". El numeral 3 del mismo artículo, que garantiza la "creación de medios de comunicación social". El 5, que reconoce el derecho a "integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación". Los Arts. 17 y 18 se refieren, por un lado, a las condiciones de la participación a través de la esfera pública mediática; y por otro, al derecho a la información y más específicamente el derecho de acceso a la información pública y de interés público, respectivamente. El Art. 23, que contempla el derecho "de participación y acceso al espacio público". Así mismo tenemos los derechos de participación, los que en el esquema constitucional actual se hallan estrechamente relacionados con los de la comunicación. Así, por ejemplo, aquellos establecidos en el Art. 61 que se refiere a los derechos de participación o el derecho a la resistencia, reconocido por el Art. 98 de la Carta.

4.2.3. Un tercer grupo se refiere a numerosas normas especiales respecto de derechos a la comunicación a favor de sujetos sociales específicos, tendentes a favorecer sus *potenciales deliberativos.* Este es el caso de los Arts. 45 al 50 de la CRE, referentes a los derechos a comunicar y garantías de niñas, niños y adolescentes, los Arts. 47 y 53 sobre los derechos a comunicar y garantías de personas con discapacidad; o el Art. 57.21 que prevé el derecho a comunicar de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

4.3. Garantías y mecanismos institucionales

Se refiere a las garantías que respaldan el efectivo ejercicio de los derechos, así como las disposiciones constitucionales que permiten la estructuración de una institucionalidad propia en materia de comunicación y mecanismos de garantía de tipo administrativo que deben implementarse por medio de normativa secundaria y políticas públicas.

4.3.1. En cuanto a las garantías judiciales a los derechos, podemos mencionar, la Acción de Protección (Art. 88 CRE) y más específicamente la Acción de Acceso a la Información Pública (Art. 91 CRE) y el Hábeas Data (Art. 92 CRE).

4.3.2. Con relación a la institucionalidad, se encuentra quizá la mayor novedad que la Carta Fundamental de 2008 establece. Como parte del "Régimen del Buen Vivir", el Art. 340, instituye el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social uno de cuyos componentes es el *Sistema de la Comunicación,* previsto en cambio, en el Art. 384. Esta última disposición crea tal 'Sistema' para asegurar: "el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión", y fortalecer "la participación ciudadana". Más allá de esta misión garantista, no queda sin embargo claro el rol institucional que este "Sistema" (más propiamente debería llamarse, subsistema del sistema de Inclusión y Equidad del "Buen Vivir") tenga. El segundo inciso de este artículo (384 CRE), que debía precisar el rol institucional de este 'Sistema' lamentablemente es bastante confuso al respecto[37].

4.3.3. Estas disposiciones constitucionales se complementan con el mandato establecido en la transitoria primera de la Carta política, que en su numeral cuatro dispone expedir una Ley de Comunicación.

4.3.4. Para terminar, además del "Sistema", encontramos también un variado conjunto de disposiciones garantistas, regadas en varias secciones del texto constitucional, entre las que podemos mencionar: los principios de participación-deliberación, recogidos en el Art. 95; las formas de organización colectiva del Art. 96; las instancias participativo-deliberativas

37 Dice así esta norma: "El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana". El citado texto se refiere no al Sistema solamente, sino al Estado (hay dos sujetos en el inciso). Habla así de la conformación del Sistema y remite a la Ley su estructuración, pero es al Estado al que le asigna la competencia de formular las políticas públicas. Se debería entender a pesar de la farragosa redacción, que el 'Sistema' tiene una función coordinadora en materia de aseguramiento de los derechos a la comunicación.

previstas por el Art. 100, numerales 1 a 5; la creación de la Función de Participación y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Art. 208 CRE). Asimismo, el Art. 312, referido a la desvinculación medios-entidades financieras, y el Art. 313 que establece al de las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico, como sectores estratégicos; así como las disposiciones Transitorias, vigésimo cuarta, relativa a la "Auditoría" de concesión de frecuencias y la vigésimo novena acerca de la desvinculación banca-medios de comunicación.

V. Los derechos de la comunicación en la perspectiva del modelo democrático constitucional del Ecuador, reflexiones finales

Con estas reflexiones hemos procurado contribuir a una comprensión más sistemática e integral del conjunto de derechos y disposiciones constitucionales en materia de comunicación. En ese sentido, hemos buscado situar este corpus de derechos en el contexto del modelo de democracia establecido en la actual Ley Fundamental ecuatoriana. Para concluir, ahora queremos destacar los siguientes puntos.

En relación al modelo de democracia, puede decirse que el *derecho fundamental a la comunicación* (núcleo del corpus que hemos denominado *derechos a la comunicación*) funciona como un *derecho eje*[38], en cuanto permite el ejercicio de otros derechos y constituye una de las bases articuladoras del Régimen del Buen Vivir. Así, cada una de las dimensiones del Buen Vivir se hallan cruzadas por los derechos a la comunicación en una suerte de transversalidad respecto del sistema constitucional.

Por otro lado, los derechos a comunicar son necesarios para garantizar los derechos de libertad, los derechos políticos, los derechos de la naturaleza, los de protección, los de los grupos vulnerables, las distintas garantías, las responsabilidades ciudadanas y en general todo el esquema de derechos fundamentales que establece la actual Constitución. Asimismo, la presencia de estos derechos legitima y permite un desarrollo democrático de la administración en diversos ámbitos de competencia y aspectos, tales como la planificación, la ejecución de las diversas políticas públicas y la rendición de cuentas.

En segundo lugar, es necesario destacar (igualmente desde una perspectiva sistémica) que en el esquema constitucional ecuatoriano se advierte una especial imbricación entre los derechos a la comunicación y los derechos a la participación. Ambos corpus se transforman a la vez, en puntales y al mismo tiempo en mecanismos de implementación de un modelo nuevo de democracia que la Constitución establece. A nuestro criterio y basados en las reflexiones expuestas, este modelo de democracia puede caracterizarse sobre todo como deliberativo, pues si bien combina mecanismos representativos con formas de participación, lo hace justamente a partir de "un proceso permanente de construcción del poder ciudadano"

38 Navas, Marco, *Derechos Fundamentales de la Comunicación, una visión ciudadana,* UASB, Abya Yala, CEN, Quito, 2002, p. 45.

(Art. 95 CRE), vale decir, en términos habermasianos, de construcción del "poder comunicativo".

Por otro lado, la realización de los derechos a la comunicación requiere que la profusa (y por momentos reiterativa) normativa constitucional se traduzca en un desarrollo a nivel legislativo y de políticas públicas. Esta tarea deberá responder, de acuerdo con lo señalado antes, a criterios sistémicamente coherentes, tanto con los principios del *Estado constitucional de derechos y justicia*[39], como con el carácter deliberativo del régimen democrático. Ello supone el desafío de compaginar dos lógicas de protección jurídica, la que preserva la autonomía de los sujetos y la que entra a regular las condiciones y medios para el desarrollo de los procesos deliberativos. Sujetos de derechos y objetos protegidos deben ser incorporados en una normativa clara y racional, que potencie los derechos y al mismo tiempo, evite conflictos normativos y problemas regulatorios que pueden terminar deslegitimándola y convirtiéndola en ineficaz[40].

En ese mismo sentido, se necesita que la institucionalidad creada para garantizar estos derechos tenga un diseño adecuado, de manera que haga nada más de facilitadora de los procesos que se generan socialmente en una esfera pública autónoma tanto de los poderes políticos, como de los grandes intereses particulares que pueden intentar controlarla. Tal diseño supone la presencia de mecanismos específicos tendentes a evitar distorsiones de desempeño de esas nuevas *instituciones facilitadoras,* entre otras, "nuevas formas de clientelismo, burocratización, instrumentalización […] silenciamiento o manipulación de los espacios participativos", tal y como advierte Boaventura de Souza Santos[41].

Como están planteados en la Constitución de la República del Ecuador, los derechos a la comunicación expresan claramente el sentido de la democracia como un proyecto en permanente construcción, deliberativo, compartido y aprehendido por todos.

39 Sobre este punto, véase Ávila Santamaría, Ramiro, "Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia" en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado,* MJDH, Quito, 2008.

40 Habermas advierte sobre estos peligros de deslegitimación e ineficacia de las normas que se derivan de una Constitución, los que si no se evitan conducirían a la deslegitimación del mismo sistema democrático. En ese sentido, siguiendo la fórmula del *regulatorische Trilemma* (trilema regulatorio) de Teubner, Habermas ubica estos (potenciales) problemas regulatorios en tres ámbitos: a) una regulación que se vuelve irrelevante cuando no responde a la realidad; b) una regulación excesiva que produce efectos desintegradores en el campo que pretende regular (regulación en falso); y c) una regulación ambiciosa que sobrecargue de obligaciones que no podrá cumplir al sistema jurídico (autodestrucción). Cfr. *Facticidad y Validez,* Trotta, Barcelona, 1998, pp. 467-8; y Teubner, Gunther, "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", en ARSP N. 68 (1982), pp. 13-58.

41 Citado por Pomeroy, Melissa, *op. cit.,* pp. 32-33.

VI. Bibliografía

Alexy, Robert, "Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssysterns", en R. Alexy, Dreier y Neumann (eds.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* F. Steiner, Stuttgart, 1991.

Arato Andrew y Cohen Jean, *Civil society and political theory,* MIT Press, Cambridge, 1992.

Ávila Santamaría, Ramiro, "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado,* MJDH, Quito, 2008.

Avritzer, Leonardo y Boaventura de Souza Santos, "Introducción: para ampliar el canon democrático", Suouza Santos, Boaventura de (coord.), *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa,* FCE, México D.F., 2004.

Avritzer, Leonardo, *Democracy and the Public Space in Latin America,* Princeton University Press, Princeton, 2002.

Barbero, Jesús Martín, "Reconfiguraciones comunicativas de lo público", en *Revista Anàlisi* N. 26, UAB, Barcelona, 2001.

Barrera, Augusto, "La participación en el debate político y constitucional actual", *Cuadernos del diálogo N. 3,* Ecuador Dialoga, Quito, 2007.

Bohman, James, "La democracia deliberativa y sus críticos", *Revista Metapolítica* Volumen 4 abril/junio, 2000.

(1996): *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy.* Cambridge, MIT Press, Cambridge.

Calle, Ángel, *Nuevos movimientos globales. Hacia la radicalidad democrática,* Editorial Popular, Madrid, 2005.

Castro Riera, Carlos, "Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008", en Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva,* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito, 2008.

Dahl, Robert, *Poliarchy. Participation and Opposition,* Yale University Press, New Haven, 1971.

Fraser, Nancy y Axel Honneth, *Redistribution or recognition?,* Verso, Londres, 2003.

Freire, Paulo, "Criando métodos de pesquisas e alternativas: aprendendo a fazer melhor através da açao", en Brandao, Carlos R., Ed. *Pesquisa participante,* Brasiliense, Sao Paulo, 1981.

García M., Wilson, "Boaventura de Souza Santos: Bolivia, el Laboratorio de la Demodiversidad", s/f, Internet: *www.constituyentesoberana.org/3/destacados/122008/011208_1.pdf,* Acceso: 2 abril 2010.

Habermas, Jürgen, "Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research", en *Communication Theory,* 16, Blackwell, Londres, 2006.

———, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política,* Barcelona, Paidós, 1999, [Ed. Original: (1996), Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt].

———, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Trotta, Barcelona, 1998 (1992, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates,* Frankfurt).

Held, David, *Modelos de democracia,* Alianza Editorial, México D. F., 1991.

Lösch, Bettina, *Deliberative Politik. Moderne Konzeptionen von Öffentlichkeit, Demokratie und politischer Partizipation,* Verlag Westfälisches Dampfboot, Münster, 2005.

MacPherson, Crawford, *La democracia liberal y su época,* Alianza, Buenos Aires, 1991.

Máiz, Ramón, "Democracia participativa. Repensar la democracia como radicalización de la política", en *Metapolítica,* Vol. 5, núm. 18, 2001.

Marx, Karl, "Der Bürgerkrieg in Frankreich", en K. Marx y F. Engels, Werke, Tomo 17, DDR, Berlin, 1962, Internet: *http://marxists.catbull.com/deutsch/archiv/marx-engels/1871/05/burfrndx.htm | http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/index.htm*

Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político, comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical,* Paidós, Barcelona, 1999.

Navas Alvear, Marco, "Fundamentos para desarrollar una Ley de Comunicación, en el contexto actual en Ecuador", policy paper, APC, Quito, 2009, Internet: *www.imaginar.org/apc/index_archivos/docs/derecho.pdf,* Acceso: 12 abril 2010.

———, *Derechos de la Comunicación,* INREDH/ Punto de Comunicación/ Programa de Derechos Humanos de la Unión Europea, Quito, 2005.

———, *Derechos de la comunicación, una visión ciudadana,* Abya Yala/ Universidad Andina Simón Bolívar/ CEN, Quito, 2002.

Noguera F., Albert, "Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social", en Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva,* MJDH, Tribunal Constitucional, Quito, 2008.

O'Donnell, Guillermo, "Teoría política y política comparada" en *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia,* Prometeo, Buenos Aires, 2007. [Ed. original publicada *Studies in Comparative International Development,* 36, N.1, 2001].

Pateman, Carole, *Participation and Democratic Theory,* Cambridge University Press. Cambridge, 1970.

Pomeroy, Melissa, "Democracia participativa, más allá de la etiqueta", en *Repensar la política,* Icaria / TNI, Barcelona, 2008.

Schilling-Vacaflor, Almut, "Recht als umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und indigene Völker in Bolivien", en A. Böckh, H-J. Burchardt, A. Oettler, N. Werz, H. Zinecker, Heirdun (eds.), *Reihe Studien zu Lateinamerika,* Nomos-Verlag, Baden-Baden, 2010 (en prensa).

Souza Santos, Boaventura de, "Globalización y democracia", en *Archipiélago,* Nos. 73-74, 2007.

———, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires),* CLACSO, Buenos Aires, 2006.

———, *Reinventar la democracia, transformar el estado,* ILDIS-FES/ Abya Yala, Quito, 2004.

Teubner, Gunther, "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* N. 68, 1982.

Libertad de Expresión y Ley Penal*

Alfredo Chirino Sánchez

Sumario

I. Introducción. **II.** Fundamento constitucional del derecho a la información. **III.** El Contenido de la libertad de expresión desde la perspectiva penal. **IV.** Las relaciones de tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho penal. **4.1.** El delito de injurias. **4.2.** El delito de calumnia. **4.3.** El delito de difamación. **V.** Algunas defensas y correctivos a la tipicidad legal y la antijuridicidad en los delitos contra el honor. **5.1.** La prueba de la verdad como causal de atipicidad. **5.2.** El principio de insignificancia como herramienta defensiva. **5.3.** El ejercicio legítimo de la libertad de expresión como causa de justificación. **5.4.** El error sobre la causa de justificación. **VI.** Observaciones de *lege ferenda* para un análisis posible político-criminal del castigo de los delitos contra el honor. **VII.** Bibliografía.

I. 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 social[1], como sustrato de la vivencia democrática y como reflejo de las posibilidades benéficas de alcanzar la transparencia de los asuntos pú-

* 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.

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

blicos mediante el proceso de facilitar información veraz, completa y amplia a los ciudadanos[2], 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 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 información[3].

Estamos discutiendo acerca de 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 comunicación[4] 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 aconteceres sociales, pidiendo y ejerciendo otros derechos constitucionales[5], lo que se traduce en una preocupación por una mayor participación en las decisiones políticas sobre los problemas que aquejan a todo el conglomerado social[6].

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 político[7]. 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 Alemán[8].

Desde el punto de vista interpretativo, este derecho constitucional ofrece una cantera riquísima para la interpretación, no sólo por la amplitud conceptual que ofrece, sino en virtud de lo que ha venido siendo interpretado como la base de todos los elementos de la libertad[9]. Tal carácter parece desprenderse desde su primera enunciación en la Declaración de los De-

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, Manuel, *op. cit.,* p. 22.

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 Realit ät 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, Menéndez, Ignacio, *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.

9 Cfr. BVerfGE 5, pp. 134 y ss.

rechos Humanos y Civiles de 1789 y en otras manifestaciones recientes, como dejar 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 nacionalsocialista[10], de tal manera que el ciudadano reciba además una garantía para que pueda acceder a fuentes de información públicas con el fin de informarse[11].

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 tráfago 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 elementos protegido tradicionalmente mediante el derecho a la libertad de expresión[12].

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 extraerán de este análisis algunas consideraciones de *lege ferenda* que quizá podríamos llamar de política criminal.

II. 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 información[13], quedando a salvo,

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

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

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.

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 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 1949[15], la cual reaccionó frente a los esquemas y estructuras del nazismo y dio lugar a un amplio reconocimiento del derecho a la información[16].

El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[17] recogió esta reacción, y si se lee junto con 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).

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, 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 *hábeas 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 *hábeas data,* como parece ser la tendencia en las recientes constituciones de América del Sur. La Constitución Peruana de130 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 *hábeas 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, véase comentario de von Münch, Ingo, 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).

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 orientan 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 Novoa[18] 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 palabras 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 ejemplo, 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, que afectan 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

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.

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 público, sino también es una garantía de acceso a la información[19].

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 permiten 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 el 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.

Por eso 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 opinión[20]. Esto refleja, sin lugar a dudas, la vocación directamente democrática

19 Cfr. Sarazá Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen,* Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995, p. 167.

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

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, sino 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 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, así lo estimamos 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 personales[21].

III. 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 pensamiento[22]. La protección penal del honor de las personas se vincula a este contenido

21 Véase 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.

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

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 pensamiento[23]. 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 persona[24]. 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, toda vez que la escogencia podría afectar y limitar la libertad de expresión[25].

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 persona[26], aspecto que le acompaña desde el na-

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, véase con más detalles Jaén Vallejo, Manuel, *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.

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

cimiento[27]. 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 autodeterminación 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 difamación[29]. 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 comprendido 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 normas[30]. Cuando una persona tiene esta capacidad estaría, 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

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 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.

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 fama[32] o del sentimiento de honor de la persona, ya que ambos elementos acarrean muy problemáticas visiones o proyecciones del valor de una persona, que en ocasiones pueden ser justas y otras injustas[33], 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 ésta[34].

La pregunta abierta y palpitante de la discusión penal sigue siendo, todavía, la que plantea el porqué 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 persona[35]. 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

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 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 quien ofende a un funcionario público recibe una pena privativa de libertad. Al respecto, crf. 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.)

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 autodeterminación[36].

IV. 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 demás[37]. 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 despectivo[38].

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.

4.1. 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 decoro a una persona[39]. Los seguidores de una tesis psicológica

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

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 vs. 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/dacslbuendia/rmc/rmc48/libertad.htm.*

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, descrédito 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.

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 resultado[40]. 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 valía[41]. 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 afectadas[42].

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 hechos[43], 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 Gullco[44] 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

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 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., pp. 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. Véase al respecto Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.,* p. 187.

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

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, 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 cognitivo el conocimiento de que se ofende a una persona en su decoro y dignidad[45].

4.2. 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 cognitivos que han de ser conocidos a nivel del dolo[46]. Siendo así, y demostrada la verdad de los hechos, el hecho deviene atípico.

En general se considera que ésta 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

45 La Sala Tercera de Casación Penal de Costa Rica sostuvo en su fallo No. 18 de las 16:15 horas 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 con 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.

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.

4.3. 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 que es 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 literatura[47], 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.

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

5.1. La prueba de la verdad como causal de atipicidad

La prueba de la verdad ha sido admitida de manera diversa para 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 presenta limitaciones en relación con los hechos que pueden ser probados[48]. 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

47 *Ibídem,* p. 166.

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

* Nota del editor. Ver en este volumen: Bertoni, Eduardo Andrés, "'New York Times vs. Sullivan' o la malicia real de la doctrina".

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 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 querella, 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 querella por calumnia, en tal caso sería una causal de atipicidad[49].

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.

5.2. 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.

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

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 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 la medida en que 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 con los límites y fines antes expuestos. La 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 "insignificante" 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 y 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 ésta 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.

5.3. 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.

Partimos, como lo hacen otros autores de nuestro margen cultural, de que a 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, en la que 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 español[50].

Acerca de las causas de justificación y su distinción, éstos 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 también, como tesis común en la doctrina, 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, aun 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 las causas de justificación son "medidas por el mismo rasero", son tratadas en forma igual y se niega que hayan 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 sin-

50 Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito,* Barcelona, PPU, 1992.

razón 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 público[51].

51 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. 221 y ss.

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 Política[52].

5.4. 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 reproche[53]. 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.

VI. 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 por medio 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, mediante el derecho penal, resolver diversos problemas sociales que, en realidad, deben ser atendidos por medio de otros mecanismos, mucho menos vio-

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.

lentos, 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 de 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 querella, 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 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

54 Aprobados por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Documento A/Conf. 121122, Milán, 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985.

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, la que 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.

VII. 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, Alberto Bovino, Fabrizio Guariglia y Hernán Gullco, *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.

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.

Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor,* Editorial COLEX, Madrid, 1992.

Llobet, Javier y Juan Marcos Rivero, Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la Personalidad), Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.

Luhmann, Niklas, Die Re alitdt 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.

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.

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.

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, Boda 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 Strafgesetrbuch,* Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 4. Nuebearbeitete Auflage (Stand: 29. Lieferung (junio 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, intimidad y propia imagen,* Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995.

Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz; Neuwied; Kriftel; Berlin, Luchterhand, 8. Auflage, Luchterhand, 1995. (Citado como Schmidt-Bleibtreiu/ 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 (ed.), Grundgesetz-Kommentar, Frankfurt am Main, Athenaum Verlag, Tomo I (del Preámbulo hasta el Artículo 20), 1974.

II

Nueva agenda de la libertad de expresión

Nueva agenda y reconceptualización de la libertad de expresión en las Américas*

Gustavo Gómez Germano

Sumario

I. La libertad de expresión no es sólo la libertad de los medios de comunicación, ni sus dueños. **II.** Las censuras indirectas y el acceso a las infraestructuras como nuevo desafío. **III.** Los poderes fácticos no estatales y el Estado como garante de la libertad de expresión. **IV.** Bibliografía.

Mientras los problemas más graves que afronta la libertad de expresión en Latinoamérica siguen siendo los asesinatos, amenazas y agresiones contra periodistas y otros trabajadores de la prensa, nuevos asuntos comienzan a tener más fuerza en las agendas de las organizaciones internacionales de derechos humanos.

A su vez, cuando algunas organizaciones de defensa de la libertad de expresión siguen focalizando sus reportes en las tensiones entre el gobierno y los medios, otros actores aparecen con más importancia e impacto para restringir el derecho a la información de todos los ciudadanos, incluidos los medios y sus periodistas.

Estos nuevos asuntos y enfoques son menos novedosos de lo que parecen, pero han comenzado a expresarse más sistemática y profundamente en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, configurando nuevos desarrollos doctrinarios en materia de derecho a la información y libertad de expresión que son necesarios tomar en cuenta con mucha atención.

* Artículo publicado en "Desafíos y oportunidades para la promoción, defensa y ejercicio de la libertad de expresión en Argentina y América Latina. Hacia la definición de una agenda de trabajo" de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), 2007.

I. La libertad de expresión no es sólo la libertad de los medios de comunicación, ni sus dueños

"Libertad de prensa es libertad de empresa" se ha escuchado muchas veces. Y esta percepción se amplía, por extensión, a la libertad de expresión. El motivo es entendible: durante demasiado tiempo muchos de los dueños de los más grandes y oligopólicos medios de comunicación han utilizado estas banderas con el objeto de defender sus intereses corporativos.

Esta interpretación hegemónica en nuestra región ha alejado e incluso producido hasta un rechazo del concepto de libertad de expresión por importantes sectores sociales y académicos, quienes no sólo cuestionan su uso corporativo sino que lo relacionan con un enfoque unidireccional e individual de un derecho humano que debiera ser bidireccional y social[1]. Razones las hay, y de sobra.

Sin embargo, lo que pocas veces conocen estos sectores y estudiosos del tema es que en la reflexión de los organismos y ámbitos relacionados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha ido procesando una ampliación del propio concepto de "libertad de expresión" que dista mucho de tener una significación tan reducida.

Una de las consecuencias prácticas de esta nueva lectura o resignificación del concepto tradicionalmente aceptado de libertad de expresión es la mayor comprensión y explicitación respecto a que no se trata sólo de un derecho de quienes tienen medios (asociado históricamente a la libertad de prensa, que de eso se trataba, el derecho de fundar empresas periodísticas), sino también de un derecho de todos y todas, incluso exigible ante los propios medios.

Es cierto que nadie puede negar que la libertad de expresión es un derecho reconocido en todas las declaraciones y tratados internacionales a todas las personas, sin distingos, procedimientos o fronteras, pero si se analizan cuáles han sido los temas y acciones más importantes que han priorizado los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y muchas organizaciones sociales de defensa de la libertad de expresión, se percibe que el énfasis práctico se daba, con excepciones, a las violaciones contra los medios y sus periodistas.

Tal vez el ejemplo más claro de este reposicionamiento sea la visibilidad que tiene la situación de los medios comunitarios en la región. Hasta hace muy poco se trataba de un problema que no estaba en la agenda de libertad de expresión, sino más bien como un asunto de "delincuentes".

La regulación de las concesiones de frecuencias de radio y TV a personas o grupos sociales que aún no cuentan con medios propios no estaba presente en la agenda pública de derechos humanos. Ni de las nuevas organizaciones defensoras de la libertad de expresión, preocupadas por la situación de los y las periodistas, sea por juicios de difamación e injurias, agresiones o casos de censuras estatales, ni de las tradicionales organizaciones de derechos

1 Lo que explica la búsqueda de nuevos conceptos jurídicos más adecuados tales como el "derecho a la comunicación".

humanos surgidas para responder a las violaciones de esos derechos por parte de las dictaduras militares.

Desde hace algunos años, sí. Hay múltiples señales de ello en informes anuales de los Relatores de Libertad de Expresión y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y se recoge en opiniones consultivas de la Corte Interamericana y en Declaraciones de la Organización de Estados Americanos. Veamos de qué se trata.

Un buen ejemplo, reciente, puede encontrarse en el Informe Anual 2008 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH:

> …hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio.

Desde esta nueva perspectiva, la libertad de expresión y el derecho a la información se desprenden de esa mirada unidireccional y de carácter individual para ubicarse, también, en su dimensión social y extensiva a todas las personas. Y un derecho que proclama su vocación de recibir pero también de investigar, de buscar, y difundir, ya no sólo informaciones sino también opiniones, puntos de vista y sentidos, como piedra angular de democracias sólidas y diversas.

El origen de esta reconceptualización se puede rastrear bastante más atrás, más precisamente en la Opinión Consultiva N° 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, redactada en 1985[2]. Allí, por pedido del gobierno de Costa Rica, la Corte toma posición con relación a la consulta sobre la relación entre la colegiación obligatoria de periodistas y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en especial su artículo 13 sobre "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 Opinión Consultiva OC-5/85 sobre "La colegiación obligatoria de periodistas" (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana), 13 de noviembre de 1985.

> 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, 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 constituya 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.

Lo interesante es que la Corte, al proceder a interpretar el alcance de estas disposiciones, también aclara y amplía el concepto de libertad de expresión allí redactado, en relación con su interpretación tradicional.

Entre otros importantes aportes, es posible destacar dos: el doble significado del concepto de libertad de expresión y las dimensiones individuales y sociales que encierra, y la vinculación del derecho a expresarse con el acceso a los medios.

En el primer caso se reconoce que este concepto no incluye sólo la libertad de divulgar informaciones y opiniones, sino también el derecho a recibir una diversidad y pluralidad de informaciones y opiniones por parte de todas las personas.

> 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 recibirlas...
>
> ...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 que disponen otros como el derecho a difundir la propia...
>
> 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 informados 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 de derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública desde un solo punto de vista.

Por otro lado, plantea la vinculación del derecho a expresarse y el derecho del acceso a los medios presente en el artículo 13 de la Convención, en especial en su inciso c, ya citado.

> La libertad de prensa no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, 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 de que una restricción de las probabilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Como se observa en esta última cita, la "restricción de las probabilidades de divulgación" por cualquier procedimiento, dicho en otras palabras, impedir, limitar u obstaculizar el acceso a los medios que permita la divulgación de opiniones e informaciones de cualquier persona o grupo social, es tan violatorio de la libertad de expresión como la censura a un periodista o a un empresario que ya cuente con un medio para hacerlo.

Es más, al ser el derecho a la información un derecho de doble dimensión, incluso es posible deducir que los medios de comunicación tampoco tienen derechos absolutos sobre las demás personas, sino que éstos también tienen responsabilidades con relación a sus oyentes y televidentes.

En la Opinión Consultiva se incorpora, en ese sentido, la cuestión de la concentración de medios. Dice la Corte que por más que exista el derecho a difundir informaciones e ideas es inadmisible, en esta interpretación del alcance de estos derechos en la Convención Americana, aceptar la formación de monopolios, pues si bien éstos ejercen su derecho, a la vez

se está violando el derecho de todas las demás personas a acceder a una diversidad de puntos de vista[3].

Esta nueva doctrina que comienza a plantearse desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acompaña con algunos hitos interesantes e importantes a subrayar, desarrollados por otros organismos del Sistema Interamericano, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

En la "Declaración sobre Principios para la Libertad de Expresión", aprobada por la Asamblea General de la OEA en el año 2000, uno de sus puntos recoge claramente esta relación entre la libertad de expresión y el acceso a los medios, así como la mención a la concentración de medios de comunicación en una o pocas manos como contraria a estos derechos.

> Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos[4].

> …la indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, como así también el control del gobierno sobre los medios, constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, así como también otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las elites gobernantes[5].

3 En el mismo sentido se menciona en la OC-5/85 que: *"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 la pluralidad de medios y la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera fuera la forma que pretenda adoptar..."*.

4 Principio 12, Declaración sobre Principios para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Organización de Estados Americanos, OEA, en octubre de 2000.

5 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión - Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE), la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA), 12 de diciembre de 2007.

En el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH referido al año 2002 se incluye por primera vez un capítulo respecto a la relación entre la libertad de expresión y los medios comunitarios: *"El ejercicio de la libertad de expresión por medios de comunicación comunitarios"* [6]. Por primera vez, en un informe anual de la CIDH se coloca el tema del acceso a los medios de los que aún no acceden a las frecuencias de radio y TV. Esta situación afecta, aún hoy, a importantes sectores sociales urbanos, campesinos, indígenas y otros.

Empieza a incorporarse en términos prácticos esta nueva perspectiva de la libertad de expresión: el derecho de quienes están teniendo dificultades de acceder y no solamente de los que ya tienen medios para expresarse[7].

> Dada la importancia que pueden tener estos canales de ejercicio de la libertad de expresión comunitarios, resulta inadmisible el establecimiento de marcos legales discriminatorios que obstaculizan la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias…[8]

> La Relatoría entiende que los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos[9].

Una confirmación de este desarrollo puede verse claramente en el Informe Anual 2005 de la Relatoría para la Libertad de Expresión10, cuando analiza la relación de las manifestaciones públicas con la libertad de expresión, a partir de la cuestión de la protesta pacífica en las calles, volviendo a superar, en mucho, el concepto de libertad de expresión vinculado a los medios o periodistas.

A estas citas se pueden sumar varias más, en especial en informes anuales o de país por parte de las distintas Relatorías para la Libertad de Expresión durante los mandatos de los

6 Elaborado por el doctor Eduardo Bertoni, relator para la Libertad de Expresión.

7 Un fuerte impulso a esta perspectiva ha sido dado por el trabajo de AMARC (Asociación Mundial de Radios Comunitarias) que, desde una audiencia en octubre de 2002 solicitada en conjunto con ALER (Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica), viene planteando a la CIDH la afectación a la libertad de expresión que suponen las extendidas prácticas arbitrarias y discriminatorias con que los Estados de la región regulan el acceso a la radio y TV.

8 Párr. 43, "El ejercicio de la libertad de expresión por medios de comunicación comunitarios", Capítulo E del *Informe Anual 2002,* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), marzo 2003.

9 *Ibíd.,* párr. 44.

10 Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión, Capítulo V del Informe Anual 2005, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), febrero 2006.

doctores Santiago Cantón, Eduardo Bertoni e Ignacio Álvarez[11], y en resoluciones y comunicados de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos[12].

II. Las censuras indirectas y el acceso a las infraestructuras como nuevo desafío

La libertad de expresión ya no se viola únicamente con métodos directos, brutales, sangrientos. Comienzan a tener mucha incidencia los mecanismos llamados de "censura indirecta o sutil", utilizados por muchos gobiernos nacionales o locales para acallar voces críticas o, directamente, impedir el surgimiento de nuevas voces. Si bien no se trata de nuevas violaciones, comienzan a tener un impacto creciente y ser incorporadas en sus agendas por cada vez mayor cantidad de organizaciones defensoras de la libertad de expresión.

El uso y abuso de la asignación de publicidad oficial es uno de los temas que ha ido ganando espacio en la agenda interamericana. Pero no porque sea un fenómeno nuevo, sino porque ha aumentado su uso por ser de menor visibilidad y, por tanto, ocasiona menos costos políticos para quienes lo utilizan, pero también porque ahora tiene mayor atención de las organizaciones de defensa de la libertad de expresión.

Dentro de estos "nuevos temas", ha comenzado a ganar fuerza la idea de que existen mecanismos indirectos de censura cuando los marcos regulatorios o prácticas administrativas estatales generan obstáculos y condicionamientos en el acceso a las infraestructuras o soportes tecnológicos sobre los cuales las personas y grupos sociales ejercen la libertad de expresión de manera masiva, en consonancia con lo planteado antes.

El asunto que ha ido despertando más atención pública es el referido a la situación de desconocimiento y persecución contra los medios comunitarios. Esto es, emisoras de radio o televisión sin fines de lucro, no gubernamentales, gestionadas por organizaciones sociales, comunitarias, campesinas, indígenas, sean urbanas o rurales, que tienen como finalidad principal ser vehículos para el ejercicio del derecho a la información y la libertad de expresión de estas comunidades o grupos de interés.

En tal sentido, a partir de una audiencia ante la CIDH en 2002, la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) ha venido sosteniendo que gran parte de la normativa sobre radiodifusión en el continente americano controvierte los postulados de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión ya mencionadas.

11 En 2001, en sendos informes sobre Paraguay y Guatemala, el entonces Relator para la Libertad de Expresión y actual Secretario Ejecutivo de la CIDH, el doctor Santiago Cantón, ya mencionaba la necesidad de asignar las frecuencias radioeléctricas otorgando igualdad de oportunidades a todas las personas y sectores sociales. En 2006 en sus recomendaciones a Uruguay, y con posteridad en varias actuaciones, el doctor Ignacio Álvarez también incorporó esta perspectiva en su trabajo como Relator.

12 Como el referido al caso RCTV con el gobierno de Venezuela.

> Encontramos a lo largo de la legislación continental regulaciones u obstrucciones de la más variada naturaleza. Las más reconocibles son las vinculadas a la exigencia de ser sociedad comercial para prestar la actividad radiodifusora, pero existen otras orientadas a limitar la naturaleza de los contenidos, la obtención de recursos genuinos por vía del reconocimiento a la propiedad intelectual y la creación artística, la imposición de umbrales técnicos o económicos inaccesibles o, directamente, la subasta de frecuencias que sólo reconoce derechos de acceso a los medios de comunicación por radiodifusión a quienes son económicamente poderosos[13].

Por lo cual se solicitó que, vía la Relatoría de Libertad de Expresión, *"se realice un Informe de Compatibilidad de las leyes y normas sobre radiodifusión de los países del sistema Interamericano, que sirva como marco a los Estados de la región, así como hoy existe ese marco respecto a las leyes sobre desacato y penalización de la expresión"* [14].

En 2007, AMARC y la organización no gubernamental internacional se presentaron conjuntamente ante la Comisión Interamericana para plantear la necesidad de que este organismo considere el impacto que la regulación de las concesiones de medios sobre la libertad de expresión.

En el informe presentado por la asociación de medios comunitarios, se hace un análisis de las violaciones en el continente, identificando *"prácticas discrecionales y discriminatorias en la adjudicación de frecuencias (como en México), el uso de mecanismos antidemocráticos como la subasta económica (como en Guatemala y otros países de Centroamérica), la falta de límites efectivos a la concentración de medios (en todos los países) y, en general, el establecimiento de barreras al acceso equitativo de las comunidades indígenas, organizaciones sociales y otros medios no comerciales a la radio y la TV, son comunes en el continente americano"* [15].

El documento presentando ante la CIDH afirma que:

> Los abusos en la administración de las concesiones de radiodifusión tienen como consecuencia el silenciamiento de voces disidentes y diversas, en desmedro de la pluralidad de informaciones y opiniones necesarias para la existencia de nuestras democracias.

13 Audiencia ante la CIDH del 18 de octubre de 2002, Asociación Mundial de Radiodifusoras Comunitarias (AMARC), Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER), con la asistencia del Center For Justice And International Law (CEJIL).

14 *Ídem.*

15 Audiencia de Art. 19 y AMARC-ALC ante la CIDH sobre regulación en radiodifusión, 18 de julio de 2007. El petitorio de ambas organizaciones incluyó: *"a) Undertake a study elaborating on the implications of Article 13 in relation to broadcast regulation and the compatibility of the law and practice in the Americas with their obligations under Article 13. b) Provide authoritative standard-setting guidance to States on how to ensure respect for Article 13 in relation to broadcast regulation, c) Request the Special Rapporteur on Freedom of Expression to highlight the issue of broadcast regulation in his 2007 Annual Report to the Commission".*

> Centenares de emisoras comunitarias han sido testigos de esta situación, así como muchas otras emisoras de carácter público y no comercial e incluso medios comerciales locales y regionales que han sido excluidos por marcos regulatorios discriminatorios y prácticas abusivas que benefician a unos pocos empresarios y grupos económicos.
>
> Estas violaciones a la libertad de expresión e información se producen por la forma como los Estados abusan de su legítima potestad de administrar el espectro radioeléctrico[16].

El caso de RCTV en Venezuela fue un hecho que reforzó esta mirada sobre el tema. A diferencia de los sectores comunitarios, aquí el afectado fue un poderoso grupo y en el marco de un contexto político que de por sí tenía la atención de la comunidad de organizaciones defensoras de la libertad de expresión y, seguramente por ello, despertó mayor atención sobre el tema.

En cualquier caso, tanto la situación del acceso de los medios comunitarios como el tema de la renovación o revocación de las concesiones, han puesto la atención de los organismos internaciones de derechos humanos sobre cómo los Estados otorgan las frecuencias de radio y televisión, y cómo utilizando una potestad legítima y legal se puede llegar a casos de violación de la libertad de expresión.

En este sentido se expresó la Comisión Interamericana:

> La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos. Tal potestad, sin embargo, debe ser ejercida tomando en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, que incluyen garantizar el derecho a expresar ideas y pensamientos de toda índole por una diversidad de medios de comunicación sin que se adopten restricciones directas o indirectas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tal como lo establece el artículo 13 de la Convención Americana. Por las razones anteriores, la CIDH considera que en los concursos o en la adjudicación directa de licencias de uso del espectro radioeléctrico los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación[17].

16 *Ídem.*

17 Comunicado de Prensa núm. 29/07, "Preocupa a la CIDH la libertad de expresión en Venezuela", 25 de mayo de 2007.

Sólo un mes antes, AMARC difundía su posición pública sobre el caso RCTV y afirmaba que el Estado venezolano, como administrador del espectro radioeléctrico en su territorio, *"tiene la potestad de conceder frecuencias radioeléctricas para el uso de radio y TV, así como evaluar la renovación o no de esas licencias. La decisión actual respecto a RCTV se encuentra dentro de las atribuciones que los Estados tienen y ejercen de acuerdo a su normativa interna".*

> Sin embargo hay dos importantes razones que establecen el carácter y los límites de esta potestad. Estos son, que los Estados son sólo administradores del espectro radioeléctrico y no sus dueños, ya que las frecuencias son consideradas como un recurso natural patrimonio de la humanidad y que la radiodifusión es un soporte para ejercer un derecho fundamental como es la libertad de expresión.
>
> Por estas razones, los Estados no pueden administrar el uso de las frecuencias de manera discrecional ni arbitraria. Los máximos estándares interamericanos de derechos humanos establecen que el otorgamiento de frecuencias de radio y TV debe garantizar igualdad de oportunidades a todas las personas y sectores sociales y que los requisitos, procedimientos y criterios de evaluación deben ser transparentes, claros y estar establecidos previamente, promoviendo un acceso equitativo a este recurso. Estos principios son válidos tanto para la concesión como para la renovación del uso de las frecuencias radioeléctricas[18].

A diferencia de otros mecanismos indirectos, en el caso de los medios comunitarios se los discrimina antes de saber qué opinarán, si a favor o en contra del gobierno. Se podría decir que, más que una censura indirecta, se trata de un silenciamiento directo a las posibilidades de expresión. Menos brutal y sangriento, pero tan efectivo como matar a todos los periodistas y comunicadores de una comunidad.

La relación entre la libertad de expresión y el acceso a las infraestructuras (esto es, cualquier soporte tecnológico que permita el ejercicio de ese derecho) tiene vinculación con temas muy actuales como la llegada de la radio y la televisión digital y el papel de las telecomunicaciones en general.

Por ejemplo: ¿qué impacto tiene la definición del estándar técnico de la televisión digital en la libertad de expresión? Hasta ahora, para muchos de nosotros es un tema propio de los ingenieros en telecomunicaciones. Son temas que están como en otro "mundo", a cargo de gente con la cual no tenemos puentes de contacto los que trabajamos en defensa de la libertad de expresión y el derecho a la información. Sin embargo, cada vez están más relacionados entre sí.

Estos temas de la digitalización de la radio y la TV, el uso del espectro radioeléctrico en general, el ya famoso *triple play* y otros desarrollos de la tecnología y sus nuevos usos, necesariamente deben ser incorporados a la reflexión de quienes desde el activismo o la acade-

18 "Carta Abierta de AMARC sobre el caso RCTV en Venezuela", 14 de abril de 2007.

mia y trabajan sobre derecho a la información y libertad de expresión. Las limitaciones o el efectivo ejercicio de estos derechos fundamentales van a estar muy relacionados con quiénes y cómo tengan el dominio de esas infraestructuras tecnológicas y con cuál es el enfoque con el que se regularán[19].

En el Informe Anual 2008 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión se recoge, bajo el título de "Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión", todo lo anterior:

> La asignación discrecional de frecuencias de radio y televisión o del nuevo dividendo digital o la entrega de subsidios para la comunicación, el arte o la cultura, presenta los mismos problemas advertidos para la asignación de la publicidad oficial. En la mayoría de los casos no hay leyes, que de manera clara y precisa y en atención a criterios razonables y adecuados, definan de forma transparente las reglas de juego para tales asignaciones…
>
> A diferencia de lo que ocurría hace algunos años, este tema ya ha sido identificado como una forma de censura indirecta prohibida por el artículo 13.3 de la Convención Americana (…) Sin embargo, es fundamental continuar en la tarea de visibilizar este problema y trabajar con la sociedad civil y con los gobiernos para impulsar la creación de regulaciones claras, transparentes, no discriminatorias, y equitativas de asignación de recursos o bienes públicos de los cuales depende, en la actualidad, una parte muy importante del proceso comunicativo.

III. Los poderes fácticos no estatales y el Estado como garante de la libertad de expresión

Otro cambio importante en la agenda latinoamericana de libertad de expresión es que poco a poco comienza a tomar fuerza la noción de que los "malos de la película" no son solamente los Estados o sus gobiernos. Esto dio lugar, por ejemplo, a una campaña que varias organizaciones latinoamericanas han desarrollado contra los denominados "poderes paralelos"[20].

19 Y con un agregado: empiezan a ser temas que ya no son regulados por los Estados nacionales, sino por acuerdos internacionales supranacionales como los Tratados Bilaterales de Libre Comercio o en el marco de la Organización Mundial del Comercio.

20 Campaña regional en el marco de la Red IFEX integrada, entre otras, por: Fundación para la Libertad de Prensa-FLIP (Colombia), Instituto Prensa y Sociedad- IPYS (Perú), Probidad (El Salvador), Centro Nacional de Comunicación Social-CENCOS (México) y Centro de Reportes Informativos sobre Guatemala-CERIGUA (Guatemala), Centro de Periodismo y Ética Pública-CEPET (México) y organizaciones regionales e internacionales como Comité por la Protección de los Periodistas-CPJ, ARTICLE 19 y AMARC-ALC.

Esta campaña ha llamado la atención sobre cómo ciertos poderes fácticos privados, por fuera de los Estados, impactan sobre la libertad de información y expresión. Entre ellos se han señalado los grupos de narcotraficantes, contrabandistas y otras mafias organizadas, las guerrillas y los paramilitares, entre otros.

Hay otros factores de poder que afectan y atentan contra la libertad de expresión y que no son los gobiernos. A veces los gobiernos son débiles frente a ellos, superados, presionados o víctimas de esos poderes. Otras veces son cómplices y existen relaciones entre ambos, como en el caso de los paramilitares, por citar un solo ejemplo.

Comienza así a aparecer una parte olvidada del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando menciona que no solamente son los abusos estatales los que deben prevenirse y detenerse, sino también los privados: *"No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares..."*.

Para treinta y dos miembros del Intercambio Internacional por la Libertad de Expresión (IFEX)[21], América Latina se ha convertido en un lugar altamente peligroso para el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión debido al crecimiento de poderes que actúan fuera de la legalidad, definidos como "poderes paralelos".

> El crimen organizado, el narcotráfico, las maras, grupos armados, paramilitares, caciques o líderes regionales vinculados con los intereses de grupos económicos, políticos y otros, son una realidad en todo el continente y sus efectos ahí están: amenazas, atentados, desapariciones, asesinatos y la autocensura como mecanismo de autoprotección de los periodistas; cierre de medios de comunicación y un silencioso desplazamiento de periodistas en agravio permanente para la sociedad al violentar sus garantías y derechos a la libertad de expresión, información y comunicación.

La asignación de publicidad oficial ha sido mencionada antes como un factor para restringir la libertad de expresión, en la medida que muchos Estados la utilizan como castigo o como premio para quienes los critican o quienes los apoyan, respectivamente. Quitar o disminuir el aporte de estos fondos públicos por la línea editorial de un medio puede ocasionar su asfixia económica y por tanto, aunque no se le impide opinar lo que quiera, se considera que se trata de una forma de censura "indirecta".

Sin embargo, aún no hemos dado suficiente atención a la incidencia de la publicidad privada en el mismo sentido y, con esto, la incidencia de actores no estatales que son mucho más importantes para la sobrevivencia de muchos medios que el propio Estado.

Si uno analiza los resultados de encuestas realizadas a periodistas en forma anónima, puede verse con claridad la incidencia de actores privados no estatales como limitante para la libertad de expresión.

21 Integrado por casi 90 organizaciones de defensa y promoción de la libertad de expresión, Internet: *www.ifex.org*.

Para los periodistas de Colombia y Uruguay uno de los problemas más graves para la profesión es la presión por parte de los anunciantes privados sobre los dueños de los medios, y de éstos sobre los periodistas. Recientemente, una encuesta a 120 periodistas de Ecuador mostró que para el 49% el problema principal en materia de censura eran los propios dueños de los medios. El segundo problema en importancia eran las presiones de los grupos de poder privados (33%) y el tercero los anunciantes (21%). Recién aparece el gobierno en el cuarto lugar con el 19%[22].

Efectivamente, muchas veces son los propios dueños de los medios quienes limitan la libertad de expresión, tanto de sus periodistas como la de las personas que usan o consumen esos medios, en el entendido, como hemos mostrado con anterioridad, que la libertad de expresión es de quien emite pero también de quien recibe.

Por ejemplo, las asociaciones de periodistas como la Federación Internacional de Periodistas (FIP) han venido denunciando la precarización y demás condiciones laborales y salariales de los trabajadores de la prensa como factores no estatales de limitación de la libertad de información y expresión.

Otro tanto puede decirse de la concentración de medios. En una reunión donde se conmemoró el Día Mundial de la Libertad de Prensa, el 4 de mayo de 2009, el secretario general de la OEA, José Miguel Insulza, afirmó que *"el Estado no es la única fuente de restricciones a la libertad de expresión pues también lo es, y de manera muy determinante, la concentración de la propiedad de los medios. Cuando se arriba a una circunstancia de ese tipo frecuentemente las personas no reciben todas las perspectivas de los asuntos que les conciernen, lo que por cierto no contribuye a la efectiva vigencia de la libertad de expresión y de la democracia, que implica siempre pluralismo y diversidad"* [23].

Estas afirmaciones del máximo referente de los Estados Americanos las hizo nada menos que ante la directiva de la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR), representante de grupos mediáticos poderosos y concentrados como Televisa y TV Azteca de México, el Grupo Globo de Brasil o el Grupo Clarín de Argentina.

La concentración de medios no sólo es antidemocrática porque supone una limitación a la pluralidad de opiniones e informaciones porque los contenidos de estos medios son homogéneos y no diversos, sino que también supone que esos actores, devenidos en oligopólicos y monopólicos, también utilizan su poder para obstaculizar o impedir el acceso de nuevos operadores que supongan una competencia a su estatus.

En la experiencia latinoamericana, es generalizado el trabajo de cabildeo de estos poderes fácticos para impedir el acceso a los medios de otros empresarios o sectores sociales, actuando sobre los gobiernos (a veces cómplices, a veces sometidos a su poder) para desa-

22 "De cómo viven y piensan la libertad de expresión y de prensa los periodistas ecuatorianos", Laboratorio de Medios de la Universidad de las Américas, Quito, Ecuador, octubre de 2008.

23 Discurso del secretario general de la OEA, José Miguel Insulza, "La Libertad de Expresión en las Américas", AIR, Washington, 4 de mayo de 2009. Véase comunicado de prensa en *http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-157/09.*

rrollar marcos regulatorios o prácticas administrativas discriminatorias. No es posible entender las restricciones en la regulación actual en materia de concesiones de frecuencias de radio y TV que mucho hoy se critica, sin tomar en cuenta este factor.

Una parte del título de este apartado puede haber asustado a más de uno. ¿Qué es eso del Estado como garante de la libertad de expresión? La afirmación no es más que la constatación de una necesidad, junto con dar cuenta de la comprensión que se tiene de este asunto en los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Relegar la capacidad de regulación democrática del Estado es quedar a merced de las fuerzas del mercado y sus actores principales. Esto es muy peligroso si se tienen en cuenta las tendencias dominantes a nivel regional y mundial como son la concentración, la extranjerización, la centralización y homogeneización de contenidos, que no han cambiado porque haya más medios de información como Internet.

Al contrario: todo parece indicar que la convergencia tecnológica es un proceso que está impulsando una mayor concentración, no sólo de propiedad sino de contenidos, de sentidos, de informaciones. No por ser más medios y disponer de una mayor cantidad de información estamos ante un fenómeno democratizador.

> Impulsados por las ventajas que otorgan las economías de escala para la disminución de costos de producción y distribución, la posibilidad de subsidios cruzados y la ampliación del margen de ganancias, el control y la concentración de la propiedad de medios ha crecido fuertemente en las últimas décadas. Este proceso se ha producido tanto a escala internacional como nacional, en países ricos y en países pobres.
>
> Un análisis de la concentración no se puede agotar en la cantidad de medios en poder de determinado grupo sino también en su capacidad de producir y hegemonizar la distribución de contenidos a través de otros medios, dependientes o subordinados a él. Coexiste, por tanto, una acumulación de propiedad con un proceso de centralización y homogeneización de contenidos-informaciones, sentidos, opiniones y valores[24].

Un buen ejemplo de este cambio de perspectiva sobre el papel que le cabe a los Estados para garantizar la libertad de expresión son las palabras de José Miguel Insulza en el discurso antes mencionado. Citando a la Corte y la Comisión Interamericana, el Secretario General de la OEA afirmó que *"los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación atentan gravemente contra el derecho a la libertad de expresión"* y que, por tanto, es *"obligación de los Estados"* tomar medidas activas para evitarlo. De acuerdo con su opinión,

24 Gómez, Gustavo, "Amenazas y oportunidades para la diversidad cultural: La CMSI entre la OMC y UNESCO", Instituto del Tercer Mundo (ITeM), julio 2005.

los Estados deben *"sujetar la propiedad y el control de los medios a leyes generales antimonopólicas para evitar la concentración de hecho o de derecho que restrinja la pluralidad y diversidad que asegure el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos".*

Compartimos que, si no es posible establecer políticas públicas proactivas para recomponer esos desequilibrios tan fuertes y lograr una mayor equidad, no se puede garantizar una plena libertad de expresión para todas las personas.

En definitiva, se trata de democratizar el acceso a los medios, consigna que ha surgido de los movimientos sociales, populares y progresistas del continente y que comienza a tender un puente con quienes han centrado sus prácticas y discursos desde la defensa de la libertad de expresión. Así, el mismo concepto de "libertad de expresión" comienza a acercarse al concepto de "derecho a la comunicación", o como uno de los más importantes componentes de los "derechos a la comunicación", según distintas acepciones del término.

A los que trabajamos día a día por la defensa irrestricta de la libertad de expresión, este asunto del papel de los Estados no es fácil de digerir. Se nos plantea una duda muy fuerte porque demasiadas veces los Estados y, en especial los gobiernos, limitan y atentan contra estos derechos.

Habría que sumar a ello la pérdida de capacidad de los Estados nacionales de regular, en especial sus debilidades para hacerlo democráticamente, sea por sus propias carencias o, como ya fue planteado, por la existencia de poderes fácticos que condicionan o limitan ese papel.

Sin embargo, y en este repaso de la nueva conceptualización de la libertad de expresión y los debates en torno a ella, es notorio el desarrollo de una nueva doctrina interamericana en la que el Estado no debe solamente abstenerse de actuar sino que tiene "obligaciones de prestación" y, por tanto, debe no sólo reconocer la existencia de derechos sino construir entornos favorables que garanticen su ejercicio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que: *"el deber general del artículo 2* [25] *de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"* [26].

Al respecto, la Relatoría para la Libertad de Expresión afirma:

25 Artículo 2, Convención Americana de Derechos Humanos: *"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".*

26 Cfr. *Caso Ximenes Lopes, supra* nota 2, párr. 83; *Caso Gómez Palomino,* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 91; *Caso de la "Masacre de Mapiripán",* Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 109; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 78, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile,* Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

> Para lograr avances en la materia es necesaria una mayor voluntad política por parte de los Estados miembros de la OEA a fin de impulsar reformas en sus legislaciones e implementar políticas que garanticen a las sociedades un amplio ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión. Las expresiones de buena voluntad de los Estados son positivas, pero además deben emprenderse acciones efectivas. El derecho a la libertad de expresión es indispensable en un sistema democrático, y a la vez su ejercicio profundiza y enriquece a la democracia. La Relatoría Especial urge a los Estados a maximizar sus esfuerzos a fin de profundizar el respeto a este derecho fundamental y garantizar su ejercicio pleno[27].

En el mismo sentido, la Convención sobre Diversidad Cultural de la UNESCO con vigencia en todos los países americanos desde marzo de 2007 estableció que los Estados tienen la obligación y el derecho de *"adoptar medidas para promover la diversidad de los medios de comunicación social"* [28].

Lo mismo han dicho los Relatores de Libertad de Expresión de Naciones Unidas, Europa, las Américas y África, cuando en el 2001 afirmaban en una declaración conjunta el deber de los Estados en promover y no sólo reconocer la diversidad en la radio y la TV: *"La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión"* [29].

Unos años después, un nueva declaración de estas Relatorías mantuvo y amplió el concepto: *"la diversidad en los medios*[30] *es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión"* [31].

---

27 Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2006. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4. Rev.1, 3 de marzo de 2007, párrs. 60 y 61, p. 23.

28 "Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales", aprobada en Conferencia Internacional de UNESCO en octubre 2005 y vigente desde marzo de 2007 al completarse las ratificaciones necesarias.

29 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión - Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA), 19 y 20 de noviembre de 2001.

30 Dentro del concepto de diversidad, afirman, debe incluirse *"la diversidad del outlet (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), como así también diversidad de contenido (mediaoutput)".*

31 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión - Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE), la Relatora Especial de

Por la situación descrita anteriormente y las necesidades de una mayor democratización de los medios de comunicación para un ejercicio pleno de la libertad de expresión, es necesario un Estado activo, con políticas públicas que promuevan y garanticen estos derechos y libertades fundamentales.

Y entonces se plantea la contradicción: ¿Estos Estados, con estos gobernantes? Es imprescindible un Estado que actúe efectivamente para garantizar la diversidad y el pluralismo. Pero no cualquier Estado. Un Estado democrático, participativo, ni autoritario ni manipulador, ni tan siquiera paternalista, pero sin dudas un Estado que no esté ausente.

IV. Bibliografía

Asociación Mundial de Radiodifusoras Comunitarias (AMARC), Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER), con la asistencia del Center For Justice And International Law (CEJIL), Audiencia ante la CIDH del 18 de octubre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "El ejercicio de la libertad de expresión por medios de comunicación comunitarios", Capítulo E del *Informe Anual 2002,* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, marzo 2003.

———, Declaración sobre Principios para la Libertad de Expresión, aprobado por la Organización de Estados Americanos, OEA, en octubre de 2000.

———, *Informe Anual 2005,* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo V, febrero 2006.

———, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2006,* OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4. Rev.1, 3 de marzo de 2007.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 sobre "La colegiación obligatoria de periodistas" (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana), 13 de noviembre de 1985.

Gómez, Gustavo, "Amenazas y oportunidades para la diversidad cultural: La CMSI entre la OMC y UNESCO", Instituto del Tercer Mundo (ITeM), julio 2005.

OEA, Discurso del Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, "La Libertad de Expresión en las Américas", AIR, Washington, 4 de mayo de 2009, Internet: *http://www.oas.org/OASpage/press_releases/press_release.asp?sCodigo=C-157/09.*

Universidad de las Américas, Laboratorio de Medios, "De cómo viven y piensan la libertad de expresión y de prensa los periodistas ecuatorianos", Quito, Ecuador, octubre de 2008.

la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA), 12 de diciembre de 2007.

Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad

Roberto Saba[1]

Sumario

I. Diversidad de voces y democracia. **II.** Censura indirecta y "nuevas" modalidades de amenaza a la diversidad de voces. **III.** El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta. **IV.** Publicidad oficial: una breve descripción del caso argentino. **V.** La Corte Suprema argentina y el caso *Río Negro*. **VI.** La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad y asegurar la diversidad. **VII.** "No pago para que me peguen". **VIII.** Bibliografía.

I. Diversidad de voces y democracia

El 12 de diciembre de 2007 los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE) sobre Libertad de Medios, convocados acerca del Artículo 19, emitieron en Ámsterdam un comunicado conjunto en el que proclamaron la necesidad de promover la diversidad en materia de radiodifusión[2]. En este documento, los funcionarios enfatizaron que "la diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías

1 Agradezco a Martha Farmelo, Eleonora Rabinovich y Ramiro Álvarez Ugarte, mis colegas del Equipo de Libertad de Expresión de la ADC, con quienes hemos desarrollado muchas de las ideas e información volcadas en este *paper*. Por supuesto, la responsabilidad de que este trabajo no sea mejor, es absolutamente mía. Este trabajo fue realizado por el Interamerican Dialogue (Washington DC) para el seminario sobre Libertad de Expresión llevado a cabo en enero de 2008 en la ciudad de Washington.

2 Artículo publicado en Internet: *http://sites.google.com/site/robertopablosaba/*

internacionales del derecho a la libertad de expresión". Asimismo, este acuerdo también resalta "la importancia de la diversidad para la democracia, la cohesión social y la amplia participación en los procesos de toma de decisiones". El documento señala que "la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del outlet (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), así como diversidad de contenido (*media output*) Finalmente, afirma que "la indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, y el control del gobierno sobre los medios, constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, y otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las elites gobernantes".

Estas afirmaciones, con la legitimidad que adquieren al ser pronunciadas, de común acuerdo, por cuatro funcionarios cuyos mandatos especiales se centran en la protección de la libertad de expresión de las regiones del mundo y los estados representados en sus organizaciones, se alinean con la idea de que la libertad de expresión, además de ser un derecho individual, es una de las precondiciones fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático. La democracia constitucional se apoya sobre la fuerte idea de autogobierno ciudadano que reconoce en el pueblo el derecho colectivo a decidir libremente su destino, para lo cual debe tomar decisiones fundamentales. Con el fin de escoger las mejores opciones disponibles, el pueblo debe poder acceder a la mayor cantidad posible de información. La protección de la libertad de expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, blindar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad y diversidad de expresiones posibles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse[3]. Esta relación entre libertad de expresión, derecho a la información, diversidad y democracia, se encuentra explícitamente reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, al sostener que el derecho a la libertad de expresión "comprende" el derecho a la información[4]. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta relación cuando sostuvo en su Opinión Consultiva OC-5 que el derecho a la libertad de expresión es un derecho que contiene una "dimensión social". De este modo la Corte afirma que:

3 Sobre un desarrollo esta teoría de la libertad de expresión como precondición de la democracia y las implicancias regulatorias y en materia de asignación de recursos públicos, véase Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech,* Harvard University Press, Cambridge, 1996 (existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión,* Gedisa, 1999).

4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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.

> 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 pone 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[5].

En resumen, la censura, en cualquiera de sus formas es, además de un modo de violar el derecho a la libertad de expresión del que se manifiesta, un ataque al derecho a la información de aquellos que no podremos conocer esa expresión, un modo de socavar la diversidad informativa y, por este motivo, una amenaza al buen funcionamiento de la democracia

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, Considerando 30. Véase también los considerandos 32 a 34:

> 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 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.

y al ejercicio de los más básicos derechos políticos, también reconocidos en la Convención Americana[6].

II. Censura indirecta y "nuevas" modalidades de amenaza a la diversidad de voces

Afortunadamente, el trabajo que en las Américas se ha realizado en pos de la protección frente al estado de la libertad de expresión de todas las personas y, en particular, de los periodistas, ha dado sus frutos. Si bien la situación dista de ser ideal, en muchos países han decrecido sustancialmente las amenazas directas y la censura a aquellos que ejercen su libertad de expresarse. Sin embargo, nuevas amenazas originadas desde los gobiernos, más sutiles, indirectas, pero altamente eficaces se han perfeccionado y desarrollado en la región.

El Estado permanentemente toma decisiones y realiza acciones que impactan positiva o negativamente sobre la libertad de expresión. La aspiración de un Estado neutro, ausente y, supuestamente por ello, respetuoso de la libertad de expresión, se funda en la mítica idea de que todos podrían ejercer su derecho a expresarse si no mediaran obstáculos originados desde el Estado. Esta visión de la libertad de expresión como libertad negativa, en términos de Isaiah Berlin[7], ya no resulta conceptualmente aceptable. Ningún derecho, ni siquiera los civiles y políticos, puede ejercerse sin algún tipo de acción estatal[8]. La noción de la libertad de expresión como precondición de la democracia y de la posibilidad de expandir la diversidad de voces, requiere de acciones estatales que aseguren esa diversidad o, al menos, que no la impidan. El Estado tiene dos roles por medio de los cuales puede potenciar o debilitar la diversidad de voces y, por tanto, afectar negativamente el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información. Me refiero, por un lado, a su función regulatoria, y, por otro, a su facultad de asignar recursos. La primera función es la que, por ejemplo, el Estado desarrolla cuando establece condiciones para la compra de medios de comunicación, o cuando legisla acerca del modo en que el derecho a la libertad de expresión puede ser ejercido, estableciendo límites con miras a proteger a los menores de edad o la privacidad de las

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 23. Derechos Políticos:
1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

7 Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Alianza, Universidad, Madrid, 1988, pp. 187-243.

8 Abramovich, Víctor y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en Abregú, Martin y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* CELS, Editorial del Puerto, 1998.

personas. El segundo caso, el de la facultad de asignar y distribuir recursos, es sobre el que deseo llamar la atención en este trabajo.

El Estado maneja una considerable cantidad de recursos económicos o recursos equivalentes o equiparables a recursos económicos destinados a favorecer o a impedir la expresión de voces. El Estado administra y decide sobre la distribución, por ejemplo, de fondos para investigaciones científicas, de las paredes de sus museos públicos para la exhibición de obras de arte, de becas de estudio sobre las más variadas temáticas, de subsidios para la realización de obras cinematográficas y de distintos tipos de publicaciones, de licencias de radio y televisión, etc. Todos estos recursos son limitados y el Estado debe tomar decisiones difíciles acerca del modo en que serán distribuidos, a quién concedérselos y a quién negárselos. Para llevar a cabo esa distribución, el Estado debe recurrir a algún criterio que debe ser respetuoso de las normas establecidas en la constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el Estado no puede distribuir esos recursos sobre la base de prejuicios, persecuciones o enemistad política o de otro tipo. El Estado debe poder justificar constitucionalmente sus decisiones respecto de la distribución de esos recursos. Los principios en los que se fundan la declaración conjunta de los Relatores Especiales referida anteriormente, la propia Convención Americana de Derechos Humanos, y la Opinión Consultiva OC-5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen la justificación necesaria y legítima para guiar esas decisiones difíciles. Según esos principios, dado que la libertad de expresión es una precondición del buen funcionamiento del sistema democrático, necesitado de la mayor cantidad posible de diversidad de información e ideas, el Estado debe distribuir aquellos recursos escasos de modo tal que expanda esa diversidad de voces o, al menos, no la debilite. Nadie tiene un derecho sin límites a acceder a esos recursos —que además son limitados— pero todos tienen derecho a que ellos no les sean vedados como consecuencia del contenido de la expresión que desean realizar o que han emitido. Desde esta perspectiva, privar a una persona del acceso a uno de estos recursos como consecuencia del contenido de la expresión, por ejemplo, por ser crítica del gobierno, atenta contra la libertad de expresión de tres maneras: en primer lugar, viola el derecho a expresarse del que se manifiesta, dado que no accede a esos recursos sobre la base de un criterio injustificado y como consecuencia de haber sido discriminado por el contenido de sus ideas; en segundo lugar, la medida que deniega el acceso a esos recursos sobre la base del contenido de la expresión (por ejemplo, una expresión crítica del gobierno) produce un efecto silenciador (*chilling o silencing effect* [9]) sobre todas aquellas personas que teniendo una opinión similar no quieren exponerse a medidas persecutorias por parte del Estado y por ese motivo optan por la autocensura y el silenciamiento de sus ideas; y, en tercer lugar, afecta negativamente el derecho a la información del resto de las personas que se verán privadas de conocer la más amplia diversidad de ideas, datos y perspectivas por el silencio de aquellos que no han podido acceder a los recursos necesarios o que han callado para no perderlos.

9 Fiss, Owen, *op. cit.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere expresamente en su artículo 13.3 a estas situaciones en las que los Estados pueden verse tentados de utilizar su poder regulatorio o su facultad de asignar y distribuir recursos como un mecanismo sutil de silenciamiento:

> 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.

La identificación de esta modalidad de censura por "vías o medios indirectos" se produce, entonces, según la Convención, cuando las facultades regulatorias del estado, o aquellas asociadas a la distribución de recursos limitados, se ejercen de modo tal que "restringen" la libertad de expresión "indirectamente", como opuesto a los tradicionales medios directos de censura (la prohibición de un autor, el cierre de un diario, el secuestro de libros de los comercios, etc.). El recurso por parte del Estado a cualquier "medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones" es, para la Convención, un modo de violar el derecho a la libertad de expresión de aquellos que no pueden expresarse (porque no acceden a esos recursos o porque callan para no perderlos o no perder la posibilidad de acceder a ellos), y el derecho a la información de aquellos que nos vemos privados de conocer aquello sobre lo cual se hubieran expresado.

A diferencia de la concepción tradicional de la censura (directa) ejercida por el Estado, la concepción de la libertad de expresión como precondición de la democracia y la consiguiente obligación estatal de asegurar la diversidad de perspectivas, información y opinión, no requiere del Estado un "no hacer" (no prohibir, no censurar), sino que le exige de políticas públicas acordes con esa obligación (en este sentido, este derecho clásicamente civil tiene características usualmente asociadas exclusivamente con los derechos sociales[10]). Esas políticas, que muchas veces están asociadas a la distribución de recursos escasos, necesitan apoyarse sobre una serie de estándares que impidan la distribución de esos recursos de un modo discriminatorio y contrario a la libertad de expresión y a la libertad de información. El Estado, en estos casos, tiene una obligación de "hacer" (distribuir dinero en forma de subsidios, por ejemplo) que debe estar sujeta a reglas que tiendan a asegurar el respeto de los derechos a la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y a no ser discriminado.

10 Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *op. cit.*

III. El uso de la publicidad oficial como mecanismo de censura indirecta

Los gobiernos de las democracias constitucionales tienen la obligación de dar cuenta de sus actos. Por otro lado, muchas políticas públicas están basadas hoy día en la distribución de información. La comunicación masiva del cronograma de vencimientos de un impuesto; la generación de conciencia colectiva acerca del uso de preservativos para una política eficaz de lucha contra el virus del VIH-SIDA; la diseminación de información básica para tratar el agua como forma de prevención de una epidemia de dengue; la difusión de la implementación de un programa de distribución de anticonceptivos, son algunos ejemplos de políticas públicas desarrolladas por el Estado que requieren de una comunicación directa y masiva con la población. El Estado generalmente cuenta con un medio oficial en el que se publican las normas que se emiten y sancionan, las licitaciones y todo tipo de información formal, pero este medio no es el apropiado para llevar adelante campañas de comunicación masiva, su formato es habitualmente muy básico y su circulación relativamente restringida a aquellos que lo buscan por necesidad profesional. A fin de desarrollar sus campañas informativas el Estado necesita de espacio en los medios de comunicación. Si se descarta la sesión gratuita de espacio, sobre todo en los medios gráficos, la única forma mediante la cual el Estado puede contar con ese espacio es por medio de su compra. Si bien no es una práctica habitual en todos los países, en muchos Estados de América Latina el Estado nacional y, en los países federales, los estados provinciales, asignan importantes sumas de dinero para la compra de espacio en los medios de comunicación privados y públicos. Los volúmenes de recursos dedicados a la compra de esa pauta publicitaria pueden incluso no ser considerables comparados con el PBI de un Estado particular, pero lo que importa es si esos fondos son relevantes comparados con los fondos disponibles en el sector privado para la compra de pauta publicitaria. Si la dimensión relativa de los montos dedicados para publicidad oficial desde el Estado son considerablemente mayores que los dedicados a la compra de publicidad por empresas privadas, entonces los medios que los reciben pueden desarrollar algún grado de dependencia importante de esos recursos estatales. En 2005, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el *Open Society-Justice Initiative* (OSI-JI) produjeron un informe sobre la distribución de la publicidad oficial en Argentina que analizó la situación a escala nacional y en cuatro provincias del país. El caso más paradigmático lo ofreció la provincia de Tierra del Fuego, la más austral del país, con alrededor de 123.000 habitantes y muy escasa actividad económica privada (casi el 80% del ingreso generado proviene de los gobiernos provincial y municipales). Según el informe de la ADC y OSI-JI, la mayoría de los medios de comunicación de esta provincia sobreviven gracias a los fondos que reciben por publicidad que publican los diferentes niveles de gobierno. Aproximadamente el 75% de sus ingresos provienen de la publicidad oficial, sobre todo provincial[11]. Dada esta proporción de publi-

11 Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de pu-*

cidad oficial en relación con la publicidad privada, es claro que la supervivencia de los medios provinciales está altamente supeditada a la continuidad de ese flujo de fondos. En provincias con mayor actividad privada, como es el caso Córdoba, por ejemplo, la dependencia es menor en términos globales, aunque puede ser mayor o menor en el caso de cada medio en particular. A escala nacional, por ejemplo los dos diarios nacionales de mayor circulación, *Clarín y La Nación,* reciben una cantidad de publicidad oficial que no es determinante para la continuidad financiera de esos medios. Según el informe mencionado, en ninguno de los dos casos el monto recibido supera el 5% de los ingresos del medio[12]. Sin embargo, este no es necesariamente el caso de medios más pequeños que reproducen la situación de vulnerabilidad descrita para el caso de Tierra del Fuego.

El problema de la dependencia económica de algunos medios de la compra de publicidad por parte del Estado, se agudiza cuando se encuentra combinado con una absoluta ausencia de regulaciones que limiten la discrecionalidad del funcionario con la facultad de decidir quiénes reciben la pauta oficial. En el caso argentino, no existe en ninguna provincia ni en el gobierno nacional regulación alguna que opere como límite a la libertad de decisión del Secretario de Medios nacional o provincial, usualmente a cargo de tomar aquella decisión. La vulnerabilidad de un medio que depende de la publicidad oficial para continuar su trabajo conduce a una situación de debilidad frente al funcionario público que tiene el poder, prácticamente, de estrangular su economía, dando lugar a un muy probable efecto de silenciamiento y autocensura de ese mismo medio que teme perder la pauta oficial y de todos aquellos que se encuentran en la misma situación de dependencia y vulnerabilidad. Dado que es muy difícil, si no imposible, modificar la ecuación de publicidad pública y privada de los medios en contextos de escaso desarrollo del sector privado, problema que se acentúa a nivel local, sólo una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del funcionario encargado de comprar la pauta publicitaria puede atemperar los niveles de vulnerabilidad y amenaza a la libertad de expresión descriptos. En este sentido Eduardo Bertoni, ex relator para la Libertad de Expresión de la OEA, ha afirmado que "la posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta de la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos de la gestión de gobierno"[13]. En un sentido similar se pronunció cuando se desempeñaba como Relator Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Anual de 2003:

blicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina, Open Society Institute, New York, 2005, p. 27. Versión en inglés, Buying the news. *A report on financial and indirect censorship in Argentina,* Open Society Institute, New York, 2005.

12 *Ídem,* p. 68.

13 Bertoni, Eduardo, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina,* Open Society Institute, New York, 2005, p. 6.

> Es imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios[14].

Es importante destacar que el Informe de la Relatoría, además de reconocer el problema específico y la amenaza para la libertad de expresión derivados de la distribución discrecional de la publicidad oficial en contextos de alta dependencia económica de esa fuente de financiamiento, enmarcó la cuestión de la manipulación financiera de los medios por parte del Estado como una cuestión de libertad de expresión. Para hacerlo, encontró fundamento en el Principio núm. 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones de la CIDH realizado en octubre de 2000:

> Principio13: La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión[15].

IV. Publicidad oficial: una breve descripción del caso argentino

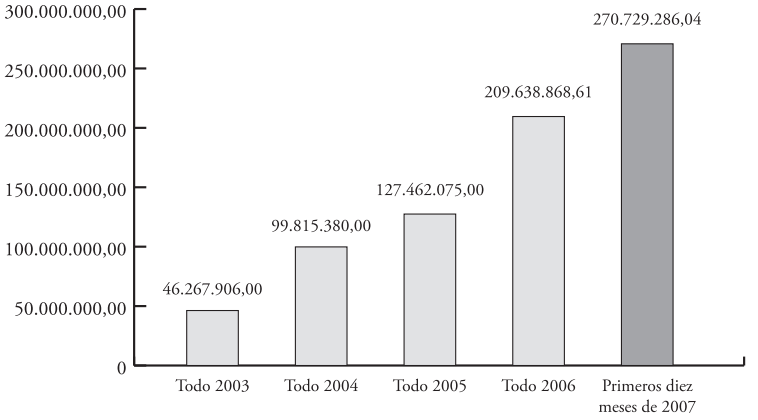
La relación entre la asignación de publicidad oficial y su posible uso como mecanismo para manipular y controlar el contenido de aquello que se expresa en los medios de comunicación, a nivel nacional, no atrajo la atención de la opinión pública en Argentina hasta que se tomó conocimiento del aumento paulatino de los fondos que el Poder Ejecutivo destinaba año tras año desde 2003 a este rubro. El incremento de ese monto sumado a la sospecha de que algunos de esos recursos encontraban como destino las empresas de personas cercanas al

14 Informe de la Relatoría del año 2003, Capítulo 5, párrafo 88.

15 Declaración de principios sobre libertad de expresión, aprobada durante el 108° período ordinario de sesiones de la CIDH, octubre de 2000.

Presidente de la Nación contribuyó a que los propios medios y organizaciones no gubernamentales empezaran a poner en evidencia la situación[16].

Evolución del gasto en publicidad oficial 2003 / 2007



Fuente: ADC en base a planillas de inversión publicitaria proporcionadas por la Secretaría de Medios de la Nación. Los datos referentes a 2003 y 2004 corresponden a Poder Ciudadano.

En 2003 el Poder Ejecutivo Nacional gastó poco más de 46 millones de pesos; en 2004 invirtió casi 100 millones, más del doble del año anterior. Mientras tanto, en 2005 el gasto fue de 127 millones de pesos mientras que en 2006 superó a los 209 millones. En todos estos casos los presupuestos aprobados por el Congreso Nacional para el rubro fueron superados por la ejecución final. En los primeros diez meses del año 2007, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 270.729.286 millones de pesos en concepto de publicidad oficial, cifra 61 millones superior al total gastado durante 2006 y excedida en un 33% del presupuesto aprobado para este año, que fue de 202.792.000 de pesos.

Es preciso insistir sobre el hecho de que el aumento del monto total asignado a la publicidad oficial no es necesariamente algo reprochable, dado que una mayor actividad de gobierno, el lanzamiento de campañas específicas o el impacto de la inflación pueden pro-

16 Para una análisis detallado de la posible relación de la asignación de publicidad oficial con el financiamiento de las campañas políticas oficialistas y probables casos de corrupción, véase O'Donnell, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del Estado,* Planeta, Buenos Aires, 2007, Capítulo 2: La degeneración de la publicidad oficial.

vocar ese aumento. Por ejemplo, en los tres meses previos a las elecciones presidenciales del 28 de octubre de 2007, el Poder Ejecutivo Nacional lanzó varias campañas que requirieron de una fuerte inversión publicitaria. La campaña "Visitas Presidenciales", tal como figura en los registros oficiales suministrados a pedido de la ADC, fue una de las que más fondos públicos demandó. Involucró en agosto de 2007 un total de 1.962.336 pesos. En septiembre la cifra ascendió a 2.930.383 pesos y en octubre a 2.272.635 pesos. En ese trimestre inmediatamente previo a las elecciones de octubre, la campaña "Visitas" requirió 7.165.355 pesos. Esta campaña fue superada sólo por la campaña "Trabajo Registrado", del Ministerio de Trabajo y la campaña "Padrones Electorales", que demandó la suma de 11.238.041 pesos y que se podría explicar por las necesidades informativas del Gobierno ante las elecciones de octubre de 2007[17].

Ese dato del aumento paulatino y exponencial de los montos sólo nos indica que los volúmenes de dinero involucrados comienzan a ser considerables y, si bien pueden continuar siendo pequeños en relación al PBI, son valores que tienen un impacto importante en el comportamiento de los medios, sobre todo de aquellos que, a diferencia de los grandes medios nacionales, dependen en gran medida de la pauta oficial para sobrevivir.

Según los datos hallados por el informe de ADC y OSI-JI del 2005, el problema de la amenaza a la libertad de expresión como producto de la distribución discrecional de la publicidad oficial se da mayormente en las provincias con economías privadas menos desarrolladas. El problema, a nivel nacional, al menos con los medios de mayor circulación e impacto, no parece ser del mismo grado de gravedad. Sin embargo, los volúmenes en cuestión combinados con la falta de transparencia acerca de las reglas que rigen la facultad del gobierno nacional para decidir la pauta publicitaria oficial, de forma equivalente a lo que se percibe en el resto del país a nivel provincial, crea el marco necesario para que aumente la discrecionalidad y la arbitrariedad de aquellos que toman esas decisiones. En este sentido, el propio Secretario de Medios del Gobierno de Néstor Kirchner, a cargo de la asignación de la pauta publicitaria, ha afirmado que "en la comunicación oficial repartimos con ciertos criterios propios, y eso tiene que ver con decisiones políticas, con criterios que tienen una lógica en la pauta publicitaria"[18]. El funcionario se preguntó frente a la periodista que lo entrevistó: "¿por qué no le damos a algún medio? Estamos hablando de un sólo caso, que es la Editorial Perfil. A la revista *Noticias* y al semanario *Perfil,* que Jorge Fontevecchia llama diario, no le damos publicidad oficial porque pertenece a un tipo de periodismo amarillo, sensacionalista con rasgos de extorsión. Es un medio que ha cometido errores periodísticos que no ha reconocido. Como cuando confundió al hijo del Presidente con el yerno del empresario Raúl Moneta. Igual-

17 Véase Asociación por los Derechos Civiles, "La Publicidad Oficial del Poder Ejecutivo Nacional durante 2007", Análisis Preliminar, diciembre de 2007, en *http://www.adc.org.ar/recursos/720/ADC%20Pre%20Informe%20Publicidad%20Oficial%20del%20PEN%20en%202007.pdf.*

18 Diario La Nación, Suplemento Enfoques, entrevista realizada el 4 de febrero de 2007 por Susana Reinoso al señor "Pepe" Albistur, secretario de Medios del presidente Kirchner y actual secretario de Medios de la presidenta Cristina Fernández.

mente, hay muchas revistas a las que no les damos publicidad y tratamos de llevar más a los medios chicos y del interior. Lo más probable es que cometamos algún error y lo iremos corrigiendo"[19]. Estas declaraciones oficiales del funcionario responsable del área en cuestión ponen en evidencia dos cuestiones. Por un lado, que no existen en el país a nivel nacional —y tampoco a nivel provincial— reglas claras y transparentes acerca de cuáles son los criterios que deben regir las decisiones del gobierno nacional en materia de distribución de pauta oficial. Los estándares de "criterios propios" o el elusivo criterio relacionado con "decisiones políticas" no parecen acercarse a la exigencia del Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión expresadas en el ya mencionado Informe Anual de 2003:

> Es imperativo que exista un marco jurídico que establezca directrices claras para la distribución de la publicidad oficial a fin de que se siga una administración justa de los fondos destinados a la publicidad. A fin de garantizar la libertad de expresión en el futuro, los Estados deben dejar de lado las leyes insuficientemente precisas y evitar el otorgamiento de facultades discrecionales inaceptables a sus funcionarios. El establecimiento de un mecanismo de supervisión de las decisiones sería fundamental para dar legitimidad a las asignaciones discrecionales que realizan los funcionarios[20].

Por otro lado, la referencia a lo que parece ser un criterio más objetivo, la mención de la opción por medios pequeños y del interior, además de no corresponderse con la realidad[21], parece confundir la publicidad oficial con un subsidio. Según el Relator Especial de la OEA para la libertad de expresión:

> La concentración de la propiedad de medios de comunicación trae como consecuencia que los medios más pequeños enfrenten una competencia cada vez más fuerte por los ingresos de la publicidad. Para paliar esta dificultad, hay quienes sostienen la importancia de distribuir de manera discriminatoria la publicidad oficial, permitiendo —gracias a los recursos de la publicidad del Estado— ampliar la voz de periodistas y medios de comunicación local, de los medios más pequeños y de los que critican a las empresas del sector privado que se constituyen como principales anunciantes. Este criterio tiende a confundir los objetivos de la publicidad oficial con los objetivos de una política de sub-

19 *Ibídem.*

20 Informe de la Relatoría del año 2003, Capítulo 5, párrafo 88.

21 Según el Pre-Informe de la ADC emitido el 20 de diciembre de 2007, en los primeros diez meses del 2007 la inversión publicitaria directa en el rubro de diarios, revistas, radios y canales de TV tendió a concentrarse en medios de la Ciudad de Buenos Aires —incluyendo los de distribución nacional— y el porcentaje que se dirigió a medios del interior fue relativamente bajo. De los 270.729.286 de pesos totales, el Poder Ejecutivo Nacional invirtió 150.288.181 de pesos distribuidos en 455 proveedores "directos". El 88,4 por ciento de ellos pertenece a medios que se editan o producen en la Ciudad de Buenos Aires, lo que incluye a varios medios de distribución nacional (y a los estatales, Radio Nacional y Canal 7).

> sidio estatal en el marco de una política comunicacional, que podría ser válida y aun necesaria. Los recursos del Estado que se utilizan para el pago de la publicidad oficial tienen un objetivo distinto a los objetivos que se pueden plantear para una determinada política de comunicación social. La posibilidad de decidir discrecionalmente, sin reglas claras, cómo y a quién se le otorga publicidad oficial abre la puerta a la arbitrariedad. La posible violación indirecta a la libertad de expresión surge porque las decisiones arbitrarias conllevan el riesgo de ser usadas como presión hacia los medios de comunicación críticos a la gestión de gobierno[22].

Finalmente, es preciso destacar que la Editorial Perfil, en virtud de la práctica gubernamental tendiente a no comprar espacios de publicidad en los medios del grupo, como el *Diario Perfil* y la *Revista Noticias,* ha iniciado una acción judicial contra el Estado nacional por discriminación y censura indirecta, actualmente en trámite. En esa misma causa, la ADC presentó un *amicus curiae* en el que sostiene, coincidentemente con la demandante, que la regulación de la publicidad oficial actualmente vigente resulta contraria al derecho a la libre expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y al principio de legalidad (artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). De acuerdo con el principio de legalidad establecido en la Constitución argentina, toda regulación estatal que afecte directamente los derechos de las personas tiene que haber sido adoptada por el Poder Legislativo. Como se sostiene en el amicus: "este principio es particularmente importante en el ámbito de la libertad de expresión, porque asegura que su ejercicio no será afectado por decisiones discrecionales, arbitrarias y unilaterales del poder ejecutivo". La ADC sostuvo allí que entre las restricciones ilegítimas que pueden afectar gravemente la libertad de expresión está la manipulación arbitraria y discrecional de la asignación o retiro de la publicidad oficial por parte del gobierno, con el objeto de "premiar" o "castigar" a los medios de prensa. En esa presentación, la ADC señaló que es decisivo que en ese ámbito toda regulación sobre publicidad oficial, además de estar contenida en una ley sancionada por el Poder Legislativo, establezca en forma precisa y detallada los criterios y mecanismos de distribución de la publicidad oficial y un sistema eficaz de control de la asignación de los fondos públicos[23].

V. La Corte Suprema argentina y el caso Río Negro

Hay razones para anticipar una posible decisión favorable a la Editorial Perfil en el caso interpuesto por discriminación y censura indirecta contra el Estado Nacional desde que la

22 Bertoni, Eduardo, *op. cit.,* p. 6.

23 Ver en Internet el *amicus brief* presentado por la ADC: *http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=581&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=2.*

Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el 5 de septiembre de 2007 un caso de características similares a favor del Diario Río Negro en una demanda por censura indirecta y discriminación contra el gobierno de la Provincia de Neuquén[24].

El 12 de junio de 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Emisiones Platenses*[25]. En esta causa, la empresa periodística promovió una acción de amparo contra el intendente de la ciudad de La Plata para que "se dispusiera judicialmente la adquisición de espacios de publicidad oficial en el diario de su propiedad 'Hoy en la Noticia', en condiciones razonablemente equitativas y similares a las previstas respecto del periódico 'El Día' de dicha ciudad por el decreto municipal 578". La empresa Emisiones Platenses S.A. adujo que estaba siendo discriminada en la distribución de la pauta por existir "un trato diferente que se centra en un aspecto principal: dado que el diario 'El Día' recibe para publicar información pública por un precio en dinero y el periódico de la apelante no se encuentra favorecido por esa utilidad, sostiene que el derecho a la información no se agota en la posibilidad de acceder a las fuentes ya que también contempla el derecho a informar y a ser informado, derechos que se ven afectados por la forma en la que el demandado distribuye la publicidad oficial, actitud que produce una discriminación en perjuicio de sus lectores que deben recurrir al otro diario platense para tener un debido conocimiento de los actos gubernamentales en el ámbito local"[26]. La Corte Suprema decidió la cuestión a favor del gobierno municipal sobre la base de dos premisas. Por un lado, sostuvo que no existe un derecho a recibir publicidad oficial como precondición para el ejercicio de la libertad de expresión. Por otro, el tribunal abonó el terreno que conduciría al caso Río Negro cuando sostuvo en *Emisiones Platenses* que:

> la transformación producida de los medios de comunicación masiva […] no ha generado una obligación positiva en cabeza de la comuna para apoyar a un periódico a fin de mantener la igualdad en el grado de competición en el marco de los recursos financieros con otro que disputa a los mismos consumidores el mercado periodístico, *a menos que se demuestre —lo que no ha ocurrido en el caso— que la decisión respecto a la forma de distribución de la publicidad gubernamental encubra una maniobra para destruir o restringir el derecho de imprenta de la recurrente*[27].

En el caso *Río Negro* el diario alegó que como consecuencia de una nota crítica del gobierno provincial, en la que se lo involucraba en un posible caso de corrupción, el estado local había dejado de comprar el espacio publicitario que venía adquiriendo a modo de san-

24 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo,* sentencia del 5 de septiembre de 2007.

25 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 28. XXXII, *Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo,* sentencia del 12 de junio de 1997.

26 *Ibídem.*

27 *Ibídem,* Considerando 24.

ción por la expresión emitida. En este caso, la Corte entendió que la persecución en virtud del contenido de la expresión publicada estaba demostrada y condenó al estado provincial por censura indirecta ordenándole establecer una regulación apropiada que limite la discrecionalidad del gobierno al tomar las decisiones conducentes a asignar la publicidad oficial. En este sentido la Corte sostuvo en el caso *Río Negro* que:

> no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando "la necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría". "Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios 'sustancialmente relacionados' con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio" (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta […] Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta[28].

En síntesis, por primera vez en América Latina una Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal facultado para velar por la constitucionalidad de las decisiones de gobierno, se ha pronunciado sobre la invalidez de la distribución de la publicidad oficial cuando ella atenta sobre el ejercicio de la libertad de expresión. La censura indirecta prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adquirió así un reconocimiento explícito por los jueces de Supremo Tribunal de la Nación.

VI. La necesidad de reglas para evitar la arbitrariedad y asegurar la diversidad

En línea con las recomendaciones del Relator Especial de la OEA, la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó a la Provincia del Neuquén a que "las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema

28 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo, sentencia del 5 de septiembre de 2007, Considerando 4.*

—con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión". Esta novedosa sentencia y su *remedy* —no es habitual que el tribunal exija a un estado una obligación "de hacer" de este tipo— vuelve a poner el énfasis sobre la necesidad de regulación para limitar la discrecionalidad del gobierno en la distribución de publicidad oficial y así evitar posibles actos de censura indirecta. Si bien no hay una receta mágica en materia regulatoria en este sentido, existe suficiente derecho comparado y modelos en funcionamiento en diferentes países que permiten establecer algunos parámetros gruesos que fueron desarrollados por la ADC y que a continuación resumiremos[29]:

- *Necesidad de una regulación clara:* la regulación que establece las pautas y criterios que debe seguir el gobierno para distribuir la publicidad oficial debe ser clara y específica, debe alcanzar al ámbito nacional y local y debe regular la producción, distribución y el control de la publicidad que compra el gobierno.
- *Necesidad de determinar el objetivo de la publicidad oficial:* se debe establecer con claridad aquello que será entendido como publicidad oficial, la cual se identifica en el derecho comparado con el canal de comunicación que debe existir entre el gobierno y la población. Como tal, la publicidad oficial debe ser clara, objetiva, fácil de entender, necesaria, útil y relevante para el público. No debe promover —explícita o implícitamente— los intereses de ningún partido político ni del gobierno.
- *La distribución de la pauta no debe ser discrecional:* debe establecerse un mecanismo para la contratación y distribución de la publicidad oficial que tenga por objeto reducir la discrecionalidad, evitar la sospecha de favoritismos políticos e impedir actos de corrupción. La asignación debe responder a criterios claros y transparentes. La pauta, como principio general, debe estar justificada en la existencia de campañas publicitarias que respondan a necesidades concretas y reales de comunicación. La publicidad oficial no debe ser utilizada para premiar a medios afines al gobierno o castigar a los críticos.
- *Descentralización de la facultad de distribuir la pauta oficial:* la responsabilidad por el manejo de la publicidad oficial debería descentralizarse para que no esté sólo en manos de funcionarios nombrados políticamente, como los secretarios de medios, sino de organismos o funcionarios técnicos.
- *Transparencia y acceso a la información pública como forma de control:* todos los ciudadanos tienen derecho a conocer los gastos efectuados en publicidad oficial.

29 Para un estudio pormenorizado del derecho comparado en esta material y un desarrollo de los principios regulatorios aquí solo esbozados, véase Asociación por los Derechos Civiles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial,* Buenos Aires, octubre 2006. También disponible en Internet: *http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=.*

Deben establecerse mecanismos que promueven la transparencia en el otorgamiento de estos fondos y que garanticen el fácil acceso a esta información por parte del público en general.

- *Necesidad de un control externo adecuado sobre el gasto en publicidad oficial:* los gobiernos deben rendir cuentas al público sobre los gastos efectuados y el modo en que son empleados los recursos de publicidad oficial. Para eso es necesario que se establezcan claros mecanismos de control externo.

VII. "No pago para que me peguen"

La situación descrita no es exclusiva de Argentina. El uso de la publicidad oficial como premio o castigo a quienes ejercen su libertad de expresión con opiniones o información amigable o crítica del gobierno es una práctica lamentablemente extendida a lo largo de la geografía y de la historia reciente. En la primera mitad de la década de 1970, el presidente de México, José López Portillo y Pacheco, definió su relación con los medios y en referencia a la publicidad oficial con una frase que es aún hoy recordada por sus connacionales: "No pago para que me peguen". Comprar publicidad, para el mandatario, implicaba comprar la anuencia de los medios y el silencio de la crítica. Hace sólo unos meses, la *Revista Proceso,* de México D.F., acusó al actual presidente Felipe Calderón de continuar con la práctica que dice también desarrollaba Vicente Fox y que emulaba la de López Portillo[30]. En Uruguay, la Presidencia de la Nación impulsó un proceso de investigación sobre el uso de la publicidad oficial en el pasado, fundamentalmente a partir de la preocupación por posibles casos de corrupción cometidos por funcionarios del gobierno saliente[31], pero también por sus implicancias para el ejercicio de la libertad de expresión. Esta investigación condujo a una regulación más específica en la contratación de publicidad oficial[32]. En Chile, en octubre de 2007, el Parlamento aprobó el Informe de la Comisión Especial Investigadora sobre Avisaje del Estado[33] en el cual se analizaron las prácticas del Estado en materia de distribución de la publicidad oficial con miras a establecer una regulación que impida abusos en el ejercicio

30 Para un análisis del gasto en publicidad oficial en México y sus implicancias para el ejercicio de la libertad de expresión en ese país, véase Carrasco Araizaga, Jorge, "Castigo publicitario", en *Revista Proceso,* 30 de septiembre de 2007.

31 "Comisión Investigadora destapó graves irregularidades en la gestión de ANTEL durante la presidencia de Batlle", AM Libre, 29 de noviembre de 2006. Véase en Internet: *http://www.infoycom.org.uy/?q=node/711.* "El FA fijará por ley los criterios para asignar publicidad oficial", El Observador, 18 de abril de 2007 - Pablo Tosquellas. "La publicidad oficial según la APU: Mayor equidad, poca transparencia", *Brecha,* 01 de junio de 2007.

32 "Normas para la publicidad estatal", *El País,* 25 de setiembre de 2007.

33 Internet: *http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf.*

de esa facultad. En agosto de 2006 Perú sancionó una ley que regula la distribución de la publicidad estatal, estableciendo criterios de transparencia y racionalidad para su contratación del estado nacional. La norma, la ley 28.874, señala que la autorización de la publicidad estatal está supeditada a la existencia de un plan de estrategia publicitaria y a la justificación que deberá hacer el gobierno de las campañas institucionales, así como también de la selección que se haga de los medios de difusión. La norma establece que las entidades y dependencias no podrán gastar dineros públicos en beneficio de un candidato postulado a un cargo electivo o de un partido político. La ley agrega que se deberán publicar los contratos de publicidad en el portal de la dependencia gubernamental respectiva y que se deberán presentar dentro de los diez días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad llevadas a cabo en el período anterior[34].

En el resto del mundo el tema no ha pasado desapercibido. Rumania debió someterse a los lineamientos regulatorios de la Unión Europea en la materia para ser incorporado como miembro[35]. Canadá contempla precisas reglas que limitan la discreción estatal en su *Government Advertising Act* de 2004. España regula la contratación de publicidad oficial en su ley 29 del 2005. En la India la justicia decidió en el caso *Ushodaya Publications,* que el Estado viola la constitución si retira la publicidad oficial como represalia por expresiones críticas del gobierno[36]. Un tribunal de apelaciones de los Estados Unidos estableció que "utilizar fondos de gobierno para castigar el discurso político de los miembros de la prensa y forzar comentarios favorables al gobierno" implica una violación de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país[37].

Evidentemente, el uso de la publicidad oficial como herramienta para el castigo o el premio al ejercicio de la libertad de expresión, no es un problema marginal ni exclusivo de un país. Es un ejemplo más de los nuevos y sutiles mecanismos de censura que el derecho internacional de los derechos humanos rechaza tanto como los viejos y directos métodos de silenciamiento. Nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial. Los recursos que los Estados destinan a ella no son un subsidio y persiguen fines específicos que para lograrse deben ser distribuidos de acuerdo con ciertos criterios específicos y conocidos por todos. Sin embargo, en virtud de la protección que recibe la libertad de expresión, nadie puede dejar de recibir fondos en concepto de publicidad oficial como consecuencia del contenido de su expresión. Cada vez que un gobierno "sanciona" a un medio con el retiro de la publicidad oficial como consecuencia de su rechazo a lo que ese medio expuso, no sólo está tratando de disciplinar y silenciar a ese medio, sino a todos los demás que se encuentran en similar situación de dependencia de esos recursos públicos que, por temor a perderlos, también silenciarán sus voces. Estos múltiples efectos de silenciamiento afectan negativamente el derecho de cada

34 *El Peruano,* 15 de agosto de 2006.

35 Internet: *http://www.euractiv.com/en/enlargement/eu-romania-relations/article-129587.*

36 Véase *Ushodaya Publications Pvt Ltdv.v. Government of Andhra Pradesh,* AIR (1981), AP 109.

37 Véase *El Día v. Rosello,* 165 F.3rd 106 (1st Circuit 1999).

persona a recibir información y el de la ciudadanía en su conjunto a exponerse a la mayor diversidad posible de ideas, datos y perspectivas para poder autogobernarse. La censura en general socava la calidad de la democracia. La censura directa y violenta del Estado, la de la prohibición, el secuestro de libros, la intimidación física y el asesinato es un flagelo contra el cual hemos avanzado bastante en muchos países de América Latina. La censura indirecta es un medio más sutil pero no menos pernicioso que puede alcanzar efectos similares sobre la diversidad de voces y demanda nuestra atención en los tiempos que corren.

VIII. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales", en Abregú, Martin y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* CELS, Editorial del Puerto, 1998.

Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una censura sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina,* Open Society Institute, New York, 2005. Versión en inglés, *Buying the news. A report on financial and indirect censorship in Argentina,* Open Society Institute, New York, 2005.

Asociación por los Derechos Civiles, "La Publicidad Oficial del Poder Ejecutivo Nacional durante 2007", Análisis Preliminar, diciembre de 2007, en *http://www.adc.org.ar/recursos/720/ADC%20Pre%20Informe%20Publicidad%20Oficial%20del%20PEN%20en%202007.pdf.*

Asociación por los Derechos Civiles, *Principios Básicos para la Regulación de la Publicidad Oficial,* Buenos Aires, octubre 2006, Internet: *http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=604&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=.*

Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Alianza, Universidad, Madrid, 1988.

Bertoni, Eduardo, Prólogo a Asociación por los Derechos Civiles y Open Society-Justice Initiative, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina,* Open Society Institute, New York, 2005.

Carrasco Araizaga, Jorge, "Castigo publicitario", en *Revista Proceso,* 30 de septiembre de 2007.

CIDH, Declaración de principios sobre libertad de expresión, octubre de 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5, del 13 de noviembre de 1985, sobre colegiación obligatoria de periodistas, Considerandos 30, 32 a 34.

Diario *El País,* "Normas para la publicidad estatal", 25 de setiembre de 2007.

Diario *El Peruano,* 15 de agosto de 2006.

Diario *La Nación,* Suplemento Enfoques, entrevista realizada el 4 de febrero de 2007 por Susana Reinoso al señor "Pepe" Albistur, secretario de Medios del presidente Kirchner y actual secretario de Medios de la presidenta Cristina Fernández.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo,* sentencia del 5 de septiembre de 2007.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 1. XXXIX, *Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia s/ acción de amparo,* sentencia del 5 de septiembre de 2007, Considerando 4.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, E. 28. XXXII, *Emisiones Platenses S.A. s/ acción de amparo,* sentencia del 12 de junio de 1997.

Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech,* Harvard University Press, Cambridge, 1996 (existe traducción al español: Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión,* Gedisa, 1999).

Internet el *amicus brief* presentado por la ADC: *http://www.adc.org.ar/home.php?iDOCUMENTO=581&iTIPODOCUMENTO=1&iCAMPOACCION=2.*

Internet: *http://www.alterinfos.org/IMG/pdf/Informe_de_la_Comision_especial_investigadora_sobre_avisaje_del_estado.pdf.*

Internet: *http://www.article19.org/pdfs/igo-documents/mandatesbroadcasting.pdf.*

Internet: *http://www.euractiv.com/en/enlargement/eu-romania-relations/article-129587.*

O'Donnell, María, *Propaganda K. Una maquinaria de promoción con el dinero del Estado,* Planeta, Buenos Aires, 2007.

Diversidad, pluralismo y libertad de expresión

Catalina Botero

Sumario

I. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión. **II.** Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008 Volumen III, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión. **2.1.** Pluralismo, diversidad y libertad de expresión. **III.** Bibliografía.

I. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión[1]

Los Estados tienen la obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. En el marco de esta obligación, los Estados deben evitar el monopolio público o privado en la propiedad y el control de los medios de comunicación, y promover el acceso de distintos grupos a las frecuencias y licencias de radio y televisión, cualquiera que sea su modalidad tecnológica.

La participación de ideas plurales y diversas en el debate público, no sólo es un imperativo jurídico derivado del principio de no discriminación y de la obligación de inclusión, sino que, a juicio de la Corte Interamericana, es una de las garantías de protección de los derechos de quien enfrenta el poder de los medios. A este respecto, la Corte Interamericana ha señalado que, "dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas co-

1 Botero, Catalina, *Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009,* "Informe de la Relatoría para la libertad de Expresión", pp. 299-303.

rrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas"[2].

El respeto por los principios de pluralismo y diversidad aparejan entonces, por un lado, la obligación de establecer condiciones estructurales que permitan la competencia en condiciones de igualdad y la inclusión de más y diversos grupos en el proceso comunicativo y, por otro, que se encuentre asegurada la libertad para difundir informaciones que pueden resultar "ingratas para el Estado o cualquier sector de la población", lo cual es coherente con la "tolerancia y espíritu de apertura" propios del pluralismo[3].

En este sentido, el principio 12 de la Declaración de Principios señala que, los "monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que aseguran el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos".

La Corte Interamericana ha señalado que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera que sea la forma que pretenda adoptar. A este respecto, en la Opinión Consultiva OC-5/85 indicó que, 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"[4].

De igual manera, la Corte Interamericana indicó que "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"[5].

Más adelante, en la misma Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte Interamericana añadió que "en los términos amplios de la Convención [Americana], la libertad de expresión

2 Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C núm. 194, párr. 106.

3 *Ibídem,* párr. 105; Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C núm. 195, párr. 116.

4 Corte IDH, *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 núm. 5, párr. 34.

5 *Ibídem,* párr. 33.

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'"[6].

La CIDH reiteró lo siguiente, recordando la citada jurisprudencia de la Corte Interamericana y los informes de la Relatoría Especial: "en el Informe Anual 2000 de la Relatoría Especial señaló que uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. En la sociedad actual, los medios de comunicación masivos, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etcétera de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático"[7].

En las secciones citadas de la jurisprudencia interamericana queda clara la necesidad de exigir a los Estados el cumplimiento de la obligación de evitar monopolios u oligopolios, de hecho o de derecho, en la propiedad y control de los medios de comunicación[8].

En cuanto a las radios comunitarias, en su Informe Anual 2002, la Relatoría Especial, en el capítulo sobre "Libertad de expresión y pobreza", señaló que:

> La necesidad creciente de expresión de las mayorías y minorías sin acceso a medios de comunicación, y su reivindicación del derecho de comunicación, de libre expresión de ideas, de difusión de información hacen imperante la necesidad de buscar bienes y servicios que les aseguren condiciones básicas de dignidad, seguridad, subsistencia y desarrollo[9].

6 *Ibídem,* párr. 56.

7 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII, "La situación de la libertad de expresión en Guatemala", párr. 419, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

8 En el mismo sentido, véase CIDH, *Informe Anual 2004,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social", Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=439&lID=2.*

9 CIDH, *Informe Anual 2002,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: "Libertad de expresión y pobreza", párr. 41, Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=329&lID=2.*

En el mismo sentido, en el informe "Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala", la CIDH indicó que:

> La [CIDH] y su Relatoría [Especial] entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal. La Comisión recuerda que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad […] participen informadamente en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades […] Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión[10].

En su Informe Anual 2007, la Relatoría Especial sostuvo que la normativa sobre radiodifusión comunitaria debe reconocer las características especiales de estos medios y contener, como mínimo, los siguientes elementos: (a) la existencia de procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (b) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida, en la práctica, siquiera, plantear al Estado una solicitud de espacio; y (c) la posibilidad de que utilicen publicidad como medio para financiarse. Todos estos elementos están contenidos en la "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión", suscrita en diciembre de 2007 por los relatores para la libertad de expresión de la OEA, la ONU, la OSCE y la Comisión Africana. La Relatoría Especial añadió también que, "en la misma línea, es necesaria una legislación que defina apropiadamente el concepto de radio comunitaria y que incluya su finalidad social, su carácter de entidades sin fines de lucro y su independencia operativa y financiera"[11].

Asimismo, en este último informe, la Relatoría Especial recomendó a los Estados:

> legislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine parte del espectro a radios comunitarias, y que en la asignación de estas frecuencias se

10 CIDH, Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala, Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión en Guatemala", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

11 CIDH, Informe Anual 2007, Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III: "Conclusiones y Recomendaciones", párr. 5, Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&lID=2.*

> tomen en cuenta criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas[12].

Estas obligaciones se afirman en el principio general según el cual los Estados deben garantizar el reconocimiento y goce de los derechos humanos en condiciones de igualdad y sin discriminación. Según la Corte Interamericana, la aplicación del principio de igualdad y no discriminación permite afirmar que el Estado tiene, al menos, dos tipos de obligaciones que la jurisprudencia describe de la siguiente manera:

> En cumplimiento de dicha obligación [de no discriminación], los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto.* Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.
>
> Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[13].

En suma, los Estados deben abstenerse de realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto,* discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en el goce o ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, deben adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación. Lo anterior, naturalmente, dentro del respeto pleno por el ejercicio de la libertad de expresión de todos, en los términos que ya han sido claramente definidos por la jurisprudencia interamericana.

12 *Ibídem,* párr. 6, Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&lID=2.*

13 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párrs. 103-104.

II. Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, Volumen III, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión[14]

2.1. Pluralismo, diversidad y libertad de expresión

Hay pocas ideas que generen mayor consenso en la región que la idea según la cual la libertad de expresión es esencial para el adecuado funcionamiento de un régimen democrático. En este sentido se han pronunciado, en múltiples oportunidades, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas[15], la Asamblea General de la OEA[16], la CIDH, la Corte Interamericana y la Relatoría Especial.

El razonamiento que soporta la afirmación anterior es simple: la democracia se fundamenta, entre otras cosas, en la existencia de un proceso libre de selección de preferencias colectivas que tiene como presupuesto un debate público abierto, vigoroso y desinhibido —para usar la famosa frase del juez Brennan[17]—. Es en este proceso deliberativo en el que las personas pueden adoptar decisiones informadas sobre el futuro de la sociedad a la cual pertenecen. Esta es la razón por la cual se prohíbe la censura: nadie puede excluir del debate público la circulación de ideas u opiniones de otros. Cada miembro de la sociedad tiene el poder de decidir cuáles de estas ideas o informaciones son merecedoras de atención y cuáles deben ser descartadas. Este es justamente el alcance democrático de la libertad de expresión: que todos tengan la posibilidad de expresarse y de ser escuchados y que cada uno de nosotros pueda conocer lo que otros tienen que decir.

Si lo anterior es cierto, entonces hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente

14 Botero, Catalina, *Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008,* Volumen III, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, pp. 200-203.

15 Cfr. 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 los Estados Americanos; Plan de Acción. 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 los Estados Americanos. Plan de Acción. Tercera Cumbre de las Américas, 20-22 de abril del 2001, Québec, Canadá, Internet: *http://www.summit-americas.org.*

16 Por ejemplo, las Resoluciones 1932 (XXXIII-O/03), 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2149 (XXXV-O/05), 2237 (XXXVI-O/06), 2287 (XXXVII-O/07), 2288 (XXXVII-O/07), 2434 (XXXVIII-O/08) y 2418 (XXXVIII-O/08) de la Asamblea General de la OEA.

17 "[…] el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto, y abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente cortantes, sobre funcionarios de gobierno y públicos", New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270-271 (1964). Traducción libre del texto original en inglés.

excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio.

Se encuentran en esta circunstancia de invisibilización, por ejemplo, las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza (o extrema pobreza), que no tienen los medios para difundir sus necesidades e intereses o para conocer alternativas que les permitan afrontar la discriminación o la violencia que cotidianamente sufren. Mujeres que en muchos de nuestros países deben soportar los efectos de una cultura sexista alimentada, en no pocos casos, por el poderoso flujo masivo de informaciones y opiniones al cual ellas no pueden acceder; indígenas que no pueden comunicarse entre sí en su propia lengua, ni conocer las discusiones, necesidades y propuestas de distintas comunidades ubicadas mas allá de las fronteras de su resguardo; afrodescendientes que viven en zonas marginales y deben soportar las consecuencias de culturas profundamente racistas sin poder incidir decisivamente en los debates que ayudarían a revertir los procesos de discriminación; comunidades rurales o barriales organizadas con el propósito de superar situaciones indignantes de marginalidad social, que no pueden conocer alternativas exitosas de acción colectiva ni informar adecuadamente a la sociedad sobre sus necesidades y propuestas; jóvenes dispuestos a crecer en libertad que no tienen canales de difusión de sus ideas y se ven obligados a renunciar tempranamente a sus sueños sin que tengan la oportunidad de que otras personas puedan conocer sus propuestas creativas; personas con serias desventajas físicas o psíquicas, cuyas necesidades e intereses son sistemáticamente excluidos de la deliberación colectiva. En fin, millones de personas cuya libertad de expresión no se encuentra suficientemente asegurada, todo lo cual conduce a una falla fundamental en el proceso de deliberación democrática[18].

18 En el mismo sentido puede consultarse la Declaración Conjunta de 2007 del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en la cual se señala que "la diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad, de modo de dar voz a todas las personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión". La misma Declaración, que "la diversidad tiene una naturaleza compleja, que incluye diversidad del *outlet* (tipos de medios) y de la fuente (propiedad de los medios), como así también diversidad de contenido (*media output*)". Finalmente, los cuatro Relatores señalan que "la indebida concentración de la propiedad de los medios, directa o indirecta, como así también el control del gobierno sobre los medios, constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, así como también otros riesgos, tales como la concentración del poder político en las manos de los propietarios y las elites gobernantes".

En este sentido se había expresado ya la Relatoría Especial en su informe sobre Libertad de Expresión y Pobreza:

> La libertad de los individuos para debatir y criticar abiertamente las políticas y las instituciones los protege contra las violaciones a los derechos humanos. La apertura de los medios de difusión no solo promueve las libertades civiles y políticas, sino que a menudo contribuye a los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos casos la utilización de los medios de comunicación ha ayudado a generar conciencia pública y ejercer presiones para que se adopten medidas tendientes a mejorar la calidad de vida de los sectores marginales o más vulnerables de la población. // Sin embargo, la utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presenta como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores más empobrecidos o vulnerables de la sociedad. En este sentido, los medios comunitarios de comunicación y difusión vienen insistiendo desde hace tiempo para incluir en las agendas nacionales, estrategias y contenidos que atiendan a las necesidades de estas comunidades[19].

Para afrontar el déficit de protección de la libertad de expresión de los grupos marginados y la insuficiente información de las sociedades, la Relatoría Especial debe seguir trabajando en dos áreas diferentes. En primer lugar, es necesario insistir en la urgente necesidad de aplicar leyes antimonopólicas para evitar la concentración en la propiedad y en el control de los medios de comunicación. En segundo término, es necesario lograr que la asignación de frecuencias y licencias de todo el espectro radioeléctrico, y en especial del nuevo dividendo digital, respete la obligación de inclusión que le impone a los Estados el marco jurídico interamericano y fomente así, de manera decisiva, el pluralismo y la diversidad en el debate público.

Con relación a la lucha antimonopólica, todos los órganos del sistema interamericano de protección se han manifestado para recordar la obligación del Estado de evitar los monopolios públicos o privados en la propiedad o el control de los medios de comunicación y garantizar de esta manera la pluralidad de medios[20]. En este sentido, el principio 12 de la

19 CIDH, Informe Anual 2002, Volumen III: "Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párrs. 37 y 38.

20 En este sentido se ha manifestado la Corte Interamericana: "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 que sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas […]. [N]o 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. Opinión Consultiva *La Colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), *supra* nota 8, párr. 34. En

Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión señala que "Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos".

Tal y como lo indica el principio 12 de la Declaración de Principios, aparte de la aplicación efectiva de leyes antimonopólicas, es necesario lograr que la distribución de los bienes y recursos que administra el Estado, que son decisivos para el pleno ejercicio de la libertad de expresión, se realice de conformidad con los valores y principios que subyacen a todo el marco jurídico interamericano, es decir, de conformidad con los principios de libertad, igualdad y no discriminación[21].

el mismo sentido se ha pronunciado la CIDH, entre otros, en el principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión. Asimismo, la CIDH manifestó que: "uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático". CIDH, *Informe Anual 2003,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión", Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión en Guatemala".

21 Sobre la obligación de inclusión impuesta por el marco jurídico interamericano la Corte Interamericana ha establecido que: "De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la Corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación. // En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto.* Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.// Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias. // En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

En este orden de ideas es preciso, entre otras cosas, que los Estados reconozcan y faciliten el acceso en condiciones de equidad, de las propuestas comerciales, sociales y públicas de radio o televisión, no sólo al espectro radioeléctrico, sino al nuevo dividendo digital. Es imprescindible, que se remuevan todas las restricciones desproporcionadas o discriminatorias que impiden que los operadores de radio y televisión, en todas las modalidades, puedan cumplir cabalmente con la misión comercial, social o pública que tienen asignada. Es fundamental que los procesos de asignación de licencias o frecuencias sean abiertos, públicos y trasparentes, y se sometan a reglas claras y preestablecidas y a requisitos estrictamente necesarios, justos y equitativos. En este proceso es necesario garantizar que no se impongan barreras desproporcionadas o inequitativas de acceso a los medios y que se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las frecuencias o licencias por razones discriminatorias o arbitrarias. Es esencial que todo el proceso de asignación y regulación esté orientado por un órgano técnico independiente del gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales, que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y que se someta al control judicial.

Reglas como las anteriores permitirán proteger a las radios y canales comerciales de injerencias abusivas y les darán la seguridad de que cualquiera que sea su orientación no serán objeto de decisiones arbitrarias. Este tipo de reglas promueve también la existencia de radios y canales de televisión públicos o estatales, independientes de los gobiernos, que promuevan de manera decisiva la circulación de ideas e informaciones que por su baja rentabilidad no suelen hacer parte de la programación comercial, y por su alto costo de producción o por los temas que abarcan, no son usualmente atendidas por las radios o canales sociales. Finalmente, regulaciones como las propuestas permitirán el reconocimiento y la promoción de medios de comunicación social que, como las radios y canales comunitarios, cumplen un papel esencial en las democracias de nuestra región[22]. Se trata en estos casos de un marco

// El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas". Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párrs. 102-106.

22 En particular sobre la protección de las radios comunitarias, en el Informe sobre la Libertad de Expresión en Guatemala, aprobado por la CIDH en el 2003, se señaló: "La Comisión y su Relatoría entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal. La Comisión recuerda que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad (…) participen informadamente en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades […] Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen

normativo que promueva la vitalidad de la democracia si se atiende al hecho de que el proceso comunicativo no sólo debe satisfacer las necesidades de consumo de los habitantes (necesidades legítimas de entretenimiento, por ejemplo), sino las necesidades de información de los ciudadanos.

En suma, corresponde a la Relatoría Especial hacer uso de los instrumentos de los que dispone para promover estudios, casos u opiniones que pongan de presente los graves efectos de la falta de pluralismo y diversidad en el debate público; difundan las mejores prácticas sobre el tema; y promuevan los estándares internacionales y su incorporación a los sistemas jurídicos internos. Tomarse en serio que todos somos iguales en dignidad y derechos, no puede menos que conducirnos a dar voz a los que nunca han tenido voz.

III. Bibliografía.

Botero, Catalina, *Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009,* "Informe de la Relatoría para la libertad de Expresión".

———, *Extracto del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008,* Volumen III, Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión.

CIDH, *Informe Anual 2002,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: "Libertad de expresión y pobreza", párr. 41, Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=329&lID=2.*

———, *Informe Anual 2002,* Volumen III: "Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión".

———, *Informe Anual 2003,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión".

———, *Informe Anual 2003,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión", Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión en Guatemala".

———, *Informe Anual 2004,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social", Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=439&lID=2.*

———, *Informe Anual 2007,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III: "Conclusiones y Recomendaciones", párr. 5, Internet: *http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=725&lID=2.*

concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión". CIDH, *Informe Anual 2003,* Volumen III: "Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión", Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión en Guatemala", párr. 414.

———, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII, "La situación de la libertad de expresión en Guatemala", párr. 419, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C núm. 195, párr. 116.

———, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C núm. 194, párr. 106.

———, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párrs. 103-104.

———, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18.

———, *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 núm. 5, párr. 34.

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

Tercera Cumbre de las Américas, 20-22 de abril del 2001, Plan de Acción. Québec, Canadá, Internet: *http://www.summit-americas.org.*

Libertad de Expresión y Radiodifusión*

Catalina Botero

Sumario

A. Introducción. **B.** Aspectos generales sobre la finalidad y los límites de la regulación estatal en materia de radiodifusión. **1.** Naturaleza de la regulación sobre radiodifusión. **2.** Requisitos generales para que la regulación de la radiodifusión resulte compatible con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana en materia de limitaciones a la libertad de expresión. **3.** La regulación sobre radiodifusión debe estar establecida mediante una ley redactada de manera clara y precisa. **4.** La regulación sobre radiodifusión, cuando puede afectar el derecho a la libertad de expresión, sólo es legítima si persigue una finalidad amparada por la Convención Americana. **a.** La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad garantizar una mayor seguridad para que las personas puedan expresarse con libertad y sin miedo a ser sancionadas o estigmatizadas por ello. **b.** La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad asegurar igualdad de condiciones en el acceso a las frecuencias y mayor diversidad de los medios de comunicación audiovisual. **5.** La regulación sobre radiodifusión sólo puede contemplar aquellas restricciones que sean necesarias, idóneas y proporcionales para lograr la finalidad que se persigue. **C.** Sobre la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión. **1.** La autoridad de aplicación y fiscalización debería ser un órgano independiente y autónomo del poder político y económico. **2.** La autoridad de aplicación y fiscalización debe proceder de modo transparente y respetuoso del debido proceso. **D.** Sobre la asignación y renovación de las frecuencias. **1.** Criterios y procedimiento de asignación. **2.** Reconocimiento de los distintos sectores. **3.** Condiciones de uso exigidas. **4.** Sobre la renovación de las licencias. **E.** Sobre la transformación digital. **F.** Sobre los medios públicos de comunicación. **1.** Mandato establecido por ley. **2.** Indepen-

* Este texto corresponde al capítulo VI, "Libertad de expresión y radiodifusión", *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,* Catalina Botero, Relatora Especial para la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009.

dencia. **3.** Acceso universal y financiamiento adecuado. **4.** Transparencia y rendición de cuentas. **G.** Sobre los medios comunitarios de radiodifusión. **1.** Importancia y características. **2.** Reconocimiento legal. **3.** Reservas de espectro y condiciones equitativas de acceso y de uso de las licencias. **H.** Sobre la radiodifusión privada comercial. **I.** Sobre el deber estatal de evitar monopolios u oligopolios en la radiodifusión. **J.** Publicidad oficial y otras formas de financiamiento de la radiodifusión. **K.** Sobre el régimen de sanciones. **1.** Legitimidad de las sanciones. **2.** Debido proceso.

A. Introducción

El artículo 13 de la Convención Americana consagra el derecho a la libertad de expresión e indica que este derecho puede ejercerse *por cualquier medio.* En efecto, el artículo 13 establece que el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole puede ejercerse "oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, *o por cualquier otro procedimiento de su elección".* En tanto, los principios 1 y 6 de la Declaración de Principios reconocen que toda persona tiene el derecho a contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación.

Asimismo, hace ya más de veinte años, la Corte Interamericana aclaró que: "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 fundar o utilizar *cualquier medio apropiado* para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios"[1]. Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que los medios de comunicación cumplen un papel esencial en tanto vehículo o instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática[2]. En efecto, los medios de comunicación tienen la tarea de transmitir toda clase de informaciones y opiniones sobre asuntos de interés general que el público tiene derecho a recibir y valorar de manera autónoma[3]. En tal sentido, la jurisprudencia y la doctrina regional han reiterado que la existencia de medios de comunicación libres, independientes, vigorosos, pluralistas y diversos, es esencial para el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática[4].

1 Corte IDH, *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. 31. El destacado es nuestro.

2 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 117; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 149.

3 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 153.

4 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párrs. 216 a 230.

En este punto, resulta relevante recordar que el alcance democrático de la libertad de expresión reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, implica tanto la facultad de cada persona de expresar sus pensamientos, como la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, ya sea en forma oral, impresa, a través de medios masivos de comunicación o cualquier otro medio de su elección. Este alcance democrático de la libertad de expresión reconoce entonces una dimensión colectiva que incluye el derecho del público a recibir y el derecho de quien se expresa mediante un medio de comunicación a difundir la máxima diversidad posible de información e ideas.

En este sentido, el derecho a la libertad de expresión ampara, de una parte, el derecho a fundar o utilizar los medios de comunicación para ejercer la libertad de expresión y, de otra, el derecho de la sociedad a contar con medios de comunicación libres, independientes y plurales que le permitan acceder a la mayor y más diversa información. En otras palabras, los medios de comunicación, y en especial los medios de comunicación audiovisual[5], desempeñan una función esencial para garantizar la libertad de expresión de las personas, en tanto sirven para difundir los propios pensamientos e informaciones y, al mismo tiempo, permiten acceder a las ideas, informaciones, opiniones y manifestaciones culturales de otras personas.

En la actualidad, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de los medios de comunicación es una garantía fundamental para que pueda realizarse adecuadamente el proceso de deliberación colectiva sobre los asuntos públicos. En este sentido, la garantía reforzada de la libertad de expresión en este campo es condición de posibilidad para que el ejercicio de los derechos políticos y de participación obedezca a una selección informada y razonable de preferencias. En tal sentido, en las sociedades contemporáneas, los medios de comunicación son actores protagonistas de esta deliberación pues favorecen que las personas accedan tanto a la información relevante como a diversas perspectivas necesarias para la formación de un juicio razonado e informado sobre los asuntos públicos[6].

Pero el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a través de los medios masivos de comunicación no sólo es garantía del proceso democrático. También es condición de posibilidad para el ejercicio de la autonomía individual en otros ámbitos de la vida de cada persona. En efecto, la libertad de expresión ejercida a través de los medios de comunicación permite que las personas puedan expresar y conocer distintas visiones del mundo (propuestas estéticas, morales, culturales, entre otras) y puedan formarse un criterio autónomo para escoger su propio plan de vida.

5 Por "radiodifusión", siguiendo a la Unión Internacional de Telecomunicaciones, se ha comprendido a la radio y a la televisión abierta. En tanto que, por "servicios de comunicación audiovisual", pueden incluirse todos los medios de comunicación visuales y de audio, independientemente del soporte técnico utilizado para su transmisión. Si bien muchos de los estándares sistematizados en este documento pueden ser aplicados a todos los medios de comunicación audiovisual, a efectos de este capítulo se utilizará el término "radiodifusión" en sentido amplio, por ser un término usualmente aceptado.

6 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV.

Es clara, entonces, la función esencial que desempeñan los medios de comunicación para promover un verdadero debate democrático sobre los asuntos públicos y para cualificar también el proceso de selección de preferencias en los asuntos privados o individuales. Por este motivo, la Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que la libertad y la diversidad deben ser principios rectores de la regulación de la radiodifusión[7], y al indicar que la actividad de los medios de comunicación debe estar guiada y protegida por los estándares del derecho a la libertad de expresión. Al respecto, dicho tribunal ha señalado que 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"[8]. Por consiguiente, cualquier regulación —y cualquier política pública en general— sobre los medios de comunicación debe evaluarse a la luz de las pautas y directrices que impone el derecho a la libertad de expresión.

La misma doctrina ha sido formulada de manera reiterada por la CIDH y su Relatoría Especial en sus diversos informes, que han señalado el importante papel del Estado a la hora de regular el espectro electromagnético para asegurar una radiodifusión libre, independiente, vigorosa, plural y diversa. En este sentido, como ya se mencionó, todas las personas tienen derecho a fundar o formar parte de medios de comunicación y aquéllos que requieren del uso del espectro deben ser objeto de una regulación clara, transparente y democrática, que asegure el mayor goce de este derecho para el mayor número de personas y, por consiguiente, la mayor circulación de opiniones e informaciones. En efecto, como ya se ha indicado, la regulación del espectro electromagnético debe garantizar, al mismo tiempo, la libertad de expresión del mayor número de personas o perspectivas, la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios y el derecho a la información plural y diversa de las sociedades contemporáneas[9]. Para lograr tales objetivos se requiere que los Estados se sometan a una serie de reglas sin las cuales no es posible garantizar todos los extremos mencionados. Tanto la Corte Interamericana como la CIDH se han detenido en la explicación de estas pautas y directrices. En la parte que sigue de este documento, se recoge la doctrina y la jurisprudencia de ambos órganos especializados y se desarrollan algunos de los principios que éstos han planteado.

7 Corte IDH, *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.

8 Corte IDH, *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, párrs. 31 y 34.

9 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párrs. 184-187.

B. Aspectos generales sobre la finalidad y los límites de la regulación estatal en materia de radiodifusión

La CIDH ha reconocido la potestad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión. Esta facultad abarca no sólo la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias[10], sino también la de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión[11].

La regulación sobre radiodifusión suele abarcar aspectos vinculados con los procedimientos de acceso, renovación o revocación de las licencias, requisitos para acceder a ellas, condiciones para utilizarlas, composición y facultades de la autoridad de aplicación y fiscalización, entre otros temas. En tanto estos aspectos pueden significar restricciones al derecho a la libertad de expresión, la regulación debería cumplir con una serie de condiciones para ser legítima: estar prevista en una ley clara y precisa; tener como finalidad la libertad e independencia de los medios, así como la equidad y la igualdad en el acceso al proceso comunicativo; y establecer sólo aquellas limitaciones posteriores a la libertad de expresión que sean necesarias, idóneas y proporcionadas al fin legítimo que persigan[12]. En los próximos apartados se especificarán cada uno de los requisitos que debería cumplir la regulación sobre radiodifusión para ser adecuada a los parámetros impuestos por el derecho a la libertad de expresión.

1. Naturaleza de la regulación sobre radiodifusión

La jurisprudencia interamericana ha destacado que, en relación con la protección, garantía y promoción de los derechos humanos, los Estados no sólo deben abstenerse de "realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto,* discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en [su] goce o ejercicio", sino que, los Estados están obligados a "adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan

10 En este informe se usarán indistintamente los términos "concesiones", "licencias", "autorizaciones" o "permisos", aun cuando se reconozca que cada uno puede tener alcances distintos en los diferentes países de la región.

11 "La Comisión reconoce que el Estado tiene la potestad de administrar el espectro radioeléctrico, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y de decidir sobre su renovación a la finalización de los plazos respectivos". CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: *http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm.*

12 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 82.

el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación"[13].

La potestad de los Estados de regular la actividad de radiodifusión se explica, entre otras, en esta "obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como en el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas"[14]. De esta manera, la regulación que pueden y deben realizar los Estados en materia de radiodifusión está destinada a crear un marco en el cual sea posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión por la más diversa cantidad de grupos o personas, de forma tal que se asegure al mismo tiempo que esta facultad no será usada como forma de censura y que se garanticen la diversidad y la pluralidad.

2. Requisitos generales para que la regulación de la radiodifusión resulte compatible con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana en materia de limitaciones a la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto[15] y, como tal, admite reglamentaciones y restricciones. El marco general que establece las condiciones para que la regulación de un Estado sea legítima está determinado por los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 13 de la Convención Americana[16]. En particular, el inciso 2 señala que: "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

13 *Ibíd.,* párr. 230.

14 *Ibíd.,* párr. 216. El destacado es nuestro.

15 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 54; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106; Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 131; CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo V: "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

16 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, *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. 35; CIDH, Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell* (Chile). 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay.* Transcritos en: Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 a); CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", p. 135.

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". Por su parte, según el inciso 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".

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado una serie de pautas para analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión y su compatibilidad con la Convención Americana que resultan aplicables a la regulación de la radiodifusión por ser ésta una de las formas en que se ejerce la libertad de expresión. De acuerdo con la Relatoría Especial, "las reglas atinentes a la admisibilidad de las restricciones se aplican a todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, deben cumplir con estas condiciones las limitaciones impuestas a la expresión de los pensamientos e ideas propios, al acceso, la difusión y la circulación de la información, y a los medios de comunicación", pero también toda otra manifestación del poder estatal (leyes, actos administrativos o decisiones judiciales) que incida sobre el ejercicio del derecho[17].

La primera regla general que deben cumplir tanto las reglamentaciones como las restricciones para ser legítimas, según la Convención Americana, es ser compatibles con el principio democrático o, en otras palabras, "incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática"[18]. Ahora bien, para analizar esta condición general, la jurisprudencia del sistema ha identificado tres condiciones específicas, que se derivan del artículo 13.2 de la Convención Americana, en lo que se denomina "*test* tripartito": (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara mediante una ley formal y material; (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr; y estrictamente proporcional a la finalidad perseguida. Asimismo, el sistema interamericano ha establecido que los tres requisitos deben cumplirse en simultáneo y que corresponde a la autoridad que impone las limitaciones demostrar que dichas condiciones han sido cumplidas[19].

17 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Cap. III, párr. 61; Corte IDH, *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. 36; Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 165.

18 CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo V: "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

19 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", pp. 135-136.

En los párrafos que siguen, se aplican estas condiciones específicas a la regulación sobre radiodifusión.

3. La regulación sobre radiodifusión debe estar establecida mediante una ley redactada de manera clara y precisa

La regulación sobre radiodifusión, en tanto puede implicar una limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debe estar establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material[20]. A este respecto es aplicable la definición de la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-6/86, según la cual, la expresión "leyes" no significa cualquier norma jurídica, sino aquellos actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común[21].

Es fundamental que el marco legal provea seguridad jurídica a los ciudadanos y ciudadanas y determine, en los términos más claros y precisos posibles, las condiciones de ejercicio del derecho y las limitaciones a que está sometida la actividad de radiodifusión[22]. Así, por ejemplo, al regularse la forma de integración de las autoridades de aplicación de la norma, o los procedimientos de acceso o revocación de licencias, o las facultades de las autoridades públicas, la redacción de la norma debería procurar evitar vaguedades o ambigüedades que

20 Corte IDH, *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, párrs. 39-40; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo V: "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH, Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Francisco Martorell* (Chile), 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay.* Transcritos en: Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72 a); CIDH, Informe Anual 2008, Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", p. 137.

21 Corte IDH, *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. 22.

22 En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en virtud de la cual, "la expresión 'previsto en la ley', contenida en los artículos 9, 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales […], no sólo requiere que una interferencia a los derechos consagrados en estos artículos esté basada en la ley nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión. Dicha ley debe ser accesible a las personas involucradas y debe estar formulada con suficiente precisión para permitirles, de ser necesario, prever, de manera razonable, las consecuencias que una acción determinada pueda implicar". *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria, No. 14134/02,* § 45, E.C.H.R (11/10/2007), Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en.*

favorezcan potenciales actos de arbitrariedad que impliquen la discriminación de una persona, grupo o sector en la radiodifusión. Es necesario entonces que sea la ley la que establezca los aspectos sustantivos de la regulación; es decir, que no delegue la definición de las políticas centrales de la actividad de radiodifusión en la autoridad de aplicación. En todo caso, ésta sólo podría completar o especificar los aspectos sustantivos definidos previa y claramente en la ley[23].

Sobre el particular, la CIDH ha sostenido que: "las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión"[24].

Por su parte, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana hicieron hincapié en que, "la transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas"[25].

23 La regla general que exige que las restricciones sean definidas por una ley en sentido formal, "no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención" (Corte IDH, *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. 36). En este sentido, el Tribunal Europeo ha reconocido que son incompatibles con el Convenio Europeo las leyes que asignan a la autoridad de regulación de la radiodifusión facultades absolutamente discrecionales. Al respecto, el Tribunal Europeo indicó que la "ley nacional también debe proporcionar una medida de protección legal contra las interferencias arbitrarias a los derechos garantizados por el Convenio por parte de las autoridades públicas. En materia de la afectación de derechos fundamentales, sería contrario al estado de derecho, el cual es uno de los principios básicos de una sociedad democrática consagrados por el Convenio, que una discreción legal otorgada al ejecutivo estuviera expresada en términos de poder ilimitado. En consecuencia, la ley debe indicar con suficiente claridad el alcance de cualquier norma discrecional y la manera de ejercitarla. Debe, además, proveer adecuadas y efectivas garantías en contra del abuso, las cuales en algunos casos incluyen procedimientos para el efectivo escrutinio judicial". *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria,* No. 14134/02, § 46, E.C.H.R (11/10/2007), Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en.*

24 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", p. 138.

25 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

4. La regulación sobre radiodifusión, cuando puede afectar el derecho a la libertad de expresión, sólo es legítima si persigue una finalidad amparada por la Convención Americana

La jurisprudencia del sistema interamericano ha establecido que las restricciones al ejercicio de un derecho, para ser legítimas, deben perseguir el logro de alguno de los objetivos expresamente previstos en la misma Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Esta advertencia se comprende en el caso de limitaciones a un derecho, pues debe ser evidente el interés público imperativo que justifique la restricción. En la medida en que la regulación sobre radiodifusión establezca alguna restricción al derecho a la libertad de expresión, resultan plenamente aplicables estos estándares[26].

En este punto, es importante señalar que cuando se produce una restricción de la libertad de expresión en nombre de una de las finalidades mencionadas, corresponde al Estado la carga de demostrar que efectivamente existe una amenaza cierta de que se ocasione un daño real que resulte indispensable prevenir mediante la restricción impuesta. A este respecto, la Relatoría Especial ya ha tenido la oportunidad de indicar que cualquier limitación de la libertad de expresión en nombre de alguna de las finalidades previstas, "debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves ('violencia anárquica'). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisible a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana"[27].

26 La jurisprudencia interamericana ha especificado cuál es la forma adecuada de armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con "la protección de los derechos de los demás" y el "orden público", por ejemplo, en aquellos casos en los cuales se analizó la imposición de responsabilidades ulteriores ante afectaciones al derecho a la honra o reputación por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177). Asimismo, los órganos del sistema han precisado que para justificar limitaciones de la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que éstos "se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación; si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias" (CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", p. 139).

27 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 75.

Asimismo, es indispensable que las categorías empleadas en el artículo 13.2 sean interpretadas conforme a la Convención Americana. Así por ejemplo, la Corte Interamericana ha definido que la expresión "orden público" debe ser interpretada como "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios"[28]. En tal sentido, la regulación sobre radiodifusión no podrá establecer limitaciones a la circulación de noticias, ideas u opiniones molestas, chocantes o perturbadoras, en nombre de la defensa del "orden público", puesto 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. […] 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"[29].

Ahora bien, la regulación sobre radiodifusión debería aspirar a promover y expandir el alcance del derecho a la libertad de expresión y no a restringirlo. En esa medida, el marco jurídico debería asegurar que los medios de comunicación pudieran servir de vehículo para el ejercicio libre, vigoroso, abierto, plural y diverso de la libertad de expresión. A este respecto, la CIDH sostuvo 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"[30]. En consecuencia, la regulación debería tender a garantizar una mayor seguridad para expresarse en libertad sin miedo a ser sancionado o estigmatizado por ello y, al mismo tiempo, promover una mayor igualdad de condiciones en el ejercicio de la libertad de expresión, entendida ésta en una triple acepción: pluralidad de voces, diversidad de las voces y no discriminación. En los párrafos que siguen se explica un poco más en detalle esta formulación.

28 Corte IDH, *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. 68.

29 *Ibíd.* En este mismo sentido, la CIDH ha explicado que una democracia funcional es la máxima garantía del orden público, y que la existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión (CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo V: "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995).

30 CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú,* p. 27.

a. La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad garantizar una mayor seguridad para que las personas puedan expresarse con libertad y sin miedo a ser sancionadas o estigmatizadas por ello

La regulación sobre radiodifusión debería tener como meta asegurar previsibilidad y certeza jurídica a quienes poseen o adquieren una licencia, de forma tal que puedan ejercer su derecho a la expresión con libertad y sin miedo a consecuencias negativas como represalia por la difusión de información. En consecuencia, las normas deben estar diseñadas de manera tal que otorguen garantías suficientes contra posibles actos de arbitrariedad estatal. Este objetivo dependerá, por ejemplo, de: (1) que las normas que establezcan derechos y obligaciones sean claras y precisas; (2) que se contemplen procedimientos transparentes y respetuosos del debido proceso —que permitan, entre otras cosas, revisar judicialmente las decisiones que se adopten en el ámbito administrativo—; (3) que se otorgue el permiso para el uso de la frecuencia por un tiempo suficiente para desarrollar el proyecto comunicativo o para recuperar la inversión y lograr su rentabilidad; (4) que se asegure que mientras se usa la frecuencia no serán exigidos más requerimientos que los establecidos en la ley; y (5) que no se tomarán decisiones que afecten el ejercicio de la libertad de expresión por razón de la línea editorial o informativa. Estas y otras garantías de las que se hablará adelante son esenciales para la existencia de una radiodifusión verdaderamente libre y vigorosa.

b. La regulación sobre radiodifusión debería tener como finalidad asegurar igualdad de condiciones en el acceso a las frecuencias y mayor diversidad de los medios de comunicación audiovisual

La igualdad en el ejercicio de la libertad de expresión, a efectos de analizar la legitimidad de la finalidad perseguida por la regulación sobre radiodifusión, requiere tres componentes: pluralidad de voces (medidas antimonopólicas), diversidad de las voces (medidas de inclusión social)[31] y no discriminación (acceso en condiciones de igualdad a los procesos de asignación de frecuencias).

La necesidad de promover medidas antimonopólicas ya ha sido reconocida por la CIDH, al aprobar el principio 12 de la Declaración de Principios, según el cual "los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a

31 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 216. Al respecto, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE destacaron "la importancia fundamental de la diversidad en los medios de comunicación para el libre intercambio de información e ideas en la sociedad, en términos de dar voz y satisfacer tanto las necesidades de información como otros intereses de todos y todas, de conformidad con la protección que brindan las garantías internacionales del derecho a la libertad de expresión". Declaración Conjunta sobre los desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.

leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación". Al respecto la Relatoría Especial ha indicado que, "si los medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, o sólo una, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático"[32]. En este punto no puede perderse de vista que el rechazo no se refiere sólo a la concentración privada de la propiedad. Naturalmente, si de lo que se trata es de garantizar una radiodifusión libre, independiente y plural, todo lo dicho se aplica también —y de manera especial— a los procesos de concentración de la propiedad o el control de los medios por parte del Estado.

Pero no basta con la adopción de medidas antimonopólicas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad a los medios de comunicación. Al respecto, el principio 13 de la Declaración de Principios ha destacado que, "las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos". En el mismo sentido, la CIDH ha indicado que "uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia **pluralidad** en la información"[33].

En este sentido, la regulación sobre radiodifusión debería formar parte de una política activa de inclusión social que tienda a la reducción de las desigualdades existentes en la población respecto del acceso a los medios de comunicación. Esto exige que los Estados, al momento de regular la actividad de radiodifusión, tengan especialmente en consideración a grupos con dificultades para hacer efectivo dicho acceso. En tal sentido, la regulación de-

32 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 419, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

33 *Ídem.* En esta cita, el término "información" está considerado en su acepción amplia, en tanto incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etc. Al respecto, la Corte Interamericana ha remarcado que, dada "la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas". Corte IDH, *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 106.

bería tener como finalidad contribuir a que todos los sectores puedan competir en igualdad de condiciones, garantizando para ello reglas especiales que permitan el acceso de grupos tradicionalmente marginados del proceso comunicativo.

Por su parte, en 2001, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE y la OEA elaboraron una Declaración Conjunta específica sobre la diversidad en la radiodifusión, como un mensaje claro destinado a resaltar la importancia de garantizar una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los medios de comunicación. En esta Declaración Conjunta señalaron que: "la promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión"[34]. Asimismo, en la Declaración Conjunta de 2007, reconocieron que los diferentes tipos de medios de comunicación (comerciales, públicos y comunitarios), así como los que tienen diferente alcance (local, nacional, regional o internacional) contribuyen a la diversidad en la libertad de expresión. Finalmente, señalaron que tanto la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, como la injerencia arbitraria del gobierno "constituyen una amenaza a la diversidad de los medios", entre otros efectos negativos en el sistema de medios de comunicación[35].

Sobre este tema, resulta relevante citar la "Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales" de la UNESCO (2005), que promueve el respeto de las identidades culturales, la diversidad lingüística, las religiones y los usos y costumbres de los distintos sectores sociales y, en particular, de los grupos minoritarios. Al respecto, dicho instrumento establece que, "la diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados"[36]. En su preámbulo se aclara además que: "las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial". La finalidad de la diversidad en la radiodifusión se debe plasmar en una regulación que asegure, entre otras cosas, suficiente espacio para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación. Según han advertido los relatores para la libertad de expresión, "en términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión"[37].

34 Declaración Conjunta sobe desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.

35 *Ibíd.*

36 UNESCO, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, artículo 4.1.

37 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007. Asimismo agre-

Como ya se mencionó, la finalidad de asegurar mayor pluralismo y diversidad en la radiodifusión, parte necesariamente de una política antidiscriminatoria en dos sentidos complementarios.

Por un lado, "los Estados deben abstenerse de realizar acciones o favorecer prácticas que de cualquier manera se encuentren dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones que, *de iure* o *de facto,* discriminen o excluyan arbitrariamente a ciertos grupos o personas en el goce o ejercicio del derecho a la libertad de expresión"[38]. En este sentido, la regulación sobre radiodifusión debería prohibir la toma de decisiones que afecte el ejercicio de la libertad de expresión basada en la línea editorial o informativa del medio de comunicación; o que excluya deliberadamente a un sector en el acceso a los medios (por ejemplo, sectores no comerciales o que tengan alcance geográfico local o regional). Así, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, la CIDH aclaró que "las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión"[39].

Por otro lado, los Estados "deben adoptar medidas positivas (legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza) para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes que comprometan el goce y ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión de ciertos grupos, en condiciones de igualdad y no discriminación. Lo anterior, naturalmente, dentro del respeto pleno por el ejercicio de la libertad de expresión de todos, en los términos que ya han sido claramente definidos por la jurisprudencia interamericana"[40].

Es claro entonces que la regulación sobre radiodifusión debería apuntar a superar las desigualdades existentes en el acceso a los medios de comunicación, por ejemplo, de sectores sociales desfavorecidos económicamente. En este sentido, los Estados no sólo deben abste-

gan que: "Los diferentes tipos de medios de comunicación —comerciales, de servicio público y comunitarios— deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* (sobre el deber de transmisión), requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o interoperable, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica".

38 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párr. 230. En general, sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos sin discriminación, véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 103-104.

39 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

40 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párr. 230.

nerse de discriminar a estos sectores sino que además deben promover políticas públicas activas de inclusión social.

Al respecto, la Relatoría Especial ha señalado que: "hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio"[41].

Distintos aspectos de la regulación sobre radiodifusión están vinculados a esta finalidad. Así, por ejemplo, las previsiones sobre reservas del espectro para ciertos sectores generalmente excluidos, y el establecimiento de procedimientos especiales para que efectivamente puedan acceder a las licencias, apuntan a generar oportunidades equitativas para una igualdad real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

5. La regulación sobre radiodifusión sólo puede contemplar aquellas restricciones que sean necesarias, idóneas y proporcionales para lograr la finalidad que se persigue

Es jurisprudencia consolidada del sistema interamericano que las limitaciones a la libertad de expresión deben ser "necesarias en una sociedad democrática"[42], proporcionales e idóneas para el logro de los objetivos que persiguen. En la medida en que la regulación estatal sobre radiodifusión imponga limitaciones a la libertad de expresión, entonces ésta deberá respetar estos tres requisitos.

El requisito de ser "necesarias en una sociedad democrática" implica que la limitación, para ser legítima, debe ser imperiosa pues el mismo fin (que, por supuesto, debe ser legítimo) no puede alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo del derecho. En tal sentido, no basta con que se trate de una restricción "útil", "razonable" u "oportuna"[43]. Que

41 *Ibíd.,* Capítulo IV, párr. 100. La Relatoría Especial identifica, entre estos sectores, a las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza, indígenas, afrodescendientes, comunidades rurales o barriales organizadas, jóvenes artistas, entre otros.

42 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 120-123; Corte IDH, *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. 46.

43 Corte IDH, *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.

sea "necesaria" supone que no debe limitarse el derecho más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión[44].

Para determinar si la restricción impuesta por la regulación sobre radiodifusión es proporcionada, debe analizarse si existen o no alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión para lograr el fin legítimo perseguido. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana[45].

Así, por ejemplo, el establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria. En tal sentido, resulta relevante mencionar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de ciertos derechos vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión por medio de sanciones penales resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática.

Además, en la medida en que la regulación sobre radiodifusión prevea limitaciones al derecho a la libertad de expresión, estas restricciones deben ser "idóneas" para cumplir la finalidad que se busca por medio de su imposición. En este sentido, la regulación debe ser un instrumento conducente y adecuado para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que mediante ella se persiguen[46].

Asimismo, para que las restricciones a la libertad de expresión que establezca la regulación sobre radiodifusión sean legítimas, éstas deberían ser "estrictamente proporcionadas" al fin que las justifica, y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad[47]. Al respecto, es preciso

46; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 122; CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo V: "Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Título IV, Apartado A. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

44 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 121-122; Corte IDH, *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. 46.

45 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párr. 79.

46 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

47 *Ibíd.;* Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 123; Corte IDH, *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. 46.

analizar en cada caso si la restricción o sacrificio de la libertad de expresión "que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen"[48].

Si bien no hay fórmulas de aplicación general que permitan identificar *a priori* si una restricción es proporcionada o no, la Corte Interamericana ha señalado que para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos, se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del otro derecho —grave, intermedia, moderada—; (ii) la importancia de satisfacer el otro derecho; y (iii) si la satisfacción del otro derecho justifica la restricción de la libertad de expresión[49].

De lo hasta aquí expuesto, resulta claro que según los principios desarrollados por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, los Estados tienen la facultad y el deber de regular la actividad de radiodifusión. Asimismo, la CIDH y la Corte Interamericana han dado ya algunas pautas que establecen que esta regulación debe cumplir con una serie de requisitos para ser adecuada a los estándares impuestos por el derecho a la libertad de expresión: debe estar establecida en una ley, en sentido material y formal, redactada de manera clara y precisa; debe tener como finalidad garantizar certeza en el ejercicio de la libertad de expresión; así como promover y garantizar un acceso equitativo al ejercicio del derecho, lo que implica que la regulación debe apuntar a lograr diversidad y pluralidad de voces.

C. Sobre la autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión

La regulación estatal sobre radiodifusión debe reunir una serie de requisitos para ser compatible con los parámetros impuestos por el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. En este sentido, la protección del derecho a la libertad de expresión exige que la autoridad de aplicación y fiscalización de dicha regulación respete ciertas condiciones básicas, como garantía para el adecuado desarrollo del derecho. En efecto, las barreras o limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión pueden provenir, no sólo del marco legal sino también de prácticas abusivas de los órganos de aplicación.

Las normas jurídicas de radiodifusión en la mayoría de los países de la región le reconocen a la autoridad pública competente para aplicar las normas respectivas dos funciones esenciales: el desarrollo e implementación de ciertas políticas de comunicación (aplicación) y el control de las regulaciones previamente dictadas (fiscalización). Es importante señalar

48 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Cap. III, párr. 81. Véase también Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83.

49 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Cap. III, párr. 82.

que aunque en algunos casos se hable de "autoridad de regulación", conforme a los estándares del sistema interamericano ya expuestos, la regulación del Estado que afecte de manera sustancial el derecho a la libertad de expresión debe encontrarse consagrada en una ley en sentido formal, es decir, en una norma dictada por el órgano legislativo dispuesto por la Constitución. En todo caso, la llamada autoridad de aplicación y fiscalización podría estar facultada para concretar las circunstancias en las cuales serán aplicados los aspectos sustanciales de la política sobre radiodifusión definida previa y claramente en la ley[50].

La autoridad de aplicación y fiscalización de la actividad de radiodifusión debe ser independiente, tanto de la influencia gubernamental como de los grupos privados vinculados a la radiodifusión pública, privada/comercial o comunitaria[51]. Debería ser un órgano colegiado que asegure pluralidad en su composición, estar sometido a procedimientos claros, integralmente públicos, transparentes y sometidos estrictamente a los imperativos del debido proceso y a un estricto control judicial[52]. Sus decisiones deben ser públicas, estar ajustadas a las normas legales existentes y encontrarse adecuadamente motivadas[53]. Finalmente, debe

50 Corte IDH, *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. 36. En el mismo sentido, *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria,* No. 14134/02, § 45, E.C.H.R (11/10/2007), Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en.*

51 Al respecto, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, citada por el Tribunal Europeo, sostiene que las "reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

52 El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre las características que debe tener la autoridad de regulación, aplicación y fiscalización del sector de las comunicaciones, en los mismos términos que aquí se indican. Así por ejemplo, en el caso Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria, el Tribunal Europeo señaló que la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció la independencia y las funciones regulatorias de las autoridades de radiodifusión, recomendando a los Estados Miembros, inter alia, "incluir provisiones en sus legislaciones y en sus políticas que encarguen a las autoridades regulatorias del sector de radiodifusión facultades que les permitieran cumplir con su mandato de conformidad con la ley nacional, de manera efectiva, independiente y transparente, de acuerdo con las reglas establecidas por el apéndice de esta recomendación". *Glas Nadezhda Eood and Elenkov vs. Bulgaria,* no. 14134/02, § 33, E.C.H.R (11/10/2007), Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=39864985&skin=hudoc-en.*

53 En este sentido, la Recomendación Rec(2000)23, del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que: "27. Toda decisión tomada y norma de regulación adoptada por las autoridades de regulación deberá ser: debidamente motivada conforme al derecho nacional; susceptible de control por las jurisdicciones competentes de acuerdo con la ley nacional; puesta a disposición del público". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee

tratarse de un cuerpo responsable que rinda cuentas públicamente de su gestión. Sobre la autoridad de aplicación, la CIDH ha sostenido que "es fundamental que los órganos de regulación o fiscalización de los medios de comunicación sean independientes del poder ejecutivo, se sometan completamente al debido proceso y tengan un estricto control judicial"[54].

Dada la importancia de este tema, resulta relevante detenerse un poco en cada una de sus características.

1. La autoridad de aplicación y fiscalización debería ser un órgano independiente y autónomo del poder político y económico

En su Declaración Conjunta de 2001, los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA y la OSCE remarcaron que: "las entidades y órganos gubernamentales que regulan la radiodifusión deben estar constituidos de manera de estar protegidos contra las injerencias políticas y comerciales"[55].

En efecto, dada la importancia de las funciones que deben cumplir, es fundamental que los órganos encargados de aplicar políticas y fiscalizar el cumplimiento de la regulación en materia de radiodifusión sean independientes, tanto de la influencia del poder político como de los intereses de los grupos económicos. A este respecto, en la "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión" (2007), los relatores para la libertad de expresión señalaron que: "la regulación de los medios de comunicación con el propósito de promover la diversidad, incluyendo la viabilidad de los medios públicos, es legítima sólo si es implementada por un órgano que se encuentre protegido contra la indebida interferencia política y de otra índole, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos"[56].

Es fundamental, en consecuencia, que la autoridad de aplicación y fiscalización en materia de radiodifusión no esté sometida a injerencias políticas del gobierno ni del sector privado vinculado a la radiodifusión. Para ello, es necesario que las reglas que gobiernen la

of Ministers to member states. Regla 27, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

54 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 82.

55 Declaración Conjunta sobre los desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001. En el mismo sentido, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa indica que las "reglas que rigen a las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión, en particular su composición, son un elemento clave de su independencia. Estas reglas deberán estar definidas de manera que estén protegidas de toda injerencia, particularmente de parte de fuerzas políticas o de intereses económicos". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec (2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 3, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

56 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

creación y funcionamiento de este órgano aseguren que el mismo tendrá suficientes garantías funcionales, orgánicas y administrativas para no obedecer ni a los imperativos de las mayorías políticas eventuales ni a los intereses de los grupos económicos.

Diversas son las medidas que colaboran en asegurar la independencia de este órgano, y al mismo tiempo, a fortalecer su legitimidad. Así, por ejemplo, es importante contemplar un órgano colegiado cuyos miembros sean elegidos mediante un proceso de designación transparente, que permita la participación ciudadana y guiado por criterios de selección previos y objetivos de idoneidad[57]. También debería establecerse un estricto régimen de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de interés para asegurar la independencia tanto del gobierno como de otros sectores vinculados a la radiodifusión[58]. Es necesario aclarar que deben ser funcionarios autónomos que sólo están sometidos al imperio de la ley y la Constitución. Además, es conveniente prever plazos fijos de duración de los mandatos que no coincidan con los plazos de duración de los mandatos de quien participa en su designación y que se contemplen renovaciones parciales escalonadas de sus miembros. Asimismo, deberían preverse mecanismos de remoción de los integrantes que sean transparentes, que sólo procedan ante faltas muy graves previamente establecidas en la ley, y que aseguren el debido proceso, en especial, la revisión judicial, para evitar que se utilicen de modo arbitrario o como represalia ante decisiones adoptadas[59]. Por último, es esencial asegurarle a la autoridad

57 Sobre el proceso de elección de las autoridades que integren la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que: "por otro lado, las reglas deben garantizar que los miembros de esas autoridades: sean designados de manera democrática y transparente; no puedan recibir órdenes ni tomar instrucciones de cualquier persona o instancia; se abstengan de efectuar toda declaración o de interponer toda acción susceptible de perjudicar la independencia de sus funciones o de tomar cualquier beneficio. Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Reglas 3-5, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

58 Sobre la importancia de establecer un régimen adecuado de incompatibilidades que garantice la independencia e imparcialidad de la autoridad de aplicación en materia de radiodifusión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que "a tal efecto, deberán estar definidas reglas precisas en materia de incompatibilidades, con el fin de evitar: que las autoridades de regulación estén bajo la influencia del poder político; que los miembros de las autoridades de regulación ejerzan funciones o detenten intereses en empresas u otros organismos del sector de medios de comunicación, o de sectores conexos, que puedan conducir a un conflicto de intereses con la calidad de miembro de la autoridad de regulación". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 4, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

59 Según la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la "remoción [de los miembros de la autoridad de aplicación] debería ser sólo posible en caso de que no se respeten las reglas de incompatibilidad que deberían respetar o la incapacidad probada de desempeñar sus funciones, sin perjuicio de la posibilidad de que la persona involucrada pueda recurrir a los tribunales

de aplicación y fiscalización, autonomía funcional, administrativa y financiera, y un presupuesto fijo (asegurado por ley) adecuado al mandato del que disponga. Finalmente, debe tratarse de un órgano responsable que rinda públicamente cuenta de sus actos.

2. La autoridad de aplicación y fiscalización debe proceder de modo transparente y respetuoso del debido proceso

Otra de las garantías para una debida protección del derecho a la libertad de expresión ejercida mediante la radiodifusión es que la autoridad pública con funciones de aplicación de las políticas y de fiscalización de la regulación de esta actividad actúe de manera pública y transparente, respetuosa del debido proceso y sometida a un estricto control judicial[60].

Así, por un lado, en la definición de políticas o en la planificación de medidas de administración de la actividad de radiodifusión, los organismos estatales deben contemplar procedimientos transparentes, públicos, con mecanismos periódicos de rendición pública de cuentas sobre su gestión, y que garanticen una efectiva participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones. Dependiendo del diseño institucional de cada país, la rendición pública de cuentas de este organismo puede proceder ante el Parlamento, la Procuraduría o Auditoría del Estado o, incluso, ante la institución nacional de derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo.

En ese sentido, es importante reiterar que los relatores especiales para la libertad de expresión, en su Declaración Conjunta de 2007, sostuvieron que: "[l]a transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas"[61]. Procedimientos transparentes son aquéllos que están previamente determinados en la regulación, que consagren criterios de evaluación (por ejemplo para asignar o revocar una licencia) objetivos y claros, que contemplen la realización de audiencias públicas, que aseguren acceso a la información pública de los ciudadanos y ciudadanas, y que obliguen a la motivación suficiente de sus decisiones, entre otros requisitos.

---

para cuestionar su remoción. En ese sentido, la remoción en base a una ofensa no relacionada con sus funciones debería ser posible sólo en instancias graves claramente definidas por la ley, sujetas a una sentencia judicial definitiva de un tribunal".

60 En este sentido, la Recomendación Rec(2000)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha indicado que: "27. Toda decisión tomada y norma de regulación adoptada por las autoridades de regulación deberá ser: debidamente motivada conforme al derecho nacional; susceptible de control por las jurisdicciones competentes de acuerdo con la ley nacional; puesta a disposición del público". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Regla 27, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

61 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

Por otro lado, en la medida en que dentro de las funciones del órgano estatal se contemple la fiscalización del cumplimiento de la regulación y la aplicación de faltas o sanciones, entonces es crucial que la autoridad respete las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8.1 de la Convención Americana. En particular, la regulación debe contemplar que las personas afectadas en las decisiones que se adopten puedan presentar pruebas de descargo, accedan a decisiones fundadas emitidas dentro de un plazo razonable y puedan recurrir las decisiones que adopte la autoridad de aplicación, entre otras garantías. Sobre este último punto, resulta fundamental que, en todos los casos, las personas afectadas puedan contar con un recurso idóneo y efectivo para controvertir las decisiones administrativas que pueden comprometer su derecho a la libertad de expresión, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.

D. Sobre la asignación y renovación de las frecuencias

La asignación de licencias de radio y televisión debe estar orientada por criterios democráticos y procedimientos preestablecidos, públicos y transparentes, que sirvan de freno a la posible arbitrariedad del Estado y que garanticen condiciones de igualdad de oportunidades para todas las personas y sectores interesados. Al respecto, el principio 12 de la Declaración de Principios ha destacado que "las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos".

Para promover la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios de comunicación deben preverse medidas positivas para que los tres sectores de la radiodifusión puedan acceder a las licencias en condiciones equitativas; deben contemplarse criterios democráticos y procedimientos transparentes para la asignación de las licencias; y deben establecerse condiciones de uso de las licencias razonables y no discriminatorias.

1. Criterios y procedimiento de asignación

La asignación de licencias de radio o televisión es una decisión que tiene un impacto definitivo sobre el derecho a la libertad de expresión en su doble dimensión: el derecho de todos a expresarse libremente y el derecho a recibir ideas y opiniones diversas. De esta decisión dependerá tanto el acceso a los medios de comunicación de quienes solicitan acceso a las frecuencias, como el derecho de toda la sociedad a recibir información plural en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. En efecto, al asignar las frecuencias, el Estado decide cuál es la voz que el público podrá escuchar durante los años venideros. En consecuencia, en este proceso se definen, entre otras cosas, las condiciones sobre las cuales se adelantará la deliberación democrática requerida para el ejercicio informado de los derechos

políticos, así como las fuentes de información que le permitirán a cada persona adoptar decisiones informadas sobre sus preferencias personales y formar su propio plan de vida.

Los bienes en juego demuestran la enorme importancia que reviste el proceso de asignación de licencias. Por esta razón, este proceso debe encontrarse estrictamente regulado por la ley, caracterizarse por su transparencia[62] y estar guiado por criterios objetivos, claros, públicos y democráticos[63]. En este mismo sentido, el procedimiento de adjudicación de una licencia debe estar rodeado de suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la obligación de motivar la decisión que concede o niegue la solicitud, y el adecuado control judicial de dicha decisión[64].

En los párrafos que siguen se explican brevemente algunos de los principios que deben guiar ese proceso.

En primer lugar, los criterios que deben guiar la asignación de licencias deben estar previstos de manera clara y precisa en las normas aplicables, de forma tal que protejan a los solicitantes contra cualquier forma de arbitrariedad. En este sentido, los procedimientos deben ser transparentes, claros y contar con plazos fijos predeterminados. Asimismo, los requisitos de asignación deben consagrarse en leyes claras y precisas de forma tal que se evite cualquier consideración política discriminatoria que pueda afectar la asignación en atención, por ejemplo a las ideas políticas o religiosas o de cualquier otro orden, de la persona que solicita la licencia. Al respecto, el principio 13 de la Declaración de Principios sostiene que:

62 *Ídem.* En este mismo sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa indicó que: "13. Una de las tareas esenciales de las autoridades de regulación del sector de la radiodifusión es normalmente la concesión de licencias de radiodifusión. Las condiciones fundamentales y los criterios que rigen la concesión y la renovación de las licencias de radiodifusión deben estar claramente definidos por la ley". Y que: "14. Las reglas que rigen los procedimientos de concesión de licencias de radiodifusión deben ser claras y precisas y deben ser aplicadas de manera abierta, transparente e imparcial. Las decisiones tomadas en esta materia por las autoridades de regulación deben ser objeto de una publicidad apropiada". Council of Europe. Committee of Ministers. Appendix to Recommendation Rec(2000)23 of the Committee of Ministers to member states. Reglas 13-14, 20 de diciembre de 2000, Internet: *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)23&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75.*

63 En este sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado que las "regulaciones que gobiernan los procedimientos de asignación de licencias de radiodifusión deben ser claras y precisas, y deben ser aplicadas de una manera abierta, transparente e imparcial. Las decisiones de las autoridades regulatorias en este contexto deben ser públicas". Recomendación Rec(2000)23. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 20 de diciembre de 2003, párr. 14.

64 De la misma forma, el Tribunal Europeo ha entendido que, en "relación con los procedimientos relacionados con las licencias, la Corte reitera que la manera en que los criterios de licenciamiento son aplicados durante el proceso de adjudicación debe proveer suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la expresión de razones de parte de las autoridades de regulación cuando deniegan una licencia de radiodifusión". *Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan vs. Armenia.* Sentencia de 17 de junio de 2008, párr. 81, Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Meltex&sessionid=39882418&skin=hudoc-en.*

"la utilización del poder del Estado y […] el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, […] con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley".

Por otra parte, los criterios de asignación y el procedimiento empleado para aplicarlo, deben limitarse a contemplar los requisitos que resulten necesarios para el logro de una finalidad legítima.

Asimismo, los criterios para asignar las licencias deben tener, como una de sus metas, fomentar la pluralidad y diversidad de voces. Por ello, los requisitos para otorgarlas no pueden constituir una barrera desproporcionada para lograr estas finalidades. Así por ejemplo, cuando la oferta en dinero o el criterio económico es el factor excluyente o principal para adjudicar todas las frecuencias de radio o televisión, se compromete el acceso en igualdad de condiciones a las frecuencias y se desalienta el logro del pluralismo y la diversidad. Si bien estos criterios pueden ser considerados objetivos o no discrecionales, cuando se utilizan para asignar todas las frecuencias, terminan excluyendo a amplios sectores sociales del proceso de acceso a las mismas. Al respecto, la CIDH ya ha indicado que: "las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana […] y en la Declaración de Principios"[65].

Por las mismas razones planteadas en los párrafos anteriores, los procedimientos de asignación de las licencias no deberían contemplar requisitos técnicos o administrativos con exigencias no razonables que requieran, en todos los casos, la contratación de técnicos o especialistas, pues ello, indirectamente, coloca al factor económico como una barrera para el acceso a la frecuencia. Asimismo, la distancia geográfica tampoco debería operar como una barrera para el acceso a las licencias, por ejemplo exigiendo a los medios de comunicación rurales trasladarse a la capital del país para formalizar una solicitud.

Finalmente, en todos los casos la decisión en virtud de la cual se acepta o se niega una solicitud en materia de asignación de frecuencias, debe ser pública, motivada en la ley y sometida a estricto control judicial. En este punto, es fundamental que la autoridad de aplicación aporte razones objetivas y suficientes de manera tal que todas las personas estén protegidas contra posibles actos de arbitrariedad[66].

65 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.* Asimismo, el mecanismo de la subasta ha sido declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de México, en tanto: "viola los principios de igualdad de libre concurrencia porque se privilegia el aspecto económico para la asignación, y atenta además contra la libertad de expresión". En la sentencia, se analiza la constitucionalidad del artículo 17 del Decreto que modificaba la Ley Federal de Telecomunicaciones de 11 de abril de 2006. Al respecto, véase *http://www.scjn.gob.mx.*

66 El Tribunal Europeo se ha pronunciado sobre este tema al considerar "que un procedimiento de adju-

2. Reconocimiento de los distintos sectores

El alcance democrático de la libertad de expresión reconocido por la Convención Americana incluye no sólo el derecho de cada persona a expresarse libremente, sino también el derecho del público a recibir la máxima diversidad posible de información e ideas. Ello implica, entre otras cosas, que la regulación sobre radiodifusión contemple reservas del espectro para un sistema de medios de comunicación diverso que pueda representar, en conjunto, la diversidad y pluralidad de ideas, opiniones y culturas de una sociedad.

En tal sentido, los diferentes tipos de medios de comunicación (públicos independientes del Poder Ejecutivo, privados con fines de lucro, y comunitarios o privados sin fines de lucro) deben ser reconocidos y deben poder tener acceso, en condiciones de equidad, a todas las plataformas de transmisión disponibles, incluyendo el nuevo dividendo digital[67]. En secciones posteriores de este capítulo se desarrollarán algunos aspectos de cada uno de estos sectores. Baste por ahora indicar que de lo que se trata es de lograr una mayor diversidad en el proceso comunicativo, con lo cual deben darse las condiciones para que pueda existir una verdadera radiodifusión pública independiente del poder político o del órgano ejecutivo, una radio privada comercial o comunitaria libre, vigorosa e independiente.

3. Condiciones de uso exigidas

El reconocimiento legal para acceder a una licencia no es suficiente para garantizar la libertad, el pluralismo y la diversidad, si existen normas que establecen condiciones arbitrarias o discriminatorias en el uso de la licencia.

Así por ejemplo, son arbitrarias las limitaciones de tiempo excesivamente breves para las concesiones, que dificulten que los medios comerciales puedan recuperar la inversión o llevar adelante un negocio rentable, o que las radios sociales o comunitarias puedan realmente llevar a cabo su proyecto comunicativo. También pueden dar lugar a decisiones arbitrarias las concesiones que no conducen a la celebración de un contrato en el que se incluyan de manera expresa las reglas de uso de la licencia o las condiciones en las que se pueden solicitar enmiendas a las reglas acordadas.

Son discriminatorias, por ejemplo, las limitaciones que pueden estar previstas en la legislación, o que se imponen en la práctica, que establecen para cierto tipo de medios restricciones en cuanto a contenidos, potencia, cobertura territorial o acceso a fuentes de

dicación de licencias donde la autoridad de regulación a cargo no ofrece las razones de sus decisiones, no provee una adecuada protección del derecho fundamental a la libertad de expresión contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas". *Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan vs. Armenia.* Sentencia de 17 de junio de 2008, párr. 83, Internet: *http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Meltex&sessionid=39882418&skin=hudoc-en.*

67 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

financiamiento, sin un argumento suficiente, objetivo y razonable, que persiga una finalidad legítima ajustada a la Convención Americana.

En todo caso, es fundamental que los requisitos administrativos, económicos y técnicos que se exijan para el uso de licencias sean los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento, que estén previstos en la regulación de modo claro y preciso, y que no puedan ser modificados de manera injustificada mientras dura la licencia.

4. Sobre la renovación de las licencias

La CIDH ya ha reconocido que los Estados tienen la potestad de administrar el espectro radioeléctrico y, concretamente, de establecer previamente términos de duración de las concesiones y decidir sobre su renovación o no a la finalización de los plazos respectivos[68]. En el caso en que la regulación contemple la posibilidad de renovar o prorrogar las licencias, al igual que el procedimiento de asignación, el procedimiento de renovación o prórroga debería estar regulado por la ley, ser transparente, estar guiado por criterios objetivos, claros y democráticos, y asegurar el debido proceso[69].

En este sentido, toda decisión en esta materia debería ser motivada en razones objetivas y someterse a un proceso público, respetuoso del debido proceso. Al respecto, la CIDH ha sostenido que en estos procesos, "los Estados deben procurar, bajo el principio de igualdad de oportunidades, procedimientos abiertos, independientes y transparentes que contengan criterios claros, objetivos y razonables, que eviten cualquier consideración de política discriminatoria por la línea editorial del medio de comunicación"[70].

En especial, la regulación debe contemplar plazos y criterios objetivos a fin de evitar que la situación de incertidumbre se convierta en un instrumento de presión indebida sobre los medios de comunicación que aspiran a renovar su licencia. Asimismo, el procedimiento para revisar la renovación de las licencias debe contemplar avisos previos con plazos de anticipación suficiente, y garantizar que efectivamente puedan participar tanto el que aspira a renovar la licencia como cualquier persona interesada. En todo caso, el hecho de ser licenciatario —si se demuestra además que se dio cumplimiento a los requisitos exigidos y a los compromisos asumidos derivados de la adjudicación de la licencia—, puede ser valorado positivamente en el procedimiento de evaluación de la solicitud de renovación.

Por lo demás, la decisión para renovar o no una licencia debe analizar en el caso concreto cómo compatibilizar el objetivo de fomentar la pluralidad y diversidad de voces, en particular en países o regiones con índices de concentración de la propiedad de los medios de comunicación muy altos, con la prohibición de castigar a la línea editorial o informativa

68 CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: *http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm.*

69 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

70 CIDH, 25 de mayo de 2007, Comunicado de Prensa No. 29/07, Internet: *http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2007/29.07sp.htm.*

de un medio. Al respecto, la Relatoría Especial ha recomendado a los Estados que la regulación sobre radiodifusión establezca que en la asignación de frecuencias se tengan en cuenta "criterios democráticos que garanticen la igualdad de oportunidades de todos los individuos en el acceso y la operación de estos medios en condiciones de equidad, sin restricciones desproporcionadas o irrazonables" y que "se evite la asignación, el retiro o la no renovación de las frecuencias o licencias por razones discriminatorias o arbitrarias"[71]. Es por ello que resulta fundamental, a fin de evitar arbitrariedades, que la regulación establezca previamente y de manera clara y precisa los criterios que guiarán la decisión sobre las solicitudes de renovación de licencias.

Por último, para disminuir el margen de una posible arbitrariedad, el procedimiento para analizar la renovación de una licencia debe ser llevado adelante por un órgano que reúna los requisitos enumerados en los párrafos anteriores de este documento, entre los que se destacan la independencia respecto del poder político y el sector vinculado a la radiodifusión. Asimismo debe ser un mecanismo transparente y público, que contemple, por ejemplo, la realización de audiencias en las que pueda escucharse la opinión del público. Es crucial también que permita el derecho de quien aspira a la renovación a ser oído y ofrecer prueba, antes de la adopción de cualquier decisión; que se garantice el derecho a acceder a una decisión fundada, y en un plazo razonable; y que se asegure el control judicial posterior.

E. Sobre la transformación digital

El desarrollo tecnológico ofrece una oportunidad fundamental para garantizar acceso a las frecuencias a personas o sectores generalmente marginados o excluidos. En este sentido, el desafío en estos tiempos, y en el futuro inmediato, es convertir la actual desigualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una oportunidad digital para todos y todas.

La transformación tecnológica en la radiodifusión debería tener como meta asegurar que el nuevo dividendo digital haga un uso óptimo del espectro para asegurar la mayor pluralidad y diversidad posible. Para ello, los Estados deberían establecer mecanismos legales específicos para llevar adelante la transición a los servicios de radiodifusión digitales. Esta regulación debería contemplar un programa de migración que tenga en cuenta las necesidades y capacidades de los distintos actores involucrados en este proceso, así como el nivel de aplicación de las nuevas tecnologías. En particular, los Estados deberían evaluar las posibilidades de emisión derivadas del uso del dividendo digital, considerando este cambio tecnológico como una oportunidad para incrementar la diversidad de voces y habilitar el acceso de nuevos sectores de la población a los medios de comunicación[72]. Al mismo

71 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 106.

tiempo, los Estados deberían adoptar medidas para evitar que el costo de la transición analógica a la digital limite la capacidad de los medios de comunicación en función de los costos económicos.

Al respecto, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores especiales de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana resaltaron que: "en la planificación de la transición de la radiodifusión análoga a la digital se debe considerar el impacto que tiene en el acceso a los medios de comunicación y en los diferentes tipos de medios. Esto requiere un plan claro para el cambio que promueva, en lugar de limitar, los medios públicos. Se deben adoptar medidas para asegurar que el costo de la transición digital no limite la capacidad de los medios comunitarios para operar"[73].

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que los Estados de la región han reconocido la importancia de adoptar medidas para reducir la brecha digital entre los países. Así, mediante la resolución 2440 (XXXIX-O-09) de la Asamblea General de la OEA, los Estados miembros acordaron, entre otras cosas, que la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones

71 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 106.

72 Al respecto, la Declaración de Principios de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI, aprobada en Ginebra en 2003), convocada por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 56/183 de 21 de diciembre de 2001, afirma que: "somos plenamente conscientes de que las ventajas de la revolución de la tecnología de la información están en la actualidad desigualmente distribuidas entre los países desarrollados y en desarrollo, así como dentro de las sociedades. Estamos plenamente comprometidos a convertir la brecha digital en una oportunidad digital para todos, especialmente aquellos que corren peligro de quedar rezagados y aún más marginados" (principio 5). La resolución agrega que al "construir la Sociedad de la Información prestaremos especial atención a las necesidades especiales de los grupos marginados y vulnerables de la sociedad, en particular los migrantes, las personas internamente desplazadas y los refugiados, los desempleados y las personas desfavorecidas, las minorías y las poblaciones nómadas. Reconoceremos, por otra parte, las necesidades especiales de personas de edad y las personas con discapacidades" (principio 13).

También resulta relevante citar la Resolución 2007/2253, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea de 25 de septiembre de 2008, en la que el Parlamento Europeo, "pide un enfoque equilibrado respecto a la asignación del dividendo digital con objeto de asegurar un acceso equitativo para todos los actores, salvaguardando con ello el pluralismo de los medios de comunicación" (2007/2253(INI), párr. 47). Asimismo, en la Resolución 2003/2237, sobre el peligro que corre en la Unión Europea, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales), el Parlamento Europeo "señala que los medios de comunicación digitales no garantizarán de forma automática una mayor libertad de elección, dado que las mismas empresas de medios de comunicación que ya dominan los mercados nacionales y mundiales de los medios de comunicación también controlan los portales de contenidos dominantes en Internet, y que la promoción de la formación básica en la comunicación y la técnica digitales es un aspecto estratégico del desarrollo de un pluralismo duradero de los medios de comunicación; expresa su preocupación por el abandono de las frecuencias analógicas en algunas zonas de la Unión" (2003/2237(INI), párr. 7).

73 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

(CITEL) debería continuar apoyando a los Estados en la adecuación de sus tecnologías y sus normativas para lograr la optimización en el uso del espectro[74].

F. Sobre los medios públicos de comunicación

Los medios públicos de comunicación pueden (y deberían) desempeñar una función esencial para asegurar la pluralidad y diversidad de voces necesarias en una sociedad democrática. Su papel es fundamental a la hora de proveer contenidos no necesariamente comerciales, de alta calidad, articulados con las necesidades informativas, educativas y culturales de la población. Sin embargo, para que los medios públicos puedan realmente cumplir su función, debe tratarse de medios públicos independientes del Poder Ejecutivo; verdaderamente pluralistas; universalmente accesibles; con financiamiento adecuado al mandato previsto por la ley; y que contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación de la comunidad en las distintas instancias de producción, circulación y recepción de contenidos.

Al respecto, en su Declaración Conjunta de 2007, los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana sostuvieron que: "se requieren medidas especiales para proteger y preservar los medios públicos en el nuevo espacio radioeléctrico. El mandato de los medios públicos debe estar claramente establecido por ley y debe incluir, entre otros, el contribuir a la diversidad, la cual debe ir más allá de ofrecer diferentes tipos de programación, dar voz y satisfacer las necesidades de información e intereses de todos los sectores de la sociedad. Se deben explorar mecanismos innovadores para el financiamiento de los medios públicos, de forma tal que éste sea suficiente para permitirles cumplir con su mandato de servicio público, que sea garantizado por adelantado para periodos de varios años y que sea ajustado de acuerdo a la inflación"[75].

1. Mandato establecido por ley

En primer lugar, es importante que los Estados regulen la actividad de los medios públicos de comunicación mediante una ley. Ésta debería establecer objetivos y mandatos complementarios, y no competitivos, con los de los medios de comunicación privados —en especial, los comerciales—.

Asimismo, la ley debería asegurar: (1) el carácter no gubernamental o independiente del sistema de medios públicos; (2) los aspectos vinculados con la programación orientada al interés público; (3) la gratuidad; (4) la cobertura en todo el territorio del Estado; y (5) la

74 Asamblea General de la OEA, Resolución 2440 (XXXIX-O/09), "Desarrollo de las telecomunicaciones en la región para reducir la brecha digital".

75 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

forma de su financiamiento. La existencia de lineamientos legales claros, al mismo tiempo, fortalece el proyecto comunicacional del sistema de medios públicos.

Es importante resaltar que en su "Declaración Conjunta sobre medios de comunicación y elecciones" (2009), los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana reconocieron que, por ejemplo, en períodos electorales, los medios de comunicación públicos tienen ciertas obligaciones específicas para asegurar que la sociedad acceda a información plural, imparcial y equilibrada que refleje las propuestas de los distintos partidos políticos y candidatos o candidatas[76].

2. Independencia

En segundo lugar, en tanto se ha reconocido que la libertad de expresión exige necesariamente una amplia pluralidad en la información[77], es esencial garantizar que estos medios públicos sean *independientes* del gobierno. Para la CIDH, la independencia de los medios de comunicación públicos contribuye asimismo a su credibilidad y legitimidad. A este respecto, es importante recordar que, de conformidad con el principio 12 de la Declaración de Principios, la existencia de *monopolios u oligopolios públicos* o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. En palabras de la Relatoría Especial, "tanto la Corte Interamericana como la [CIDH] han manifestado que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión"[78].

En tal sentido, los Estados deben orientar los medios de comunicación públicos al mandato de pluralidad y diversidad de expresiones e informaciones; lo que implica necesa-

76 Declaración Conjunta sobre medios de comunicación y elecciones, 15 de mayo de 2009. Asimismo, resulta relevante citar la Resolución 2007/2253, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea de 25 de septiembre de 2008, en la que el Parlamento Europeo pide "a los Estados miembros que apoyen unos servicios públicos de radiodifusión de elevada calidad capaces de ofrecer una verdadera alternativa a la programación de las cadenas comerciales y que, sin tener necesariamente que competir por las cuotas de pantalla y los ingresos procedentes de la publicidad, ocupen un lugar más visible en el panorama europeo como pilares de la preservación del pluralismo de los medios de comunicación, el diálogo democrático y el acceso de todos los ciudadanos a unos contenidos de calidad" (2007/2253(INI), párr. 32).

77 Véase, entre otros, CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 419, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.* Nuevamente corresponde aclarar que en esta cita, el término "información" está considerado en su acepción amplia, que incluye opiniones, ideas, expresiones artísticas, culturales, etc.

78 CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión,* octubre 2000, Sección B: "Interpretación", párr. 53.

riamente que no estén sometidos a injerencias arbitrarias del gobierno ni del sector privado vinculado a la radiodifusión. Así, la radio y la televisión públicas no pueden ser utilizadas como herramientas de comunicación o propaganda de los gobiernos, sino como espacios informativos y culturales autónomos que actúen al servicio de los intereses de la sociedad en su conjunto. Su programación debería: (1) difundir producciones artísticas, culturales, científicas, académicas y educativas de interés general llevadas a cabo en los diversos puntos del país; (2) informar sobre cuestiones de interés público; y (3) reflejar el pluralismo político, social, geográfico, religioso, cultural, lingüístico y étnico de la sociedad[79].

Para asegurar la autonomía de los medios públicos se debería establecer por ley la independencia de su línea editorial o informativa[80]. Asimismo, no obstante cada uno de los Estados puede definir el diseño institucional más adecuado, es importante que todos los medios de radiodifusión gestionados por el Estado estén supervisados por una autoridad independiente, cuyos integrantes sean elegidos mediante un procedimiento transparente y competitivo en función de la idoneidad profesional y ética[81]. La legislación debería contemplar un régimen severo de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés. Los Estados deberían contemplar también requisitos y procedimientos de designación y remoción objetivos y transparentes para los directivos de cada uno de los medios de públicos de comunicación que no deberían ser de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo Nacional.

3. Acceso universal y financiamiento adecuado

El sistema de radios y canales de televisión públicos debe tender a su gratuidad y tener alcance en todo el territorio del Estado a fin de garantizar los derechos de libertad de expresión y acceso a la información de todas las personas bajo su jurisdicción sin discriminación en función de las condiciones sociales, económicas o geográficas.

79 En tal sentido, el artículo 15 de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos"; y su artículo 16 que: "2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena".

80 En este sentido, los relatores para la libertad de expresión sostuvieron que la injerencia arbitraria del gobierno constituye "una amenaza a la diversidad de los medios". Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

81 En cuanto a la integración del directorio de los medios de comunicación públicos, es relevante lo recomendado por el Consejo Europeo, en cuanto a que las "reglas que gobiernan el *status* de los cuerpos directivos de las emisoras públicas, especialmente en cuanto a la designación de sus miembros, deben ser definidas de manera tal que se evite cualquier riesgo de intervención política o de otra naturaleza" (Consejo Europeo, Recomendación No. R (96) 10, sobre la garantía de independencia de las organizaciones que prestan servicio de radiodifusión pública).

Para que el sistema de medios públicos se adecue a los parámetros del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, no sólo debe garantizar pluralidad y diversidad de voces en su programación, sino también que la mayor cantidad de personas puedan acceder a ella. En tal sentido, los Estados deben promover que las personas que habitan en zonas donde no existen otros medios de comunicación —por ejemplo por no constituir un negocio rentable para los sectores privados—; o que no puedan pagar un servicio de televisión de paga, tengan acceso a los medios públicos.

El Estado debe asegurar que estos medios de comunicación cuenten con fondos públicos suficientes y estables. El financiamiento público adecuado al mandato establecido por la ley es una garantía contra la injerencia arbitraria de sectores públicos y privados. En tal sentido, si bien pueden preverse otras formas de financiamiento complementarias, éstas no pueden condicionar su misión de servicio público determinando sus contenidos. Por lo demás, los medios públicos de comunicación deben contar con un presupuesto estable y autonomía financiera que impida injerencias arbitrarias también del sector gubernamental.

4. Transparencia y rendición de cuentas

Los medios públicos de comunicación deben actuar de modo transparente. Ello implica, por un lado, que los Estados garanticen acceso a la información sobre todos los aspectos vinculados a su gestión (salvo las garantías propias del periodismo como la reserva de la fuente de la información); y por otro, que se contemplen mecanismos de rendición de cuentas y de participación ciudadana, por ejemplo para la recepción de propuestas y de comentarios o quejas por parte de la audiencia.

Como ya se examinara supra, en todo lo vinculado a la actividad de radiodifusión, los Estados deben actuar de modo transparente y público pues, tal como establecieron los relatores especiales para la libertad de expresión en su Declaración Conjunta de 2007, "la transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión. Este criterio debe ser aplicable a la regulación, propiedad, esquemas de subsidios públicos y otras iniciativas en cuanto a políticas"[82].

G. Sobre los medios comunitarios de radiodifusión

El derecho a la libertad de expresión exige que los Estados no sólo se abstengan de realizar acciones que impiden el ejercicio del derecho, sino además que adopten medidas para garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y no discriminación[83]. Así, por ejemplo, se

82 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

83 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párr. 230. En general, sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos

deben remover los obstáculos que impiden que ciertos sectores sociales puedan acceder a los medios de comunicación; y, al mismo tiempo, promover activamente, la inserción de grupos desfavorecidos o actualmente marginados en los medios de comunicación.

En varias oportunidades, la CIDH y la Relatoría Especial han reconocido que los medios de comunicación comunitarios cumplen en nuestra región una función fundamental para el ejercicio de distintos sectores de la sociedad a la libertad de expresión y al acceso a la información[84]. En dichos pronunciamientos han establecido que resulta necesario que los Estados los reconozcan legalmente y que se contemplen reservas de espectro para este tipo de medios, así como condiciones equitativas de acceso a las licencias que diferencien las realidades distintas de los medios privados no comerciales[85].

1. Importancia y características

En su Informe Anual 2002, la Relatoría Especial, en el capítulo sobre "Libertad de expresión y pobreza", señaló:

> La libertad de los individuos para debatir y criticar abiertamente las políticas y las instituciones los protege contra las violaciones a los derechos humanos. La apertura de los medios de difusión no solo promueve las libertades civiles y políticas, sino que a menudo contribuye a los derechos económicos, sociales y culturales. En algunos casos la utilización de los medios de comunicación ha ayudado a generar conciencia pública y ejercer presiones para que se adopten medidas tendientes a mejorar la calidad de vida de los sectores marginales o más vulnerables de la población.
>
> Sin embargo, la utilización de los medios tradicionales de comunicación masiva no siempre se presenta como medio accesible para la difusión de las necesidades y reivindicaciones de los sectores más empobrecidos o vulnerables de la sociedad. En este sentido, los medios comunitarios de comunicación y difusión vienen insistiendo desde hace tiempo para incluir en las agendas nacionales, estrategias y contenidos que atiendan a las necesidades de estas comunidades[86].

sin discriminación, véase Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 103-104.

84 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm;* CIDH, *Informe Anual 2002,* Volumen III: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV: Libertad de expresión y pobreza", párr. 41.

85 CIDH, *Informe Anual 2007,* Volumen II: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

86 CIDH, *Informe Anual 2002,* Volumen III: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: Libertad de expresión y pobreza, párrs. 37-38.

Y más adelante, en el mismo informe, indicó que:

> La necesidad creciente de expresión de las mayorías y minorías sin acceso a medios de comunicación, y su reivindicación del derecho de comunicación, de libre expresión de ideas, de difusión de información hace imperante la necesidad de buscar bienes y servicios que les aseguren condiciones básicas de dignidad, seguridad, subsistencia y desarrollo[87].

En el mismo sentido, en su informe "Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala", la CIDH indicó que:

> La [CIDH] y su Relatoría [Especial] entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal. La Comisión recuerda que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad […] participen informadamente en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades […][88].

A su turno, en el Informe Anual 2007, la Relatoría Especial sostuvo que la normativa sobre radiodifusión comunitaria debe reconocer las características especiales de estos medios y contener, como mínimo, los siguientes elementos: (a) la existencia de procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (b) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida, en la práctica, siquiera que puedan plantear al Estado una solicitud de espacio; y (c) la posibilidad de que utilicen publicidad como medio para financiarse. En ese informe, la Relatoría Especial recomendó a los Estados: "[l]egislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine parte del espectro a radios comunitarias, y que en la asignación de estas frecuencias se tomen en cuenta criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a las mismas"[89].

Todos estos elementos están contenidos también en la "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión" (2007) de los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OSCE, la OEA y la Comisión Africana. La Relatoría Especial añadió también que, "en la misma línea, es necesaria una legislación que defina apropiadamente el concepto

87 *Ibíd.,* párr. 41.

88 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

89 CIDH, *Informe Anual 2007,* Volumen II: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 6.

de radio comunitaria y que incluya su finalidad social, su carácter de entidades sin fines de lucro y su independencia operativa y financiera"[90].

Finalmente, en su Informe Anual 2008, la Relatoría Especial señaló que:

> Las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público. Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan. Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes no han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio[91].

Es por todas las razones mencionadas que se ha reconocido que los medios de comunicación comunitarios desempeñan una función esencial no sólo en el proceso de inclusión social, sino como mecanismos para fomentar la cultura e historia, y para el desarrollo y educación de las distintas comunidades[92].

En especial, los medios de comunicación comunitarios son fundamentales para garantizarle a los pueblos indígenas de nuestra región efectivo respeto por la libertad de expresión y el acceso a la información. En tal sentido, conviene recordar que tanto la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículos 16[93], como el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la CIDH el 25 de febrero de 2007, en su artículo VIII.2[94], reconocen el derecho de los pueblos

90 *Ibíd.,* párr. 5.

91 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 100.

92 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

93 El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que: "1. *Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas* y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna"; y que: "2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena". El resaltado es nuestro.

94 El artículo VIII.2 del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que, los "Estados tomarán medidas para promover y asegurar que sean transmitidos programas en lengua indígena por las radios y televisoras de las regiones de alta presencia indígena, y p*ara apoyar la creación de radioemisoras y otros medios de comunicación indígenas".* El resaltado es nuestro.

indígenas a establecer sus propios medios de comunicación en sus propios idiomas. Pero los medios de comunicación comunitarios no sirven sólo a los pueblos indígenas. Como lo indicó la Relatoría Especial en su Informe Anual 2008, se encuentran en circunstancia de exclusión e invisibilización, por ejemplo, las mujeres madres cabeza de familia que viven en situación de pobreza (o extrema pobreza) que no tienen los medios para difundir sus necesidades e intereses y que deben soportar los efectos de una cultura sexista alimentada, en no pocos casos, por el poderoso flujo masivo de informaciones y opiniones al cual ellas no pueden acceder; afrodescendientes que viven en zonas marginales y deben soportar las consecuencias de culturas racistas sin poder incidir decisivamente en los debates que ayudarían a revertir los procesos de discriminación; comunidades rurales o barriales organizadas con el propósito de superar situaciones indignantes de marginalidad social, que no pueden conocer alternativas exitosas de acción colectiva ni informar adecuadamente a la sociedad sobre sus necesidades y propuestas; personas con discapacidad física o psíquica, cuyas necesidades e intereses son sistemáticamente excluidas de la deliberación colectiva. En fin, millones de personas cuya libertad de expresión no se encuentra suficientemente asegurada, todo lo cual conduce a una falla fundamental en el proceso de deliberación democrática[95].

2. Reconocimiento legal

Muchas legislaciones de nuestros países aún establecen prohibiciones o barreras desproporcionadas que impiden que sectores privados no comerciales puedan acceder a los medios de comunicación. Es importante por ello que la regulación sobre radiodifusión reconozca expresamente el derecho de las organizaciones sin fines de lucro a ser propietarias de medios de comunicación audiovisual. Como ha dicho la Relatoría Especial, "se trata en estos casos de un marco normativo que promueva la vitalidad de la democracia si se atiende al hecho de que el proceso comunicativo no sólo debe satisfacer las necesidades de consumo de los habitantes (necesidades legítimas de entretenimiento, por ejemplo), sino las necesidades de información de los ciudadanos"[96].

En tal sentido, en su "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión", los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana destacaron que, "la radiodifusión comunitaria debe estar expresamente reconocida en la ley como una forma diferenciada de medios de comunicación". En el mismo sentido indicaron que "los diferentes tipos de medios de comunicación (públicos y privados, con y sin fines de lucro) deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles, incluyendo el nuevo dividendo digital"[97].

95 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 101.

96 *Ibíd.,* párr. 107.

97 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

La legislación debería definir apropiadamente el concepto de medio de comunicación comunitario, incluyendo su finalidad social y no comercial, y su independencia operativa y financiera del estado y de intereses económicos[98]. Asimismo, la legislación debería: (1) prever procedimientos sencillos para la obtención de licencias; (2) la no exigencia de requisitos tecnológicos severos que les impida acceder a ellas; y (3) la posibilidad de que utilicen distintas fuentes de financiación, como la publicidad, como medio para financiarse[99]. En todo caso, la legislación debería incluir suficientes garantías para que por vía de la financiación oficial no se conviertan en medios dependientes del Estado.

3. Reservas de espectro y condiciones equitativas de acceso y de uso de las licencias

Dada la situación de exclusión existente, los Estados deben adoptar medidas positivas para incluir a los sectores sin fines comerciales en los medios de comunicación[100]. Entre estas medidas aparece la de asegurar frecuencias del espectro de radiodifusión para los distintos tipos de medios, y disponer específicamente que ciertas frecuencias sean reservadas para el uso de los medios comunitarios, en especial cuando éstos no estén representados equitativamente en el espectro. Al respecto, la Relatoría Especial ha insistido en la necesidad de que la regulación sobre radiodifusión establezca el deber de destinar parte del espectro a medios de comunicación comunitarios[101].

Otra de las medidas que debe promover el Estado para generar oportunidades equitativas para una igualdad real en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, es establecer procedimientos especiales para que los sectores sin fines comerciales puedan acceder a las licencias. En tal sentido, deberían contemplarse procedimientos que no exijan requisitos tecnológicos severos que, en la práctica, impacten discriminatoriamente en estos sectores impidiéndoles siquiera formalizar una solicitud de licencia. Por el contrario, los requisitos para acceder a las licencias deberían contemplar las necesidades específicas de los radiodifusores comunitarios.

Como ya se explicó en otra sección de este capítulo, en el informe "Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala" (2003), la CIDH indicó que: "la entrega o renovación de licencias de radiodifusión debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo

98 CIDH, *Informe Anual 2007,* Volumen II: "Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión", Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

99 Al respecto, la Relatoría Especial ha establecido que es "imprescindible, que se remuevan todas las restricciones desproporcionadas o discriminatorias que impiden que los operadores de radio y televisión, en todas las modalidades, puedan cumplir cabalmente con la misión comercial, social o pública que tienen asignada". CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 106.

100 *Ibíd.,* Capítulo III, párr. 230.

101 CIDH, *Informe Anual 2007,* Volumen II: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III: Conclusiones y Recomendaciones, párr. 5.

y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad […] participen informadamente en el proceso democrático. […] Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con la democracia y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizados en la Convención Americana […] y en la Declaración de Principios"[102]. Similar criterio sostuvieron los relatores para la libertad de expresión de la ONU, la OEA, la OSCE y la Comisión Africana en su "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión" (2007)[103].

De otra parte, el simple reconocimiento legal para acceder a una licencia no alcanza para garantizar la libertad de expresión si existen discriminaciones o arbitrariedades en las condiciones de uso de las licencias que limitan severamente la capacidad de los sectores privados sin fines de lucro de utilizar las frecuencias, así como el derecho del público en general a escucharlas. En tal sentido, el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana prohíbe que se impongan limitaciones arbitrarias o discriminatorias al uso de las licencias de radiodifusión comunitarias[104]. Es por ello que la regulación debería permitirle a estos medios de comunicación diferentes fuentes de financiamiento; entre ellas la posibilidad de recibir publicidad en tanto existan otras garantías que impidan el ejercicio de competencia desleal con otras radios y siempre que no interfiera en su finalidad social[105]. Asimismo, es necesario asegurar que el financiamiento estatal no disuelva la independencia de la radio comunitaria, pues de esta manera se estaría perdiendo el valor genuinamente comunitario de este sector de la radiodifusión.

Por último, se deberían remover otras restricciones arbitrarias al uso de las licencias, como por ejemplo las limitaciones al uso de lenguas minoritarias o indígenas utilizadas por los medios de comunicación dirigidos específicamente a distintas comunidades.

H. Sobre la radiodifusión privada comercial

El artículo 13 de la Convención Americana ampara el derecho de todas las personas a fundar medios masivos de comunicación para ejercer, por esta vía, su libertad de expresión. El derecho a fundar y gestionar medios masivos de comunicación se encuentra así revestido de las mismas garantías reforzadas que protegen a la libertad de expresión. En este sentido, las

102 CIDH, *Justicia e inclusión social: Los desafíos de la democracia en Guatemala,* Capítulo VII: "La situación de la libertad de expresión", párr. 414, Internet: *http://www.cidh.oas.org/countryrep/Guatemala2003sp/capitulo7.htm.*

103 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

104 Véase también, el principio 13 de la Declaración de Principios, que prohíbe todo tipo de presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales.

105 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

sociedades democráticas deben procurar la existencia de una radiodifusión libre, independiente y plural, que se encuentre blindada contra interferencias arbitrarias y que cumpla con responsabilidad las obligaciones legítimas, razonables y proporcionadas, que le imponen la ley y la Constitución.

Todas las personas que ejerzan su derecho a la libertad de expresión a través de medios que pretendan utilizar las frecuencias tienen derecho a ser considerados en igualdad de condiciones en un proceso de asignación de frecuencias que sea trasparente, claro, preestablecido y respetuoso del debido proceso. Las licencias deben estar sometidas a condiciones razonables y proporcionadas de uso y deben permitir el uso de la frecuencia durante el tiempo suficiente para que la persona pueda recuperar su inversión y rentabilidad. La autoridad de aplicación de las disposiciones pertinentes debe reunir las características de independencia e imparcialidad mencionadas anteriormente en este capítulo. Las normas que regulen o limiten el ejercicio de la radiodifusión, deben encontrarse claramente consagradas en una ley y ser claras, concisas y necesarias en una sociedad democrática. Finalmente, debe existir un recurso judicial idóneo y efectivo para poder remover cualquier obstáculo o reparar cualquier daño que se cometa contra quienes legítimamente ejercen su derecho a la libertad de expresión por esta vía.

I. Sobre el deber estatal de evitar monopolios u oligopolios en la radiodifusión

Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación atentan contra la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, por cuanto impiden la diversidad y pluralidad de voces necesarias en una sociedad democrática[106]. Tanto la CIDH como la Corte Interamericana han sostenido la importancia de la intervención estatal para garantizar competencia y promover pluralismo y diversidad. Entre las medidas efectivas que los Estados deben adoptar se encuentran las leyes antimonopólicas que limiten la concentración en la propiedad y en el control de los medios de radiodifusión.

Es claro que la concentración de la propiedad de los medios de comunicación conduce a la uniformidad de contenidos que éstos producen o difunden. Por ello, hace ya más de veinte años, la Corte Interamericana señaló que se encuentra prohibida la existencia de todo monopolio en la propiedad o la administración de los medios de comunicación, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar[107]. También reconoció que los Estados deben intervenir

106 El principio 12 de la Declaración de Principios establece que los "monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti-monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos".

107 Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que son "los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones

activamente para evitar la concentración de propiedad en el sector de los medios de comunicación. El máximo tribunal de justicia de la región sostuvo que: "en los términos amplios de la Convención [Americana], 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'"[108].

En sus declaraciones conjuntas de 2001[109], 2002[110] y 2007, los relatores para la libertad de expresión se pronunciaron en contra de los monopolios en los medios de comunicación. Específicamente, en su Declaración Conjunta de 2007 sostuvieron que, "en reconocimiento de la particular importancia que la diversidad de los medios de comunicación tiene para la democracia, para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben adoptar medidas especiales, incluyendo leyes antimonopólicas"[111].

---

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" y que "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". Corte IDH, *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, párrs 33-34. El resaltado es nuestro.

108 Corte IDH, *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. 56. En el mismo sentido, véase CIDH, *Informe Anual 2004,* Volumen III: "Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: El impacto de la concentración de la propiedad en los medios de comunicación social".

109 "Deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión". Declaración Conjunta sobre la libertad de expresión en el nuevo siglo, 20 de noviembre de 2001.

110 Los relatores para la libertad de expresión se declararon conscientes de "la amenaza que plantea la creciente concentración de la propiedad de los medios de prensa y los medios de comunicación, en particular para la diversidad y la independencia editorial". Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y administración de justicia, comercialización y libertad de expresión y difamación penal, 10 de diciembre de 2002.

111 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007. También resultan de interés para la CIDH, las resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo en la materia, como la Resolución 2007/2253 de 25 de septiembre de 2008, sobre concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea, en el que el Parlamento Europeo: "3. Constata que el panorama de los medios de comunicación europeos está sujeto a una convergencia continua, tanto por lo que respecta a los propios medios de comunicación como a los mercados; 4. Pone de relieve que la concentración de la propiedad del sistema de medios de comunicación crea un entorno que favorece la monopolización del mercado de la publicidad, introduce barreras a la entrada de nuevos actores del mercado y conduce asimismo a la uniformidad de los contenidos de los medios de comunicación; 5.

En concreto, los Estados deben evitar situaciones de monopolio u oligopolio y contemplar la existencia de estas situaciones al momento de definir la asignación o la renovación de las licencias. Al respecto, en la "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión" (2007), los relatores para la libertad de expresión aclararon que las medidas antimonopólicas, "deben implicar el cumplimiento de estrictos requisitos de transparencia sobre la propiedad de los medios de comunicación a todos los niveles. Además deben involucrar un monitoreo activo, el tomar en cuenta la concentración de la propiedad, en caso que sea aplicable, en el proceso de concesión de licencias, el reporte con antelación sobre grandes combinaciones propuestas, y la concesión de autoridad para evitar que tales combinaciones entren en vigor"[112].

Ahora bien, los controles y restricciones que se impongan para evitar monopolios u oligopolios no deberían limitar innecesariamente el crecimiento, desarrollo o viabilidad económica del sector comercial en la radiodifusión. En este sentido, el artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que: "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". En tanto que ha sostenido la Corte Interamericana que también es violatorio de la libertad de expresión "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"[113].

En todo caso, la existencia de regulaciones sobre radiodifusión que respeten los requisitos enumerados en los primeros apartes de este capítulo, y de autoridades de aplicación y fisca-

Observa que el desarrollo del sistema de medios de comunicación se ve cada vez más arrastrado por el ánimo de lucro y, como consecuencia, no se salvaguardan en la medida adecuada los procesos sociales, políticos o económicos ni los valores recogidos en los códigos de conducta periodísticos; considera, por tanto, que la legislación en materia de competencia debe estar interrelacionada con la legislación en materia de medios de comunicación, a fin de garantizar el acceso, la competencia y la calidad y de evitar conflictos de intereses entre la concentración de la propiedad de los medios y el poder político, que son perjudiciales para la libre competencia, la igualdad de condiciones y el pluralismo". En el mismo sentido, en la resolución sobre el peligro que corre en la Unión Europea, y particularmente en Italia, la libertad de expresión y de información (apartado 2 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales) (2003/2237(INI)), el Parlamento Europeo precisó que: "30. Se felicita por la contribución de los medios de comunicación comerciales a la innovación, el crecimiento económico y el pluralismo, pero observa que el creciente grado de integración de los mismos, su conexión con las multinacionales del sector multimedia y su constitución en estructuras de propiedad transnacional representan también una amenaza para el pluralismo".

112 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

113 Corte IDH, *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. 55.

lización que cumplan las condiciones desarrolladas en este documento, protegerán a los radios y canales de televisión comerciales de injerencias abusivas y de decisiones arbitrarias[114].

J. Publicidad oficial y otras formas de financiamiento de la radiodifusión

La publicidad —entre ésta la publicidad estatal— representa una fuente de ingresos muy relevante para la viabilidad o desarrollo de los medios de comunicación[115]. Al mismo tiempo, el uso de los medios de comunicación para trasmitir información de interés público es una herramienta importante y útil para los Estados[116]. Es por ello esencial asegurar que la pauta oficial no sea utilizada como instrumento de castigo a medios de comunicación independientes o críticos con el gobierno, o como subsidio encubierto que beneficie, directa o indirectamente, a los medios de comunicación afines o condescendientes con las autoridades[117].

Es necesario recordar que el principio 5 de la Declaración de Principios ha establecido que "la censura previa, interferencia o *presión directa o indirecta* sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, así como también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de ex-

114 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 107.

115 "Los costos de producción de los medios de comunicación son elevados, y la forma más lucrativa de cubrir esos gastos es una amplia publicidad. Tradicionalmente, los presupuestos de publicidad del Estado representan un porcentaje sustancial de la inversión total en publicidad de los medios. En general, el público no conoce las cifras exactas de lo que se gasta en publicidad. Sin embargo, existen informes de numerosos medios de comunicación que indican que reciben del Estado entre el 40% y el 50% de su ingreso". CIDH, *Informe Anual 2003,* Capítulo V: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", párr. 4.

116 "Existen dos tipos de publicidad del Estado: la publicidad no pagada y la publicidad pagada. La publicidad 'no pagada' incluye los comunicados de prensa, los textos de leyes o sobre reuniones legislativas, e información que cuenta con respaldo del gobierno pero que puede ser pagada por un particular. Con frecuencia existen obligaciones jurídicas de parte de los medios de comunicación nacionales de divulgar esta publicidad como condición para que utilicen las frecuencias y las ondas del Estado. Esas condiciones están habitualmente incluidas en las leyes fundamentales de radiodifusión y prensa. La publicidad 'pagada' incluye los anuncios pagados en la prensa, la radio o la televisión, el material de software y video producido por el gobierno o patrocinado por éste, las campañas a base de folletos, el material publicado en Internet, las exposiciones, etc." CIDH, *Informe Anual 2003,* Capítulo V: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", párr. 3.

117 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 77.

presión". Al interpretar el alcance de este principio[118], la CIDH ha aclarado que "este principio establece que es inadmisible la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o del Estado con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas como de los medios de comunicación. La [CIDH] ha expresado al respecto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al acallar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas"[119].

Asimismo, el principio 13 de la Declaración de Principios prevé que: "la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; *la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales;* el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión".

En diversas oportunidades, la CIDH y la Relatoría Especial han constatado en la región el uso de la publicidad como una de las manifestaciones posibles de las restricciones indirectas al derecho a la libertad de expresión[120]. Por su parte, los relatores especiales para la libertad de expresión también alertaron sobre este fenómeno a nivel mundial. En su Declaración Conjunta de 2002 afirmaron que: "los gobiernos y los órganos públicos nunca deben abusar de su custodia de las finanzas públicas para tratar de influir en el contenido de la información de los medios de prensa; el anuncio de publicidad debe basarse en razones de mercado"[121]. Y en su "Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión" (2007) expresaron que: "debe considerarse ilícita la asignación y el cobro por parte de los medios de comunicación de publicidad oficial según criterios discriminatorios basados en la opinión política u otras razones similares"[122].

En tal sentido, el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana prohíbe a los Estados adoptar decisiones sobre radiodifusión basadas en la línea editorial o informativa[123]. De ello se deriva entonces que la publicidad oficial no

118 CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión,* octubre 2000, Sección B: Interpretación, párr. 27.

119 CIDH, *Informe Anual 1994,* Capítulo IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

120 Véase, entre otros, CIDH, *Informe Anual 2003,* Capítulo V: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial".

121 Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y administración de justicia, comercialización y libertad de expresión y difamación penal, 10 de diciembre de 2002.

122 Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

123 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo III, párr. 230.

puede ser asignada por los Estados de manera discriminatoria para premiar o castigar a los radiodifusores en función de sus opiniones o de su línea informativa.

En otras palabras, la CIDH advierte que si bien no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad, la asignación discriminatoria de publicidad estatal en función de la línea editorial o informativa de la radio o el canal de televisión es violatoria del derecho a la libre expresión garantizado por la Convención Americana.

Por el contrario, los Estados deberían decidir qué comunican y dónde comunican sus mensajes a la sociedad, en función de criterios objetivos vinculados con la mejor manera de transmitir esa información de forma más eficaz, y con absoluta independencia del contenido informativo o editorial del medio que deban contratar para tales efectos[124].

La Relatoría Especial ha encontrado que: "en el marco de los criterios de distribución, existen asignaciones discriminatorias negativas y positivas de la publicidad. La asignación negativa se otorgaría a una persona o un medio de comunicaciones para inducirlo a no informar desfavorablemente sobre quienes están en el poder. La asignación positiva exige que el beneficiario se exprese favorablemente para recibir los fondos estatales"[125]. En estos dos casos existe una violación del derecho a la libertad de expresión.

Resulta imprescindible que los Estados cuenten con una regulación específica que fije expresamente criterios previos y objetivos de asignación de la pauta oficial, redactados de manera clara y precisa, de manera que establezca previsibilidad para los radiodifusores y obligaciones para el Estado. La legislación debería contemplar asimismo procedimientos competitivos y transparentes.

Al respecto, la Relatoría Especial ha verificado que: "la insuficiente precisión de las leyes y las facultades inaceptablemente discrecionales constituyen violaciones a la libertad de expresión. Es, en efecto, cuando las leyes vinculadas a la asignación de publicidad oficial no son claras o dejan las decisiones a la discreción de funcionarios públicos, que existe un marco legal contrario a la libertad de expresión"[126]. Por esta razón, también ha indicado que: "la transparencia es un elemento imperiosamente necesario. Deben divulgarse públicamente los criterios que utilicen quienes toman las decisiones a nivel de gobierno para distribuir la publicidad del Estado. La asignación real de publicidad y la suma total del gasto

124 *Ibíd.,* Capítulo IV, párr. 77. "La decisión debe adoptarse entonces, en atención a la finalidad objetiva y legítima que debe cumplir la publicación de la información y no a la afinidad del medio con el gobierno que, en cada momento, tenga la atribución de asignarla".

125 CIDH, *Informe Anual 2003,* Capítulo V: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", párr. 7. "Las asignaciones negativas son formas de coerción basadas en los contenidos, que obligan a los medios de comunicación al silencio sobre cuestiones de interés público, en tanto las asignaciones positivas pueden distorsionar artificialmente un debate público al inducir a apoyar las opiniones del gobierno a quienes en otras circunstancias hubieran adoptado una posición contraria (o hubieran optado por no expresarse del todo)".

126 *Ibíd.,* párrs. 23 y 86.

en esta esfera deben ser también objeto de divulgación pública, para garantizar la justicia y el respeto a la libertad de expresión"[127].

Por último, se deberían adoptar medidas para evitar que la pauta oficial genere una dependencia de los medios de comunicación audiovisual privados —con o sin fines de lucro —respecto del poder público. Al respecto, es claro que la publicidad estatal puede representar en muchos casos la única alternativa posible de financiamiento para ciertos medios pequeños —que no aparecen como opciones comercialmente rentables para la publicidad privada— o de los que critican a las empresas o grupos económicos poderosos[128]. En estos casos, los Estados deberían asegurar fuentes de financiamiento alternativas para fomentar la pluralidad de voces.

K. Sobre el régimen de sanciones

La regulación sobre radiodifusión puede prever sanciones ante el incumplimiento de alguna obligación legal o ante la comisión de una falta o irregularidad en el uso de las licencias. Estas sanciones son restricciones a la libertad de expresión. Por ello, tanto la regulación, como la aplicación de estas sanciones, deben respetar ciertos requisitos para ser acordes con la Convención Americana y con los principios establecidos por la jurisprudencia interamericana.

Las sanciones por el uso irregular de una licencia de radio o televisión pueden comprometer gravemente derechos fundamentales de las personas involucradas y generar un efecto inhibitorio o de silenciamiento del debate democrático. Al respecto, en tanto la libertad de expresión engloba dos aspectos —el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas—, cuando este derecho es restringido mediante 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[129].

Entonces, las faltas y sanciones que prevea la regulación sobre radiodifusión, para respetar el derecho a la libertad de expresión, deben ser legítimas y ser aplicadas mediante un procedimiento que respete el debido proceso legal.

127 *Ibíd.,* párr. 89. Por su parte, los relatores para la libertad de expresión, en su Declaración Conjunta de 2007, hicieron hincapié en que la "transparencia debe ser el sello distintivo de los esfuerzos de las políticas públicas en el área de la radiodifusión". Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión, 12 de diciembre de 2007.

128 CIDH, *Informe Anual 2003,* Capítulo V: "Violaciones indirectas a la libertad de expresión: Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", párr. 4.

129 Corte IDH, *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, párrs. 30-32; véase también, CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión,* octubre 2000. Sección B: Interpretación, párr. 23.

1. Legitimidad de las sanciones

En apartados anteriores de este capítulo se analizaron en detalle los requisitos que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión que resultan plenamente aplicables a lo referido al régimen de faltas y sanciones que pueden establecer las regulaciones sobre radiodifusión. En términos generales, para ser legítimas, las faltas y sanciones impuestas por la regulación sobre radiodifusión deben respetar el "test tripartito", que se deriva del artículo 13.2 de la Convención Americana, establecido por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano: (1) las sanciones deben haber sido definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material preexistente; (2) deben estar orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y (3) deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida; e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden lograr. Estas condiciones deben verificarse simultáneamente y corresponde a la autoridad que las impone demostrar que todas ellas han sido cumplidas[130].

Respecto a la obligación que establece que las sanciones deben encontrarse establecidas en una ley clara y precisa, la Corte Interamericana ha sostenido que en un estado de derecho el principio de legalidad —junto con el de irretroactividad— preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando se trata del ejercicio de su poder punitivo[131]. Es por ello que ha especificado que los requisitos del artículo 9 de la Convención Americana también deben ser respetados en el caso de las sanciones impuestas por la administración[132]. En efecto, la vaguedad de las faltas o de las sanciones establecidas por la regulación sobre radiodifusión favorece la arbitrariedad de la autoridad de aplicación y fiscalización y con ello se compromete la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana.

En segundo lugar, para ser legítimas, las sanciones deben estar orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana. Ello implica, entonces, que no pueden preverse ni aplicarse sanciones como castigo por la línea editorial o informativa. Mucho menos serán legítimas las revocatorias de licencias que se basen en la línea editorial o informativa del medio de comunicación. Al respecto, la Relatoría Especial ha sostenido que: "el uso de los medios coercitivos del Estado para imponer una visión única del mundo o desalentar una deliberación vigorosa y abierta sobre todos los asuntos de relevancia pública,

130 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", pp. 135-136.

131 Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 177; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 126.

132 *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106-115.

resulta incompatible con los principios que orientan los regímenes democráticos y, en particular, con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana"[133].

En tercer lugar, las sanciones —entre ellas la revocatoria de una licencia— deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida; e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden lograr. En esta materia resultan de plena aplicación los estándares fuertemente arraigados en el sistema interamericano que indican que las sanciones por el uso abusivo de la libertad de expresión siempre deben resultar proporcionales, en el sentido de que el beneficio para el interés protegido supere el daño a la libertad de expresión. Los argumentos que soportan esta tesis están vinculados a la necesidad de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento (*chilling effect*)[134].

En especial, la revocatoria de una licencia sólo puede estar prevista y aplicarse ante supuestos de grave incumplimiento a la regulación que hayan generado perjuicios reales en los derechos de otras personas. Al respecto, la jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que cuando se establezcan restricciones a la libertad de expresión justificadas en la protección de los derechos ajenos, es necesario que la autoridad que impone la limitación demuestre que efectivamente estos derechos se han lesionado, pues "si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias"[135].

Asimismo, en diversas oportunidades la CIDH y la Corte Interamericana han advertido que resultan sumamente gravosas para la libertad de expresión las respuestas que establezcan sanciones penales. En tanto existan medidas alternativas y menos restrictivas de la libertad de expresión que la previsión y tipificación penal de conductas que impliquen la violación de la regulación sobre radiodifusión, éstas no deberían dar lugar a respuestas de tipo penal.

La CIDH y la Relatoría Especial han sostenido que los Estados tienen "la obligación de establecer un marco regulatorio que promueva una discusión libre, abierta, plural y desinhibida, lo cual implica el diseño de instituciones que permitan, y no que dificulten, la deliberación sobre todos los asuntos y fenómenos de relevancia pública. Nada de esto se compadece con el uso indiscriminado del derecho penal como mecanismo para limitar la circulación libre de opiniones e informaciones, especialmente cuando las mismas se refieren a asuntos públicos"[136].

En especial, el incumplimiento de las normas fijadas en la regulación relativas al contenido, si se trata de expresiones vinculadas a asuntos de interés público, nunca pueden dar

133 CIDH, *Informe Anual 2008,* Volumen II: "Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", Capítulo IV, párr. 54.

134 *Ibíd.,* párr. 57.

135 *Ibíd.,* Capítulo III, párr. 70.

136 Relatoría Especial – CIDH, 5 de agosto de 2009, Comunicado de Prensa No. R57/09, Internet: *http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=759&lID=2.*

lugar a sanciones de naturaleza criminal. Asimismo, la postergación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo ante las dificultades injustificadas o arbitrarias de acceder a una licencia, opera como un límite claro a la posibilidad de perseguir penalmente las conductas encaminadas a lograr su vigencia.

2. Debido proceso

Por otro lado, los procedimientos sancionatorios pueden afectar seriamente el ejercicio de la libertad de expresión, por ello deben contemplar todas las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

En tal sentido, debe recordarse que, de acuerdo con la Corte Interamericana, "si bien el [artículo] 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos". Y que "a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal"[137].

Por otra parte, la importancia central que tiene la libertad de expresión para la subsistencia del sistema democrático determina que ciertas restricciones que pueden ser válidas en ciertos procedimientos administrativos (como por ejemplo, el carácter no público de alguna parte del proceso), no lo sean cuando pueden afectar el ejercicio de este derecho[138].

En particular, el procedimiento para aplicar sanciones —máxime en el caso de revocatorias de licencias— (1) debe ser llevado adelante por un órgano que reúna los requisitos ya mencionados, entre los que se destacan la imparcialidad y su autonomía e independencia respecto del poder político y el sector vinculado a la radiodifusión; (2) debe ser transparente y público, por ejemplo, contemplando la realización de audiencias públicas; (3) debe permitir el derecho de defensa antes de la adopción de cualquier decisión, permitiendo expresamente la posibilidad de ser oído y ofrecer prueba; y (4) asegurar el control judicial.

Por último, es necesario aclarar que la prohibición de censura previa establecida en el artículo 13 de la Convención Americana exige que, cualquier sanción por incumplimiento de las normas fijadas en la regulación relativas al contenido, debe ser aplicada sólo después de la transmisión.

137 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrs. 69-70.

138 Corte IDH, *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, párrs. 72-73.

Libertad de expresión de los pueblos indígenas, minorías y grupos vulnerables

Frank La Rue

Sumario

I. El ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión por las mujeres y niños. a) Las mujeres. b) Los niños. **II.** Población en extrema pobreza, acceso a la comunicación y libertad de expresión. **III.** Minorías y pueblos indígenas. **IV.** Medios de comunicación comunitaria. **V.** Bibliografía.

El derecho a la libertad de expresión adquiere un valor agregado cuando por medio del mismo se logra la protección de grupos o minorías que necesitan una atención específica, tales como las mujeres, los niños, la población en extrema pobreza, las minorías, pueblos indígenas y población migrante.

En ese contexto, resulta prioritario eliminar todas las barreras que dificulten el ejercicio pleno del derecho a la libertad de opinión y expresión, y obstaculicen su desarrollo y toma de decisiones para estos grupos. A continuación se desarrollan algunas consideraciones sobre el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión de las mujeres y niños, población en extrema pobreza, pueblos indígenas y minorías, y el importante papel de los medios de comunicación comunitaria en este tema.

I. El ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión por las mujeres y niños

a) Las mujeres

La Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos, relacionada con el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, establece que entre

las razones de la desigualdad de las mujeres en el mundo se encuentran las relacionadas con las tradiciones, la historia, la cultura e incluso los motivos religiosos, lo cual influye además en el disfrute y respeto de todos los derechos consagrados en el Pacto, dentro del que se encuentra la libertad de opinión y expresión, así como el acceso a la información para la toma de decisiones informadas.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información necesaria para construir opiniones o para tomar decisiones. Sin embargo, las mujeres en particular, han sido relegadas de este derecho, el cual, en casos extremos ha constituido la negación de la información o educación necesaria, pues la falta de esfuerzos por parte de los Estados para promover y garantizar el acceso a las mismas, así como el acceso a medios para emitir su opinión, al igual que a programas de salud y de prevención de la violencia han influido negativamente para que las mujeres puedan tomar libremente decisiones informadas. Los Estados deben priorizar dentro de sus políticas públicas, aquellas relacionadas con la educación y el acceso a la información para todas las mujeres.

Además la Recomendación General No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (párr. 11), establece que las consecuencias básicas de la violencia contribuyen a mantener a la mujer subordinada a su escasa participación política y a un nivel inferior de educación, capacitación y empleo, exponiéndola además a otros riesgos como la difusión de la pornografía y otros tipos de explotación comercial.

Asimismo, en su Recomendación General No. 23 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (párr. 20 a), consideró que uno de los obstáculos para que la mujer ejerza su derecho a elegir y ser electa, lo constituye el factor de recibir menos información que los hombres sobre los candidatos, programas políticos y los procedimientos para el voto, además del analfabetismo, el desconocimiento, la falta de comprensión de los sistemas. Resulta preocupante además, la deficiencia en los sistemas de registro civil, que agudizan estos obstáculos, por lo que debe ser corregida.

En virtud de lo anterior, es propicio recordar y retomar el importante aporte que brindó la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 en la que considera con especial preocupación la constante proyección de imágenes negativas y degradantes de la mujer, así como su desigualdad en el acceso a la tecnología en la información, por lo que pidió a los Estados potenciar el papel de la mujer mejorando sus conocimientos teóricos y prácticos y su acceso a la tecnología de la información, así como a su participación en el desarrollo de dichas tecnologías, pues el ejercicio de la libertad de expresión necesariamente conlleva una mayor participación de la mujer en asuntos públicos y en la toma de decisiones sobre aspectos que pueden influir directamente en su desarrollo.

Sin perjuicio de cualquier otro medio que pudiese ser efectivo, actualmente se dispone de medios de comunicación electrónicos, que pueden constituirse en una herramienta a través de la cual las mujeres pueden difundir información de forma inmediata a un menor costo, además de permitir la posibilidad de establecer contactos o redes, organizarse, movilizarse e informarse con mayor eficacia.

Uno de los problemas que continúan latentes, es que muchas mujeres siguen siendo víctimas de violencia, de injusticia y de impunidad. En la actualidad la posibilidad de alzar la voz para denunciar violencia intrafamiliar, violencia contra la mujer y maltrato infantil tiene un efecto directo en la lucha contra la impunidad. El silencio también constituye impunidad y una forma de romper con ese silencio es garantizando la libertad de expresión a las mujeres.

b) Los niños

La Convención de los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados de garantizarles el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión[1]. La libertad de expresión es la primera forma de participación y es un mecanismo de inclusión, que necesariamente tiene que ver con el reconocimiento y valoración de la dignidad humana desde la niñez.

El desarrollo de un pensamiento propio, la habilidad de expresarlo con claridad y la capacidad de utilizar mecanismos alternativos de expresión como el arte, la comunicación electrónica y audiovisual se desarrolla desde la infancia, por ello debe hacerse un esfuerzo especial en los programas de protección de la niñez con énfasis en el respeto a su libertad de opinión y expresión, así como la promoción de programas de estimulación y educación temprana, acceso pleno a la educación escolar, a programas educativos participativos que fomenten el pensamiento crítico, la capacidad de expresión y la cultura de paz[2].

El ejercicio de su derecho a la libertad de expresión incluye la obligación del Estado de protegerlos de información que pueda ser dañina para su dignidad y desarrollo. Por lo que los Estados deben definir en ley, en el marco de los derechos humanos, estos mecanismos de protección, su contenido, su alcance y sus formas de implementación.

Respetar la libertad de expresión de la niñez y escuchar con atención su mensaje es también un elemento importante para combatir el maltrato infantil y la violencia intrafamiliar y evitar la impunidad de estos actos.

II. Población en extrema pobreza, acceso a la comunicación y libertad de expresión

Siendo la pobreza un fenómeno multidimensional que limita el ejercicio de todos los derechos humanos, su erradicación implica garantizar la realización de los mismos, incluyendo el derecho a la libertad de opinión y expresión, así como el acceso a los medios de comuni-

1 Artículo 13 de la Convención de los Derechos del Niño.

2 Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, A/RES/53/243. El artículo 1 estipula que: "una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en… *h*) [e]l respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información".

cación relativos a las nuevas tecnologías. Las limitaciones a este derecho generan exclusión social y son un obstáculo para el desarrollo humano.

Al igual que otros grupos en condiciones de vulnerabilidad, las personas en condiciones de pobreza tienen dificultades para hacer oír su voz. Su condición les impide ejercer su derecho a expresarse libremente, la pobreza limita su acceso a la información, a la educación y el acceso a los medios de comunicación. El analfabetismo es un problema que afecta particularmente a los pobres, por lo que los Estados deben mantener sus esfuerzos para eliminarlo.

La libertad de opinión y expresión, así como el acceso a la comunicación, son herramientas que pueden coadyuvar a la erradicación de la pobreza. Por medio del ejercicio de este derecho, los grupos sociales pobres pueden informarse, hacer valer sus derechos y participar en el debate público para generar cambios sociales y políticos que mejoren su condición. El acceso a la comunicación es también fundamental para el desarrollo económico y social, pues implica que las comunidades estén informadas para dirigir sus actividades, por lo que los Estados deben garantizar el acceso a la comunicación en general y en particular a la comunicación electrónica para coadyuvar en el combate a la pobreza.

En ese sentido, la Declaración de Colombo sobre los medios de comunicación, el desarrollo y la erradicación de la pobreza de 2006, declara en el párrafo 1: "que la libertad de expresión debe estar al alcance de todas las personas. Requiere una efectiva participación local para capacitar a individuos y grupos para que puedan abordar los problemas de la pobreza, el hambre, las enfermedades, la discriminación, la vulnerabilidad, la exclusión social, el deterioro del medio ambiente y la educación". Esta Declaración además hace un llamamiento a los Estados para que "extiendan el alcance de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente a las poblaciones pobres y marginalizadas".

En este contexto, la experta independiente sobre la cuestión de la pobreza extrema afirmó que "para lograr la participación efectiva y significativa de las personas que viven en la pobreza es preciso respetar, proteger y cumplir un amplio conjunto de derechos, entre ellos la libertad de expresión […] En la práctica, esto exige el establecimiento de mecanismos y acuerdos específicos a distintos niveles a fin de asegurar que las personas que viven en la pobreza dispongan de medios para hacer oír su voz y desempeñar una función efectiva en la vida de la comunidad"[3].

III. Minorías y pueblos indígenas

El ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión tiene especial relevancia para las minorías y los pueblos indígenas. Ya que la libertad de opinión y expresión es un ins-

3 Informe de la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Asamblea General, agosto 2008, A/63/274, párr. 22.

trumento necesario para el cumplimiento específico de los derechos que estos grupos demandan.

El artículo 16 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información, en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación; considero que la obligación de asegurar plenamente la libertad de opinión y expresión, es primordial para el cumplimiento de la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para fomentar en los medios de información públicos y privados la diversidad cultural indígena.

En virtud de lo anterior, animo a los medios de comunicación social a que su personal sea representativo y diverso, y además exhorto a la prensa y a los medios de comunicación social a que en su cobertura generen un ambiente de respeto a la diversidad cultural y multiculturalidad.

Los Estados deben tener en cuenta la diversidad étnica, cultural, religiosa e ideológica de los distintos grupos sociales que los componen. Además, deben promover y proteger los idiomas de las minorías y los pueblos indígenas, que incluye el derecho a expresarse en su propio idioma, reproducir su cultura y tradiciones, de manera privada y pública. En ningún caso las restricciones a la libertad expresión pueden emplearse para acallar el legítimo reclamo de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas.

De conformidad con la Observación General Número 23 (párr. 5.1) del Comité de Derechos Humanos, sobre el artículo 27 del PIDCP relacionada con el reconocimiento y establecimiento de los derechos de las personas que pertenecen a minorías, aún cuando las personas no sean ciudadanas del Estado en el que viven o se encuentran: "los Estados tienen la obligación de garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y están sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto (párr. 5.1). En ese sentido las personas y comunidades migrantes sin importar su condición legal migratoria tienen pleno derecho a ejercer la libertad de expresión."

Retomo en esta oportunidad lo expresado por el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que los Estados deben asegurar que las minorías ejerzan la libertad de opinión y expresión de manera que puedan tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma, en los términos reconocidos por el artículo 27 del PIDCP.

La Declaración final de la Conferencia de Examen de Durban brindó un importante aporte en relación con la libertad de expresión en el contexto de la lucha contra la discriminación y el racismo, estableciendo en el párrafo 58 de dicho informe: "que el ejercicio de la libertad de opinión y expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y pluralista y subraya además la función que esos derechos pueden cumplir en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todo el mundo". En este sentido, considero que los Estados deben desarrollar una cultura de paz basada en la información, el libre intercambio de ideas y conocimiento,

el diálogo y la tolerancia entre culturas para promover relaciones interculturales respetuosas y romper los estereotipos y prejuicios que puedan existir.

IV. Medios de comunicación comunitaria

El derecho a la libertad de opinión y expresión incluye la libertad de dar, recibir y transmitir información, de los grupos minoritarios y excluidos, por lo que los medios de comunicación comunitaria constituyen instrumentos efectivos para cumplir esa función y es deber de los Estados facilitarlos, apoyarlos y garantizar su acceso en forma equitativa. Dentro de la Declaración de Colombo se hace un llamamiento a los Estados[4], para que "elaboren políticas nacionales para que las personas que viven en la pobreza puedan participar en la información y la comunicación y tengan acceso a ellas, comprendido el acceso a las licencias y la justa asignación del espectro radioeléctrico".

Proteger el derecho a la libertad de expresión de los grupos sociales menos favorecidos, demanda de los Estados la creación de un marco legal de telecomunicaciones basado en principios democráticos y cuyo objetivo sea el acceso de todos los sectores sociales. Los medios de comunicación comunitaria deben ser un instrumento de las comunidades locales y representativas de su diversidad de intereses.

Sin la pretensión de que esta definición sea definitiva y con la finalidad de aportar ideas para su construcción, considero que los medios de comunicación comunitaria lo constituyen el servicio de radio, televisión y prensa escrita no estatal, de interés público operado por organizaciones, asociaciones o instituciones civiles y cualquier forma de organización de los pueblos indígenas sin carácter lucrativo y con finalidades educativas, informativas, culturales, populares, que estén al servicio y trabajen para el desarrollo de los diferentes sectores que conforman una comunidad de carácter territorial etnolingüística u otra, con intereses, retos compartidos y preocupaciones comunes para mejorar la calidad de vida de sus congéneres y así encontrar un estado de bienestar para todos sus integrantes. No puede ser instrumento de proselitismo político. Lo anterior sin perjuicio de la inclusión de las nuevas tecnologías.

Para que todos los sectores sociales tengan acceso a la información y la posibilidad de participar en el debate público nacional, es importante garantizar el principio de diversidad y pluralismo de los medios y la eliminación de los monopolios y las grandes concentraciones de medios. La concentración de medios genera concentración de poder político y atenta contra la democracia y la posibilidad de todos los sectores de ejercer el derecho a la libertad opinión y de expresión.

Es oportuno hacer mención del trabajo conjunto que se realizó con la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC), mediante una serie de consultas regionales para la

4 Numeral 3 del apartado de Llamamiento a los Estados de la Declaración de Colombo.

elaboración y validación de los principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y televisión comunitaria, los cuales se detallan a continuación[5]:

1. *Diversidad de medios, contenidos y perspectivas*. La diversidad y pluralismo en la radiodifusión es un objetivo fundamental de cualquier marco regulatorio democrático. Son necesarias medidas efectivas para promover la diversidad de contenidos y perspectivas, el acceso a los medios de radiodifusión y el reconocimiento de diversidad de formas jurídicas de propiedad, finalidad y formas de funcionamiento, incluyendo medidas para prevenir la concentración de medios. El marco regulatorio debe explicitar el reconocimiento de tres diferentes sectores o modalidades de radiodifusión: público, comercial y social/sin fines de lucro, el cual incluye a los medios propiamente comunitarios.

2. *Reconocimiento y promoción.* El reconocimiento y diferenciación de los medios comunitarios en legislación nacional de radiodifusión tiene como objetivo garantizar el derecho a la información, a la comunicación y a la libertad de expresión, asegurar la diversidad y pluralidad de medios y promover este sector. Este reconocimiento necesita acompañarse con procedimientos, condiciones y políticas públicas de respeto, protección y promoción para garantizar su existencia y desarrollo.

3. *Definición y características.* Las radios y televisoras comunitarias son actores privados que tienen la finalidad social y se caracterizan por ser gestionadas por organizaciones sociales de diverso tipo sin fines de lucro. Su característica fundamental es la participación de la comunidad tanto en la propiedad del medio, como en la programación, administración, operación, financiamiento y evaluación. Se trata de medios independientes y no gubernamentales, que no realizan proselitismo religioso ni son de propiedad o están controlados o vinculados a partidos políticos o empresas comerciales.

4. *Objetivos y fines.* Los medios comunitarios deben su razón de ser a satisfacer las necesidades de comunicación y habilitar el ejercicio del derecho a la información y libertad de expresión de los integrantes de sus comunidades, sean éstas territoriales, etnolingüísticas o de intereses. Sus finalidades se relacionan directamente con las de la comunidad a la cual sirven y representan. Entre otras serán la promoción del desarrollo social, de los Derechos Humanos, de la diversidad cultural y lingüística, de la pluralidad de informaciones y opiniones, de los valores democráticos, de la

5 Asociación Mundial de Radios Comunitarias, AMARC, Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria, 2009, Internet: *http://legislaciones.amarc.org/Principios/Principios_Legislacion_Radiodifusion_Comunitaria_esp.pdf.*

satisfacción de las necesidades de comunicación social, de la convivencia pacífica y del fortalecimiento de las identidades culturales y sociales. Son medios pluralistas y por tanto deben permitir y promover el acceso, diálogo y participación de la diversidad de movimientos sociales, razas, etnias, géneros, orientaciones sexuales y religiosas, edades o de cualquier otro tipo, en sus emisoras.

5. *Acceso tecnológico.* Todas las comunidades organizadas y entidades sin fines de lucro tienen derecho utilizar cualquier tecnología de radiodifusión disponible, incluyendo cable y otros vínculos físicos, señales satelitales o por cualquiera de las bandas de radio y TV y otros sistemas que utilicen el espectro radioeléctrico, tanto analógicos como digitales. Las características técnicas de la emisora, en el marco de la disponibilidad y planes de gestión del espectro, dependerán únicamente de las necesidades de la comunidad que sirve y de la propuesta comunicacional de la emisora.

6. *Acceso universal.* Todas las comunidades organizadas y entidades sin fines de lucro, sean de carácter territorial, etnolingüístico o de intereses, estén ubicadas en zonas rurales o urbanas, tienen derecho a fundar emisoras de radio y TV. Esto implica que no debe haber límites arbitrarios y preestablecidos referidos a: áreas geográficas de servicio, cobertura, potencia o número de estaciones en una localidad particular, región o país, excepto restricciones razonables debido a una limitada disponibilidad de frecuencias o a la necesidad de impedir la concentración en la propiedad de medios.

7. *Reservas de espectro.* Los planes de gestión del espectro deben incluir una reserva equitativa de todas las bandas de radiodifusión, respecto a los otros sectores o modalidades de radiodifusión, para el acceso a los medios comunitarios y otros no comerciales como forma de garantizar su existencia. Este principio es extensivo a las nuevas asignaciones de espectro para emisoras digitales.

8. *Autoridades competentes.* El otorgamiento de licencias, las asignaciones de frecuencias y otros aspectos del funcionamiento del servicio de radiodifusión comunitaria deberán ser regulados por organismos estatales independientes del gobierno, así como de grupos económicos y empresariales. Se debe garantizar una efectiva participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones. El debido proceso y la posibilidad de recurrir sus decisiones son garantías necesarias en un Estado de Derecho.

9. *Procedimiento para licencias y asignaciones.* El principio general para la asignación de frecuencias y el otorgamiento de licencias para su uso debe ser el concurso abierto, transparente y público, y debe incluir mecanismos de participación pública,

tales como las audiencias públicas. Los concursos podrán estar diferenciados según los sectores de radiodifusión, a través de procedimientos y criterios específicos, y deberán tomar en consideración la naturaleza y las particularidades del sector de los medios comunitarios para garantizarles una participación efectiva y no discriminatoria. El procedimiento podrá comenzar por iniciativa estatal o como respuesta a solicitudes de actores interesados, siempre que existan frecuencias disponibles, y debe tener una duración razonable.

10. *Requisitos y condiciones no discriminatorias.* Los requisitos administrativos, económicos y técnicos exigidos a las comunidades organizadas y entidades sin fines de lucro interesadas en fundar medios comunitarios deben ser los estrictamente necesarios para garantizar su funcionamiento y el más pleno ejercicio de sus derechos. Las condiciones de las licencias no podrán ser discriminatorias y deberán ser compatibles con los principios anteriores. Estas condiciones, así como los criterios y mecanismos de evaluación y los cronogramas del proceso, deberían estar establecidas en las normativas en forma clara y serán ampliamente divulgadas antes del inicio del procedimiento.

11. *Criterios de evaluación.* Cuando sea necesaria una selección entre varios interesados, los criterios de evaluación deberán ser diferenciados según las diversas modalidades de radiodifusión. En el caso de los medios comunitarios se calificarán prioritariamente la pertinencia del proyecto comunicacional, social y cultural, la participación de la comunidad en la emisora, los antecedentes de trabajo comunitario de la organización interesada y el aporte que hará la emisora, los antecedentes de trabajo comunitario de la organización interesada y el aporte que hará la emisor a la diversidad en el área de cobertura. La capacidad económica no debe ser un criterio de evaluación, aunque puede haber exigencias económicas razonables para garantizar la sustentabilidad de la emisora.

12. *Financiamiento.* Los medios comunitarios tienen derecho a asegurar su sustentabilidad económica, independencia y desarrollo, a través de recursos obtenidos mediante donaciones, auspicios, patrocinios, publicidad comercial y oficial y otros legítimos. Todos ellos deberán ser reinvertidos íntegramente en el funcionamiento de la emisora para el cumplimiento de sus objetivos y fines. Cualquier límite en el tiempo o cantidad de publicidad debe ser razonable y no discriminatorio. Los medios deben rendir cuentas de forma periódica a la comunidad a la que representan haciendo transparente y público el manejo de sus recursos.

13. *Recursos públicos.* La existencia de fondos públicos con recursos suficientes debería estar disponible para asegurar el desarrollo del sector de medios comunitarios.

Es deseable que existan políticas públicas que exoneren o reduzcan el pago de tasas o impuestos, incluido el uso de espectro, para adecuarlos a las características y finalidad pública de estas emisoras.

14. *Inclusión digital.* La superación de la brecha digital y la inclusión de todos los sectores a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, exige que los Estados adopten mecanismos para garantizar el acceso y migración de los medios comunitarios a las nuevas tecnologías. Los retos que plantea la convergencia de medios y la digitalización de los soportes analógicos deben enfrentarse en un entorno de adaptabilidad tecnológica y regulatoria, transparencia y equidad.

En este tema, es importante que los Estados impulsen medidas y adopten buenas prácticas de equidad en las telecomunicaciones.

V. Bibliografía

Asociación Mundial de Radios Comunitarias, AMARC, *Principios para un marco regulatorio democrático sobre radio y TV comunitaria, 2009,* Internet: *http://legislaciones.amarc.org/Principios/Principios_Legislacion_Radiodifusion_Comunitaria_esp.pdf.*

Naciones Unidas, "Convención de los Derechos del Niño", 1989.

———, "Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz", 1999.

———, Informe de la experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Asamblea General, agosto 2008.

UNESCO, Declaración de Colombo, "Los medios de comunicación, el desarrollo y la erradicación de la pobreza", Colombo, 2 de mayo de 2006.

III

Jurisprudencia sobre la libertad de expresión

"New york times vs. Sullivan" y la malicia real de la doctrina*

Eduardo Andrés Bertoni

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

Sumario

I. Introducción. **II.** Los hechos y la decisión en Alabama. **III.** La decisión de la Corte. **IV.** La doctrina de la real malicia. **V.** Conclusión: el principio a ser rescatado. **VI.** Bibliografía.

I. 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 pa-

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

íses, sino también el de los tribunales internacionales que muchas veces, aun sin decirlo expresamente, han echado mano de los argumentos contenidos en los casos estadounidenses[1].

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 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 Rusia[2]. 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 cincuenta, 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 individuales[5], lle-

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—, en los que 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).

2 Sobre el particular, véase Polenberg, Richard, *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 "revoluciona" con el fallo New York Times vs. Sullivan, que se vinculaba a la libertad de expresión, y a principios de la década del setenta, revoluciona nuevamente admitiendo el derecho constitucional al aborto en el caso Roe vs.Wade —410 US 113—. Robert Post —"Defaming Publics Officials", en *American Bar Foundation Research Journal,* Vol. 1987, p. 554— refiere que la doctrina de la real malicia acuñada en New York Times fue, por los hechos que resolvía, parte de un esfuerzo nacional de extinguir el apartheid existente en el sur del país en los años sesenta.

gando 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, etcétera[6].

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

II. 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 Lewis[8], 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" ("Reed Their Rising Voices") y estaba compuesto por 10 párrafos. Debajo del texto se encontraba el nombre de sesenta y cuatro personas, patrocinadores del

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

7 376 US 254.

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, *op. cit.*

aviso cuyo costo había rondado los 4.800 dólares. Entre ellas aparecían algunas figuras conocidas, como Eleanor Roosevelt. También se 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 era el comienzo de una reivindicación por la libertad de expresión.

Los párrafos que generaron el conflicto[10] 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.

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

10 Citados por Badeni, Gregario, "Doctrina de la Real Malicia", ADEPA, 1996, separata 23.

en ese sentido; además agregaron que los hechos descriptos 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 Montgomery[11], 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 deshonrosas 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 doctor 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 afroamericanos. 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 Sullivan[13]. Sin duda que éste era el punto más complicado para acreditar, por lo cual los abogados realizaron esfuerzos para mostrar

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

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,

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 Sullivanv?[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 fallo[15]. 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. Con relación a la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el 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.

III. 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 es-

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 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. Véase nota anterior.

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

tado, 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.

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.

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

> 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... Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, 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 se 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 con 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 Enmiendas 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 atractiva:

> 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.

IV. 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 Ca. vs. Butts y Associated Press vs. Wal-

ker[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*.

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 en el que 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 Gerts vs. 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. vs. Firestone[20], el periódico había publicado erróneamente distintas cuestiones relativas al divorcio de la señora 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 vs. Proximireé[21] y Wolston vs. 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

17 388 US 130.

18 403 US 29.

19 418 US 323.

20 424 US 448.

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 sobre 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.

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 traducción 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 con 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 voluntad[24]. 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 el que 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 se debe interpretar no a la luz de las palabras que la componen, sino a la luz de los principios en los que 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 acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un **alto grado**

23 491 US 657 (1989).

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

de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad[25] o **debió** haber tenido **serias dudas** sobre la verdad de la publicación[26]. 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 penal[27], descartando toda posibilidad de interpretarlo dentro de la categoría de los delitos imprudentes[28].

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.

El problema no aparece con todo su esplendor en el fallo New York Times, sino en el fallo Gertz, en el que 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 falsos[29]. 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 aun antes de esta aparentemente tajante conclusión de la Corte, ya existía en la doctrina del *common law*, lo que se denomina la defensa

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

26 Concita al caso St. Amant vs. 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.

29 Cfr, Note, "The Fact-Opinion determination in defamation", 88 *Columbia Law Review,* 1988, pp. 809.

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 (jair 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 Federick Schauer esto surge claramente de una cuidadosa lectura del caso Coleman vs. MacLennan[30], 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 tanto, que se le da a los dichos sobre los hechos tanta relevancia como la opinión, en cuanto a la libertad de expresarlos[31], al eliminar la estricta diferenciación entre ambos. En otras palabras, aun manifestaciones de hechos falsos pueden estar amparadas 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 qué me refiero: Harry Canter fue el personaje principal en el juicio Common-wealth vs. Canter[32], 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 de 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

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

31 Cfr. Schauer, Frederick F., "Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter", *Virginia Law Review,* Vol. 64, p. 169. Véase nota 13.

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

debían ser interpretadas de acuerdo con 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 problema[33], puede sugerirse el test propuesto por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia (en pleno) en el caso Ollman vs. Evans[34]. Para determinar si estamos ante una afirmación de hechos o tan sólo 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 de 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 vs. Sullivan constituía una ocasión para bailar en las calles[35] se ha ido desdibujando con el tiempo: en palabras de Anthony Lewis[36] 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 se ha visto, ellos proponían una absoluta inmunidad para la crítica de los asuntos relacionados con los funcionarios públicos.

Según Robert Post[37], recientes investigaciones empíricas sugieren que el estándar de la real malicia (*actual malice*) en vez de proteger la libertad de expresión, paradójicamente 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

33 En verdad, no la tengo.

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

35 Citado por Kalven, Harry, "The New York Times" Case: a note on "The central meaning of the first amendment", Supreme Court Review, núm. 125,1964, pp. 191-221.

36 Cfr. "New York Times vs. Sullivan Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment", 88 *Columbia Law Review,* 1983, p. 603.

37 "Defamation of public official", *véase* nota 5.

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 el que 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 vs. Lando[38] en el que, 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 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 costos[39] 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 reflotado la discusión sobre reformas dirigidas a eliminar la necesidad del *actual malice* en los litigios por libelo relacionados con funcionarios públicos[40].

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 perverso[41]: cuanto peor es 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.

38 441 US 153 (1979).

39 Sobre el particular véase Lewis, Anthony, *op. cit.;* también Abrams, Floyd, "Why we should change the libel law".

40 Cfr. Post, Robert, *op. cit.*

La conclusión de todo lo expuesto parece bastante desalentadora: la tan manida doctrina de la real malicia no sólo aportaría muy poco en el campo de la responsabilidad penal[42], sino que además ofrece puntos débiles en la interpretación del concepto y en su aplicación aun donde fuera originaria. La pregunta es ineludible: ¿es rescatable el fallo New York Times vs. 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.

V. 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 1798[43]. 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 Parlament). 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

41 Cfr. Shapiro, Martin, "Libel regulatory analysis", 74 *California Law Review,* p. 883.

42 Véase *supra* nota 28.

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

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.

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 duramente[44]. 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 públicos[45]; 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 la "gran controversia", en palabras del juez Brennan, 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 tanto, fuera de la Constitución.

La lógica del fallo es, por 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 Meiklejohn[48]; este acuerdo político no transforma al ciudadano en un esclavo del poder: "Los hombres libres no son hombres sin gobierno. Son gobernados parellas 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 estar abiertos al más absoluto control. En consecuencia, no pueden ellos mismos generar mecanismos que veden 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 arbitrariamente[49].

En definitiva: el estándar de la real malicia constituye tan sólo una parte de la doctrina que se desprende del fallo New York Times vs. Sullivan. Es posible que las críticas que pesan

47 *Ídem.*

48 Meiklejohn, Alexander, "Political Freedom. Part. 1: Free Speechandits Relation to Self Govemment", 1965.

49 Blasi, Vincent, "The Checking Va1ue in First Amendment Theory". American Bar Foundation Research Journal, Vol. 1977, No. 2.

sobre aquel 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 inadmisible.

VI. Bibliografía

Abrams, Floyd, "Why we should change the libel law".

Badeni, Gregario, "Doctrina de la Real Malicia", ADEPA, 1996.

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.

Blasi, Vincent, "The Checking Va1ue in First Amendment Theory". American Bar Foundation Research Journal, Vol. 1977, No. 2.

Columbia Law Review, 88, "New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to return to the central meaning of the first amendment", 1983.

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.

Kalven, Harry, "The New York Times" Case: a note on "The central meaning of the first amendment", Supreme Court Review, núm. 125,1964.

Kalven, Harry, *A Worthy Tradition,* 1988.

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

Madison, James, *Virginia Report,* 1799.

Meiklejohn, Alexander, "Political Freedom. Part. 1: Free Speechandits Relation to Self Govemment", 1965.

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

Polenberg, Richard, Fighting Faiths.

Post, Robert, "Defaming Publics Officials", en *American Bar Foundation Research Journal,* Vol. 1987.

Sancinetti, Marcelo, *Teoría del Ilícito. Disvalor de acción y disvalor de resultado,* Ed. Hamurabi, 1991.

Schauer, Frederick F., "Language, Truth, and the First Amendment: An Essay in Memory of Harry Canter", *Virginia Law Review,* Vol. 64.

Shapiro, Martin, "Libel regulatory analysis", 74 *California Law Review.*

Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional colombiana en perspectiva comparada*

Catalina Botero Marino
Juan Fernando Jaramillo
Rodrigo Uprimny Yepes

Sumario

Introducción. **I.** El contenido general del derecho a la información en la jurisprudencia constitucional colombiana. **II.** Ponderación del derecho a la libertad informativa con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. **III.** Una comparación instructiva: la jurisprudencia alemana y estadounidense sobre intimidad, honor y libertad de expresión. **IV.** Primeras conclusiones: ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia. **V.** La jurisprudencia constitucional colombiana y la búsqueda de un "mercado equitativo de ideas". **VI.** Conclusiones generales: los logros y los desafíos. Bibliografía.

Introducción

La polémica sobre los alcances y los límites de la libertad de expresión e información en las sociedades contemporáneas es quizá una de las más agudas y fecundas de la teoría constitucional actual. Las razones que explican el particular interés de la doctrina y la jurisprudencia sobre esta cuestión son, fundamentalmente, dos. En primer lugar, la idea, cada vez más generalizada, según la cual la libertad de expresión e información es un derecho que, tal vez como ningún otro, constituye condición *sine qua non* para la existencia de un verdadero Estado constitucional. En segundo término, la indiscutible complejidad que, desde el punto de vista de la armonización del conjunto de los derechos, bienes e intereses constitucionales, plantea el ejercicio de las mencionadas libertades.

* Artículo publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ed. Ciedla, Konrad, Adenauer Stiftung, Buenos Aires. Argentina, 2000.

Ciertamente, la libertad de expresión e información, como factor neurálgico del libre y equitativo flujo de ideas, opiniones e informaciones, sirve de garantía fundamental de todo régimen constitucional, en tanto tiene la doble función de permitir el desarrollo libre de la personalidad de cada uno y, al mismo tiempo, evitar, frenar o remediar las arbitrariedades del poder[1]. Sólo mediante una comunicación libre es posible que las personas puedan definir sus propias opciones culturales, sociales, religiosas o políticas[2]; practicar los derechos de participación en la conformación, gestión y control del poder político[3]; y contener el ejercicio arbitrario de los poderes no sólo públicos, sino privados o sociales[4].

Pero, precisamente por su importancia, la libertad de expresión e información plantea problemas jurídicos muy complejos. En efecto, a menudo el ejercicio de estas libertades suele entrar en conflicto con numerosos valores constitucionales. Así por ejemplo, la publicación de determinadas informaciones puede afectar decididamente la intimidad o el honor de una persona, o poner en serio peligro la estabilidad institucional, lo cual plantea el interrogante de si es necesario restringir la circulación de esas informaciones o la manifestación de ciertas ideas para proteger aquellos otros derechos, bienes o intereses constitucionales.

La complejidad e importancia de la libertad de expresión explican que este derecho suscite agudas discusiones y controversias, que han tratado de ser resueltas, no sólo a nivel teórico por los académicos sino, también, en el plano judicial, por numerosos tribunales constitucionales e instancias internaciones de derechos humanos. Existe pues un considerable volumen de literatura y jurisprudencia sobre la materia[5].

1 En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente la Corte Constitucional Colombiana. Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-609/92, T-080/93, T-332/93, T-488/93, T602/95, T-472/96, T-706/96, T-066/98 de la Corte. Conviene aclarar que las decisiones de ese tribunal son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una "C", y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una "T". Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por nueve magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por tres magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan "SU". Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, ("C", "T" o "SU") que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.

2 Cfr. entre otras, la sentencia T-706/96.

3 Cfr. entre otras, la sentencia T-066/98.

4 Cfr. entre otras, la sentencia T-697/96.

5 Así, para citar sólo algunos ejemplos, los tribunales constitucionales alemán y español, la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana han resuelto numerosos casos ligados con la libertad de expresión. Eso explica también que la literatura jurídica en este campo sea bastante amplia. En español véase, por ejemplo, el trabajo pionero de Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto*

En el contexto descrito, debe reconocerse que la finalidad de este artículo no puede ser sistematizar o analizar la muy vasta literatura constitucional sobre el contenido y los límites de la libertad de expresión. Nuestra finalidad es más modesta. Pretendemos simplemente resumir y estudiar —en perspectiva comparada— la jurisprudencia elaborada en los últimos años por la Corte Constitucional de Colombia, con el fin de evaluar sus potencialidades y limitaciones para el desarrollo de la democracia colombiana.

Para adelantar ese análisis, tomamos dos determinaciones metodológicas. En primer lugar, consideramos que, en lo posible, era interesante comparar la doctrina de la Corte Constitucional colombiana con los desarrollos judiciales de otros tribunales constitucionales, en un ejercicio de lo que podríamos denominar "jurisprudencia constitucional comparada". Obviamente reconocemos que esa pretensión es muy ambiciosa, pues no es fácil conocer adecuadamente los matices de los desarrollos jurisprudenciales de otros países. A pesar de ello, hemos asumido ese riesgo, por cuanto estamos convencidos de que la perspectiva comparada es fructífera en el campo de los derechos fundamentales, puesto que, a pesar de la diversidad de regímenes constitucionales, los dilemas que plantean estos derechos son muchas veces similares. En consecuencia, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales sobre asuntos semejantes permite comprender mejor las tensiones normativas que suscitan estos derechos. A partir de esta perspectiva la reflexión académica no sólo gana en profundidad sino que, además, puede contribuir creativamente al propio desarrollo jurisprudencial, al mostrar las soluciones alternativas que existen a un determinado interrogante constitucional.

En segundo lugar, hemos optado por estudiar exclusivamente una de las varias dimensiones de lo que genéricamente se denomina libertad de expresión e información. En efecto, en general, la mencionada libertad incluye, cuando menos, dos aspectos: (1) la facultad de expresar opiniones e ideas, y (2) la libertad de hacer circular y recibir información. Estas dos dimensiones, pese a estar estrechamente relacionadas, tienen alcance y contenido diversos y, en consecuencia, merecen ser estudiadas de forma independiente[6]. El presente artículo se

de derechos, Siglo XXI, Bogotá, 1981. Véase igualmente Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; García San Miguel, Luis (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* Tecnos, Madrid, 1992; Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1993; Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación,* Ariel, Madrid, 1988. Para el caso colombiano, véase Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991,* Temis, Bogotá, 1992, capítulos VI. XI y XII. Para el caso estadounidense, véase Tribe, Laurence, *American Constitutional Law* (2 Ed), The Foundation Press, New York, 1998, cap. 12, pp. 785 y ss. Para el desarrollo en el derecho anglosajón, véase Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional,* Espasa-Calpe, Madrid, 1982, capítulo VIII. Para el caso alemán, véase Kommers, Donald P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* Duke University Press, Durham, 1989.

6 Sobre la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, la Corte Constitucional colombiana ha indicado: "El artículo 20 de la Constitución acoge una diferenciación, que es aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de otros países, y que es importante de atender cuando se trata sobre la actividad que realizan los medios de comunicación. Así, mientras que, por un lado, el artículo esta-

centra, casi exclusivamente, en los problemas que plantea la libertad de información, sobre todo en relación con los medios masivos de información, aunque no excluye referencias tangenciales a otras dimensiones de la libertad de expresión. Este énfasis se explica no sólo por obvias limitaciones de tiempo y espacio, que obligan a focalizar el análisis, sino además porque creemos que los problemas más urgentes en nuestros países se relacionan con el manejo de la información en los medios de comunicación. Adicionalmente, dado que este artículo busca profundizar el estudio de las decisiones constitucionales, el tema de la libertad informativa resulta mucho más atractivo, puesto que la jurisprudencia colombiana es más compleja y rica en este campo.

El artículo comienza por presentar el contenido general de la libertad de información conforme a la jurisprudencia colombiana (I), para luego analizar la manera como la Corte Constitucional ha resuelto las tensiones de este derecho con otros valores constitucionales, en particular con la intimidad y el buen nombre (II). A partir de lo anterior, se adelanta una primera comparación con otras jurisprudencias constitucionales, en especial la alemana y la estadounidense (III). El análisis comparado permite establecer unas primeras conclusiones sobre la relación que existe entre la manera como los tribunales constitucionales de los distintos Estados resuelven los conflictos que suscita la libertad de información y los conceptos de democracia que subyacen a esas organizaciones políticas (IV). El examen de los vínculos entre los conceptos de democracia y el alcance constitucional de la libertad de información conduce a repensar las bondades y límites de la célebre metáfora del juez estadounidense, Oliver Holmes, sobre el "libre mercado de las ideas" como fundamento de la protección constitucional a la libertad de expresión. A nuestro juicio, esta concepción de Holmes, y que informa la primera parte del artículo, resulta excesivamente individualista y "liberal" y, en consecuencia, es insuficiente para entender la verdadera importancia de la libertad de información en las complejas sociedades contemporáneas. En consecuencia, en la última parte de este documento intentamos avanzar en la búsqueda de lo que podría denominarse un "mercado equitativo —y no sólo libre— de las ideas", como fundamento de una democracia realmente deliberante. En esta parte del artículo, se examina entonces la jurisprudencia colombiana referida a la regulación pública o privada del manejo de las in-

blece la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones, por el otro se señala que existe libertad para informar y recibir información veraz e imparcial. La primera libertad se refiere al derecho de todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas, mientras que la segunda se aplica al derecho de informar y de ser informado sobre los hechos o sucesos cotidianos. Las dos libertades reciben un trato distinto: así, mientras que la libertad de expresión *prima facie* no conoce límites, la libertad de informar está atada constitucionalmente a dos condiciones, a saber: la veracidad y la imparcialidad. La explicación del desigual tratamiento de estas dos libertades salta a la vista: en una sociedad democrática y liberal no se puede impedir que cada cual tenga y exponga sus propias opiniones, pero algo diferente es que exponga hechos que no corresponden a la realidad o que suministren una versión sesgada de ella, induciendo así a engaño a los receptores de información". Sentencia T-066/98. En el mismo sentido, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-332/93, T-552/95, T-602/95, y T-472/96.

formaciones en búsqueda de un "mercado más equitativo de las ideas" (V), para extraer, finalmente, las conclusiones de rigor (VI).

Esto significa que el texto tiene dos ejes y avanza, por utilizar una metáfora musical, en dos compases. El primero, constituye una reflexión sobre temas clásicos del derecho y la jurisprudencia constitucional (el libre mercado de las ideas y las tensiones entre la libertad de información y otros valores constitucionales), mientras que el segundo compás, intenta estudiar una cuestión que, hasta donde conocemos, ha sido menos explorada: ¿cuál puede ser el papel de la justicia constitucional en el desarrollo de una deliberación democrática más vigorosa y equitativa?

I. El contenido general del derecho a la información en la jurisprudencia constitucional colombiana

El derecho a la información se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución colombiana que establece, en cabeza de toda persona, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial. Adicionalmente, garantiza el derecho a fundar medios masivos de comunicación, los que se consideran, al mismo tiempo, libres pero responsables socialmente. Por último, el artículo 20 prohíbe la censura[7].

a) El ámbito constitucional protegido

En criterio de la Corte Constitucional, el bien jurídico tutelado por el derecho a la información no es exclusiva ni prioritariamente, el derecho subjetivo del comunicador a transmitir una determinada información. Lo que se protege mediante este derecho, es que el proceso de comunicación de la información sea verdaderamente libre, pluralista e igualitario. En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que la existencia de un mercado de ideas, caracterizado por una prensa libre, es condición de posibilidad de los restantes derechos y libertades fundamentales[8].

7 El artículo 20 de la Constitución Política de Colombia establece: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura."

8 A este respecto, la sentencia T-066/98 de la Corte Constitucional colombiana señala: "una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc. Además, la libertad de prensa es fundamental para el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para que una persona pueda definir y seguir de manera apropiada la orientación que le desea dar a su existencia es necesario que tenga la posibilidad de conocer distintas formas de concebir la vida y de comunicar su propia opción vital". En el mismo sentido, entre otras, véase la sentencia T-609/92.

Pese a que la libertad de información tiene una eficacia privilegiada en el proceso de comunicación de masas, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha entendido que este derecho despliega su fuerza vinculante en todos los ámbitos en los cuales es necesario proteger la libre comunicación de la información. En consecuencia, son titulares de esta libertad todas las personas que pretendan transmitir informaciones en foros más o menos públicos y frente a audiencias más o menos limitadas, pese a que no se sirvan de la intermediación de los medios masivos de comunicación, ni actúen en calidad de periodistas[9].

Ahora bien, para la Corte Constitucional, la libertad de información es un derecho de "doble vía", que garantiza tanto el derecho a informar como a recibir información adecuada y oportuna[10]. A su turno, el derecho a informar parte de la protección de otros derechos, como el derecho de acceso a la información pública —también llamado derecho de petición[11]—, la libertad de expresión[12], la prohibición de la censura previa[13], el derecho a fundar medios de comunicación[14], la reserva de la fuente[15] y, en general, la existencia de condiciones estructurales y operativas necesarias para que el mercado de las ideas resulte igualitario, libre y pluralista. Por su parte, el derecho a recibir oportuna y adecuada información, supone la interdicción de la arbitrariedad en el proceso comunicativo[16], la protección del pluralismo

9 La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la eficacia del derecho a la libre información en el ámbito académico (SU-667/98); religioso (T-263/98); informático (SU-082/95); económico (T-368/98); carcelario (T-706/96), entre otros.

10 La jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente esta tesis desde la sentencia T-512/92. Al respecto, en la sentencia T-332/93, la Corte indicó: "Recuérdese, sin embargo, que el derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cobija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho, "veraz e imparcial". Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites —que son implícitos y esenciales al derecho garantizado— realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional".

11 El artículo 23 de la Constitución colombiana señala que: "toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

12 Cfr. entre otras, la sentencia SU-056/95.

13 *Ibídem.*

14 Cfr. entre otras, la sentencia T-081/93.

15 Cfr. entre otras, la sentencia C-038/96.

16 Cfr. entre otras, la sentencia T-706/96.

17 *Ibídem.*

informativo[17] y la obligación que se impone a la fuente o al locutor, de comunicar información veraz e imparcial[18].

De las anteriores prescripciones, la Corte ha derivado varias consecuencias importantes. En primer lugar, la jurisprudencia[19] ha entendido que toda reglamentación sustantiva de la libertad de información debe originarse en una ley estatutaria, es decir, en una ley sometida a procedimientos y mayorías especiales destinados a garantizar un mayor consenso social[20]. En segundo término, la Corporación ha señalado que la intervención pública en el proceso de comunicación de masas debe provenir, en principio y salvo circunstancias verdaderamente excepcionales[21], de autoridades imparciales, autónomas e independientes, como la Comisión Nacional de Televisión[22] o los jueces de la república[23].

Sin embargo, la libertad de información no sólo reporta a su titular un conjunto de herramientas de defensa contra injerencias arbitrarias. Adicionalmente, este derecho apareja una serie de obligaciones que se desprenden del propio texto constitucional. En efecto, el ejercicio de la libertad de información debe realizarse conforme a dos principios esenciales, que limitan internamente el alcance de este derecho: el principio de veracidad y el principio de imparcialidad.

b) La "veracidad" como límite interno a la libertad de informar

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a recibir información veraz constituye un límite inquebrantable del derecho a informar. En estas condiciones, resulta fundamental establecer el contenido del principio de veracidad, pues de ello dependerá la responsabilidad social que puede hacerse exigible a quien ha transmitido una información falsa o inexacta. Según esa Corporación, la veracidad de una información hace referencia a hechos o a enun-

18 Sobre los conceptos de veracidad e imparcialidad volverá más adelante el presente documento. Sin embargo, al respecto pueden consultarse las sentencias T-512/92; T-603/92; T-609/92; T-050/93; T080/93; T-066/98.

19 Cfr. entre otras, la sentencia C-425/94.

20 Conforme al artículo 153 de la Constitución, la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias no sólo exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, sino que su constitucionalidad debe ser automáticamente revisada por la Corte Constitucional.

21 Mediante la sentencia C-425/94 la Corte declaró inexequible —por razones de competencia— una norma legal que prohibía difundir ciertas informaciones relativas al conflicto armado, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, esa corporación ha aceptado restricciones a la libertad de información originadas en decisiones del ejecutivo con ocasión de decretos expedidos en estados de excepción. Al respecto puede consultarse la sentencia C-033/94.

22 La Comisión Nacional de Televisión es un órgano autónomo al que compete el manejo de la televisión. Posteriormente analizaremos más en detalle su impacto sobre la libertad de expresión en Colombia.

23 Esta intervención judicial en los medios de comunicación ha suscitado una fuerte polémica en la comunidad de periodistas y comunicadores. Al respecto pueden consultarse Herrán, María Teresa, *Tutela, Periodismo y Medios de Comunicación,* TM Editores, Fescol, Bogotá, 1993 y Villarraga, María Eugenia *et al., La Tutela en los Medios de Comunicación,* CPB, Bogotá, 1995.

ciados de carácter fáctico, que pueden ser verificados, por lo cual no cubre las opiniones[24]. No obstante, la jurisprudencia ha comprendido que, en muchos eventos, no resulta fácil definir si una información respeta el principio de veracidad, pues puede referirse a hechos difíciles de comprobar o fundarse en fuentes que merezcan la más alta credibilidad del medio pese a que, finalmente, resulten equivocadas. A este respecto, la Jurisprudencia ha señalado:

> Ahora bien, la definición en cada caso concreto de lo que es veraz puede arrojar muchas dificultades. Aún cuando en algunas situaciones se podrá concluir fácilmente que una información no es veraz, en un buen número de casos pueden existir diferentes apreciaciones sobre una noticia. Pero más aún, en muchos eventos puede ser imposible para el informador determinar con precisión si el hecho que llega a su conocimiento es absolutamente cierto o no. Si en este último caso se aplicara una noción absolutamente estricta de veracidad se podría paralizar la actividad investigativa de los medios de comunicación, con lo cual se afectaría en forma fundamental su labor de control de las instancias de poder.
>
> Por ello, lo que cabe concluir es que la aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. Así, si bien en algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad —puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales, como ocurre, por ejemplo, cuando un medio manifiesta que sus afirmaciones se fundamentan en documentos emitidos por una entidad determinada, y ésta demuestra que sus escritos expresaban todo lo contrario[25]—, en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información —cuando, por ejemplo, la información suministrada en sí misma es cierta, pero hace caso omiso de algunos elementos, cuya presencia le otorga un cariz completamente distinto a la noticia[26]—, y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad[27].

En suma, vulnera el principio de veracidad el dato fáctico que es contrario a la realidad, siempre que la información se hubiere publicado por negligencia o imprudencia del emisor. Así por ejemplo, no es veraz la información según la cual una persona tiene antecedentes penales o se encuentra vinculada a actividades ilícitas, cuando las autoridades competentes certifican los hechos contrarios. En este sentido, la Corte encontró que existía vulneración del principio de veracidad al referirse a una persona que estaba siendo penalmente juzgada como autora del crimen respectivo (T-512/92); en el mismo sentido, la Corporación señaló que había transgredido el principio de veracidad el periodista que se refirió a una serie de grupos defensores de derechos humanos, como organizaciones simpatizantes de grupos al margen

24 Sentencia T-080/93. En el mismo sentido, véanse sentencias T-603/92; T-609/92; T-074/95.

25 Una situación semejante es tratada en la sentencia T-472/96.

26 Así ocurrió en la situación de hecho que se debate en la sentencia T-080/93.

27 Sentencia T-066/98.

de la ley (T-050/93) o que identificó a una persona como colaboradora de los carteles de la droga, sin que existiera un solo elemento en el cual basar la referida información (T563/93).

Sin embargo, si se trata de hechos que no pueden ser fácilmente comprobados por el emisor, viola el principio de veracidad el locutor que los presenta como hechos ciertos o definitivos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que es inexacta y, en consecuencia, contraria al principio de veracidad, la información que, en realidad, responde simplemente a un juicio de valor u opinión del emisor, cuando es presentada como un hecho cierto e indiscutible. La jurisprudencia colombiana ha indicado que el medio que no diferencia entre los hechos verdaderos y los juicios de valor que tales hechos merecen a los comunicadores, vulnera el principio de veracidad[28]. Por último, la Corte ha considerado que vulnera el principio de veracidad la "noticia" o el "titular" que, pese a ser literalmente cierto, es presentado de manera tal que induce al lector a conclusiones falsas o erróneas[29].

c) La "imparcialidad" como segunda limitación interna

Pero no basta con que la información sea veraz —en los términos antes mencionados— para que pueda afirmarse que queda cobijada por la garantía consagrada en el artículo 20 de la Carta. Adicionalmente, para que una publicación pueda oponerse a las pretensiones de terceros presuntamente afectados, se requiere que satisfaga los imperativos del principio de imparcialidad.

28 Así, en la sentencia T-080/93 dijo la Corte: "Esta exigencia no significa, como podría pensarse en un primer momento, la anulación del derecho del medio de comunicación a expresar su opinión sobre los hechos informados. Su finalidad va encaminada a establecer en los noticieros o programas cuyo objeto principal sea informar al público sobre el acontecer nacional o mundial, una clara distinción entre lo que es un hecho y la opinión que dicho hecho suscita para los propietarios o editores del medio masivo de comunicación. Lo anterior es una garantía del público en general con miras a que la información no se gobierne exclusivamente con patrones puramente comerciales ni se suministre en forma de "mercancía", lista para consumir, sino mediante la presentación de la mayor cantidad de elementos de juicio que le permita adoptar una posición crítica y enriquecida, y de esta forma pueda contribuir eficazmente a la controversia democrática. Una información parcial, que no diferencia entre hechos y opiniones en la presentación de la noticia, subestima al público receptor, no brinda la posibilidad a los lectores u oyentes para escoger y enjuiciar libremente, y adquiere los visos de una actitud autoritaria, todo lo cual es contrario a la función social que cumplen los medios de comunicación para la libre formación de la opinión pública". En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-066/98.

29 Al respecto puede consultarse la sentencia T-259/94, mediante la cual la Corte Constitucional consideró que una publicación había vulnerado el principio de veracidad, por cuanto el titular de la información inducía al lector a una conclusión falsa o, al menos, altamente especulativa. Así, el cadáver de un joven fue encontrado semidesnudo en la parte trasera de un camión, y un periódico tituló la noticia, en la primera página: "Tanga mortal". La Corte concluyó que si bien los hechos narrados eran ciertos, el titular y la manera como se presentó la información daban a entender que detrás del acontecimiento luctuoso estaba un comportamiento indebido e inmoral de la propia víctima, lo cual era una mera especulación periodística, por lo cual la información no era veraz y afectaba el derecho al buen nombre del occiso.

Según la Corte Constitucional, la imparcialidad, a diferencia del principio de veracidad, "envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión". En consecuencia, la jurisprudencia ha advertido que "una rigurosa teoría general y abstracta sobre la interpretación haría imposible exigir la presentación imparcial de un hecho, ya que toda interpretación tendría algo de subjetiva. El Constituyente no quiso llegar hasta este extremo, y optó por vincular la exigencia de imparcialidad de la información al derecho del público a formarse libremente una opinión, esto es, a no recibir una versión unilateral, acabada y "pre-valorada" de los hechos que le impida deliberar y tomar posiciones a partir de puntos de vista contrarios, expuestos objetivamente"[30].

En suma, de acuerdo con el principio de imparcialidad, los periodistas están obligados a establecer cierta distancia crítica respecto de sus fuentes, pues la aceptación irreflexiva de todas sus afirmaciones puede comprometer su responsabilidad. A juicio de la Corte, la información suministrada, cuando ello sea posible, debe ser confirmada o, al menos, contrastada con la información que, sobre los mismos hechos, suministren expertos en la materia, cuando no la parte directamente implicada. Igualmente, la Corte ha considerado que el comunicador debe "cuestionar sus propias impresiones y preconceptos, con miras a evitar que sus preferencias y prejuicios afecten su percepción de los hechos"[31]. Siguiendo la tesis expuesta, la Corte Constitucional encontró que una revista que había publicado información contenida en un documento no oficial del Ejército, en el que se sindicaba —sin ninguna prueba— a ciertos servidores públicos de ser auxiliadores de grupos al margen de la ley, sin asumir una posición crítica respecto de la fuente, ni solicitar la opinión de las personas involucradas o de expertos en el tema, vulneró el principio de imparcialidad y lesionó los derechos fundamentales de las personas involucradas. Al respecto dijo la Corte:

> Así las cosas, se impone la conclusión de que la revista Semana actuó en forma ligera e imprudente al publicar el artículo sobre los alcaldes, en la medida en que no buscó establecer la veracidad de los datos contenidos en el documento de inteligencia, para poder presentar un informe completo e imparcial sobre el tema. En efecto, tal como lo señalan los expertos que conceptuaron dentro del proceso, la revista, al observar que en el documento se hacían graves incriminaciones, sin ningún fundamento probatorio, antes de proceder a la publicación tendría que haber intentado oír la versión, bien de los mismos alcaldes involucrados —o de algunos de ellos, en razón de su gran número—, bien de la Federación Colombiana de Municipios —o de otro organismo que pudiera haber hablado en nombre de los alcaldes—, o bien de personas conocedoras del tema. Repárese que la misma publicación era consciente de que, a pesar de la gravedad de las acusaciones en él contenidas, las mismas eran tratadas con mucha ligereza. En efecto, en el artículo

30 Sentencia T-080/93.

31 Sentencia T-066 de 1998.

se manifiesta que "el que los alcaldes del país tengan estrechos vínculos con los alzados en armas es un tema muy delicado y por ello es indispensable que las autoridades tengan pruebas a la mano, más que indicios, para que la Fiscalía pueda llegar al fondo de las investigaciones". En presencia de esta afirmación no es comprensible que la revista hubiera pasado a publicar el informe, sin intentar corroborar o contrastar las afirmaciones en él contenidas (Sentencia T-066/98).

d) El derecho fundamental a la rectificación en condiciones de equidad

Una consecuencia natural de los anteriores principios es el derecho de rectificación, pues si el medio de comunicación publica una información falsa, errónea o parcializada, a partir de lo cual lesiona los derechos fundamentales de una tercera persona, esta última tiene derecho fundamental a solicitar la corrección de la información, en condiciones de equidad. Según la Corte Constitucional, la posibilidad de exigir la rectificación es "un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre que por su conducto se protegen"[32]. En consecuencia, no puede oponerse a este derecho la especial prevalencia de la libertad de prensa, pues la misma constituye, justamente, un límite a dicha libertad.

La rectificación en condiciones de equidad exige, según la jurisprudencia, que se satisfagan dos condiciones esenciales. En primer lugar, que la rectificación —o aclaración— tenga un "despliegue informativo equivalente"[33] al que tuvo la noticia inicial. Adicionalmente, que el medio de comunicación reconozca, expresamente, que se equivocó. En criterio de la Corte, "para que la rectificación se acomode a los postulados constitucionales, el medio de comunicación debe reconocer plenamente que incurrió en un error o en una falsedad"[34].

Ahora bien, en cuanto a la primera cuestión mencionada, es importante advertir que la equivalencia no supone, necesariamente, que tanto la noticia como su posterior corrección deban aparecer, exactamente, en el mismo espacio[35]. Tampoco es necesario que tengan la misma extensión o duración. Lo que sí resulta fundamental es que la rectificación o aclaración de la información falsa o parcializada constituya un verdadero remedio a la vulneración de los derechos de la persona concernida, y, para ello, será necesario que tengan, al menos, igual despliegue e importancia. En palabras de la Corte, "de lo que se trata es de que el lector pueda identificar con facilidad la relación existente entre la rectificación y el artículo enmendado"[36].

32 Sentencia T-074/95. Adicionalmente pueden consultarse las sentencias T-472/96, T-479/93 y T066/98.

33 Sentencia T-066/98.

34 T-472/96. Véase también las providencias T-595/93, T-259/94, T-381/94, T-74/95 y T-066/98.

35 Al respecto puede consultarse la sentencia T-404 /96 mediante la cual la Corte Constitucional entendió que satisfacía el derecho fundamental de rectificación en condiciones de equidad sobre la publicación de la rectificación en un espacio distinto al ocupado por la noticia original, bajo el argumento de que se trataba de un lugar de mayor relevancia e impacto que aquel ocupado por la información original.

36 Sentencia T-066/98.

Por último, resulta relevante señalar que, según la Corte, si bien los jueces pueden definir los criterios que han de guiar a una publicación a la hora de efectuar la rectificación o aclaración de una noticia, no están, sin embargo, autorizados para redactar directamente el texto de la mencionada rectificación[37].

II. La ponderación del derecho a la libertad informativa con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos

En el derecho constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales tienen usualmente estructura de principios —o estándares de actuación— y no de reglas[38], por lo cual, la determinación del alcance práctico de una libertad supone no sólo definir el ámbito de conducta protegida, y los límites internos que tiene el derecho, que serían en este caso la veracidad e imparcialidad de la información, sino que incluye, necesariamente, la definición de los criterios de ponderación que deben ser utilizados para resolver los eventuales conflictos con otros valores constitucionales. En efecto, dado que la libertad de información debe armonizarse con los restantes derechos y libertades fundamentales, resulta esencial —a fin de evitar restricciones arbitrarias— que se defina el mapa de limitaciones reciprocas, acorde con criterios objetivos, homogéneos y universales, coherentes con el sistema axiológico establecido en la Constitución[39]. Esto explica que la Corte Constitucional haya precisado que la libertad de información no encuentra únicamente las limitaciones internas que le impone el respeto por los principios de veracidad e imparcialidad, sino que debe también ponderarse con otros derechos o bienes constitucionales, lo que ha tenido como resultado, la limitación externa de aquella en nombre de estos. Resulta entonces importante hacer un breve recuento sobre algunos aspectos de dicha jurisprudencia. Por razones de espacio, luego de brevemente presentar las principales tensiones analizadas por la Corte, nuestro análisis se limitará a uno de los conflictos clásicos que plantea la libertad de información: sus tensiones con los derechos a la intimidad y al buen nombre.

a) Breve reseña de las tensiones suscitadas por la libertad informativa

La Corte Constitucional ha abordado numerosas cuestiones relacionadas con el ejercicio de la libertad de expresión e información. Así por ejemplo, la Corporación se ha pronunciado,

37 Sentencia T-369/93.

38 Respecto de la terminología utilizada y, en particular, sobre la clasificación de las normas constitucionales según su estructura en reglas o principios, cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Véase igualmente, *infra* punto IV a), en donde analizamos la problemática de la "ponderación".

39 Sobre la necesidad de elaborar criterios universales y homogéneos de ponderación de los derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-578/95 y C-475/97 de la Corte Constitucional colombiana.

entre otros, sobre los alcances de la libertad de información en las relaciones de especial sujeción con el Estado (T-706/96); respecto a la libertad de información frente a la moralidad pública y, en particular, frente a los derechos de los menores (T-321/93 y T-479/93); sobre la libertad de información y el derecho a la propia imagen (T-090/96); en cuanto a la tensión entre libertad de información y debido proceso (T-512/92); sobre la relación entre el ejercicio de la libertad de información y los derechos políticos (C-488 de 1993 y C-089 de 1994)[40]. Finalmente, es importante señalar que la Corte ha establecido criterios para resolver los eventuales conflictos entre el orden público y la libertad de información (C-033/93 y C586/95).

Sobre esta última cuestión resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha aceptado algunas restricciones a la libertad de prensa o de información, en aras de la defensa del orden público cuando quiera que se verifique una amenaza grave e inminente o para evitar la comisión de ilícitos. Sin embargo, la Corporación ha considerado que toda restricción debe respetar el núcleo esencial de derecho a la libertad informativa[41] y, en consecuencia, no puede estar enderezada a evitar que se conozca una determinada información sino a regular las circunstancias de la publicación. Así por ejemplo, al evaluar la constitucionalidad o exequibilidad de una disposición expedida en uso de las facultades excepcionales durante el Estado de Conmoción Interior, y según la cual, no era posible divulgar, por la radio o la televisión, entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al narcotráfico (art. 3 del Decreto 1812 de 1992), la Corte consideró que la norma debía ser entendida en el sentido de que "no se permite divulgar entrevistas de miembros activos de organizaciones guerrilleras, terroristas o vinculadas al Narcotráfico", pero sí se permite informar acerca del hecho noticioso como tal, despojado de toda apología del delito (C-033/93).

En el mismo sentido la Corte declaró exequible una disposición legal que prohibía la utilización de lenguaje "cifrado o ininteligible" en la comunicación por intermedio de teléfonos celulares o radioteléfonos. Para la Corte esta regulación resultaba adecuada en la medida en que no restringía el contenido de la información, sino la manera como ésta debía ser transmitida (C-586/95).

No obstante lo anterior, la Corte ha defendido el derecho a la información frente a los bienes eventualmente tutelados por la reserva de ciertas informaciones públicas. En efecto, la Corporación ha aceptado que la reserva de ciertos documentos públicos no es aplicable a los medios de comunicación, sino a los servidores oficiales encargados de mantener el sigilo. A juicio de la Corte, en principio, una vez el medio de comunicación ha conocido cierta

40 Sobre este tema, véase *infra* punto V de este artículo.

41 En general, la Corte Constitucional ha tendido a adoptar una teoría absoluta del núcleo esencial, al cual ha caracterizado como "el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas". Véase, entre otras, la sentencia C-033/93 y T-425/93.

información que, en virtud de la ley, tiene carácter de reservada y pese a que su publicación pueda afectar el orden público, el medio tiene derecho a publicarla siempre que respete los postulados de veracidad e imparcialidad (T-066/98).

Ahora bien, como se anunció desde el inicio de este documento, parece claro que uno de los problemas jurídicos más recurrentes y difíciles que plantea la libertad de información es su tensión con derechos personalísimos, como la intimidad o el buen nombre. La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en la materia es significativa, tanto por sus aciertos como por sus hesitaciones, por lo cual conviene resumirla brevemente.

b) De la prevalencia absoluta de los derechos personalísimos a la especial prelación del derecho a la información

El primer caso relevante que resolvió la Corte sobre las tensiones entre intimidad y derecho a la información se relacionó con el hábeas data, pues se originó en una tutela interpuesta por una persona que había incumplido una obligación financiera, que había sido declarada prescrita. Sin embargo, figuraba en los bancos de datos de la Asociación Bancaria, como deudor moroso, y sus solicitudes para ser retirado de esas listas fueron desatendidas. En la correspondiente decisión, la Corte tuteló el derecho del actor a la intimidad, y ordenó que su nombre fuera eliminado de esas bases de datos (T-414/92). El tribunal, luego de señalar que la dignidad humana es el principio supremo de la Constitución colombiana, estableció una suerte de superioridad jerárquica de la intimidad sobre el derecho a la información, pues afirmó que "en casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información", preeminencia que, según la sentencia, "es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial", por cuanto la intimidad es un "elemento esencial de la personalidad y como tal tiene una conexión inescindible con la dignidad humana"[42].

Posteriormente, la Corte modificó la anterior tesis sobre la circulación del dato financiero en bases de datos pues consideró que ésta no viola la intimidad ya que no se trata de una información que interese exclusivamente al deudor[43], pero lo cierto es que la sentencia

42 Sentencia T-414/92.

43 Este giro de la jurisprudencia se originó en la sentencia SU-089/95. El cambio de doctrina sobre hábeas data en materia financiera no significó empero una desprotección constitucional del individuo frente a las bases de datos bancarias, pues la Corte mantuvo, invocando el derecho al buen nombre, la posibilidad de que las personas corrigieran los datos incompletos o inexactos. Además, según la sentencia, el cliente debe expresamente autorizar la circulación de la información financiera y, después de un tiempo, los datos de incumplimientos antiguos caducan y deben ser retirados de la base de datos. Aunque la jurisprudencia mantiene entonces muchos mecanismos de defensa del individuo frente a ese terrible poder privado, que son las bases de datos financieras, este cambio jurisprudencial es conceptualmente bastante discutible, pues no es claro que el amparo al buen nombre implique un derecho al olvido, ni se entiende por qué deben las personas autorizar la circulación de un dato que no

T-414/92 tendió a crear una línea jurisprudencial, según la cual, si se llegaba a afectar la intimidad, este derecho tendría prelación respecto del derecho a la información. Esa concepción, desarrollada inicialmente en el marco del hábeas data, y en relación con el dato financiero, fue rápidamente proyectada al manejo de la información por los medios de comunicación.

Así, pocas semanas después, la Corte conoció de una tutela interpuesta por el apoderado de un presunto narcotraficante, contra una serie de medios de comunicación que le adjudicaban a su cliente conductas criminales respecto de las cuales no había sido condenado (T-512/92). A parte de la reivindicación de los derechos al debido proceso y al buen nombre de las personas sindicadas o no condenadas, la sentencia referida tendió a reiterar la prevalencia de la intimidad frente al derecho a la información. A este respecto, indicó que "los medios de comunicación no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho"[44]. Según la sentencia, este derecho es "oponible a terceros considerados de manera individual y con mucha mayor razón a los medios masivos, ya que éstos, por la misma función que cumplen, están en capacidad de hacer público lo que de suyo tiene el carácter de reservado por no ser de interés colectivo"[45].

Poco después, la Corte nuevamente reafirmó la prevalencia de la intimidad, en un caso relacionado con el seguimiento que hicieron los medios de comunicación del asesinato de un muy conocido cantante (T-611/92). La viuda, en su nombre y en el de sus hijas, interpuso tutela contra varios periódicos, pues consideró que habían violado su intimidad, al revelar ciertos datos de la vida sentimental del artista. En esa decisión, y después de una vigorosa defensa del derecho a la intimidad, entendido como la garantía de que los eventos acaecidos en el ámbito privado de la actora y de su familia no pueden ser objeto de dominio público, la Corte confirió en el caso prelación a la protección a la intimidad sobre la libertad de información, fundándose nuevamente en la doctrina desarrollada en la citada sentencia T-411/92. Según la Corte, si bien la noticia interesaba a la comunidad, no podía la prensa invadir la órbita privada de las personas, ni ingresar al ámbito hogareño, salvo consentimiento expreso de los protagonistas, por lo cual, había existido una violación al derecho "que tiene la familia a tramitar los asuntos que sólo a ella incumben, libre del asedio periodístico y del comentario público". Y esta prevalencia de la intimidad se mantenía, a pesar de que se trataba de un conocido cantante, pues la restricción de la vida privada de las personas "con notoriedad pública, no puede ser absoluta, ya que ni ellas ni sus familias pueden

es íntimo. Según nuestro parecer, la Corte debió mantener el análisis como un conflicto entre intimidad y derecho a la información; sin embargo, por limitaciones de espacio no podemos analizar en detalle esta problemática.

44 Sentencia T-512/92.

45 *Ibídem.*

renunciar ni los medios de comunicación están legitimados para exigirles que renuncien *in abstracto* a la garantía que les ofrece, en consideración a su dignidad, la Carta Política"[46].

Con criterios similares, la Corte Constitucional prohibió la circulación de un libro que divulgaba informaciones sobre un divorcio, en el cual se habían presentado graves desavenencias entre los cónyuges, por cuanto consideró que la publicación era una intromisión en la vida privada familiar que, además, podía fuertemente afectar el libre desarrollo de los niños (T-293/94). Según la sentencia: "quien informa o se expresa tiene unos límites", y por ende, "cuando esos límites son traspasados, deja de estar en el ejercicio de un derecho para ubicarse en el terreno inconstitucional de la transgresión de otros derechos que está obligado a respetar", por lo cual es válido prohibir "la circulación del escrito o impreso que probadamente atenta contra derechos fundamentales de personas en concreto, sin que ello pueda considerarse censura sino apenas el natural cumplimiento de los mandatos constitucionales en lo que atañe al adecuado equilibrio entre deberes y derechos"[47].

La prevalencia de ciertos derechos personalísimos, frente a la libertad de información, encuentra, a nuestro parecer, una expresión extrema en la sentencia T-696 de 1996. En esa ocasión, y durante el juicio al presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, por presunta infiltración de dineros del narcotráfico en la campaña electoral, la Corte consideró que la televisión había violado la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia del abogado del Presidente. A juicio de la Sala de Tutela encargada de decidir el caso, la violación tenía como causa la divulgación del texto de una nota manuscrita, casualmente captada por una cámara de televisión, que, en pleno debate en el recinto del Congreso, el abogado había escrito en dirección al parlamentario que estaba encargado de adelantar la investigación contra el primer mandatario. La Sala de Tutela respectiva, invocando nuevamente la tantas veces mencionada regla de ponderación establecida en la citada sentencia T-414/92, según la cual, dado un conflicto irresoluble entre la intimidad y la libertad informativa, prevalece la primera, asimiló el escrito del abogado a una correspondencia personal, y concluyó que el derecho a la información no legitimaba esa injerencia en la privacidad del abogado.

Esa decisión es particularmente discutible, pues los medios estaban transmitiendo información sobre un personaje público; adquirida casualmente y sin ningún artilugio; en relación con un asunto público; de un hecho que había ocurrido en el Congreso, que es el recinto público por excelencia de la democracia. Además, el interés de los medios era legítimo, pues simplemente trataban de determinar si existían o no arreglos y componendas entre el Presidente y sus jueces, en un asunto de particular trascendencia para el país. Finalmente, no se trataba de una nota entre el abogado y su cliente sino entre el abogado y el investigador judicial, comunicación que no tiene ningún privilegio constitucional. Por ende, un escrito que una persona circula en esas condiciones, difícilmente puede ser asimilado a una forma privada de comunicación. La Corte tiene razón en que una comunicación íntima

46 Sentencia T-611/92.

47 Sentencia 293/94.

no deja de ser una "correspondencia" por el solo hecho de que se refiera a temas públicos, los cuales pueden tratarse, como dice la sentencia, "en la más confidencial de las formas", por lo cual, en estos casos, es esencial tomar en cuenta si el remitente deseaba o no dar a la publicidad la información. Y es indudable que el abogado del Presidente no quería, en ese caso, que el escrito se conociera. Pero la sentencia minimiza el hecho de que el contenido del mensaje se refería directamente al juicio, y que el abogado escribió el escrito durante un debate en el Congreso, esto es, en un foro público por excelencia, con el pleno conocimiento de que existían cámaras que estaban filmando los hechos.

Las anteriores sentencias podrían llevar a concluir que la jurisprudencia colombiana ha tendido a conferir una prevalencia al derecho a la intimidad cuando entra en colisión con el derecho a la información, por lo cual ha admitido importantes restricciones a este último, con el fin de proteger la intimidad de las personas. Sin embargo, el asunto no es totalmente claro, por cuanto en otras ocasiones, la Corte ha desarrollado criterios un poco diversos, que conviene reseñar.

En efecto, en múltiples decisiones[48] la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la libertad de expresión goza de una especial prevalencia constitucional, en la medida en que es condición esencial para el disfrute de los restantes derechos fundamentales y presupuesto del proceso democrático. El aserto anterior, implica que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad de información deba tener una primacía frente a otros valores constitucionales. En este sentido, en la sentencia T-609/92, dijo la Corte:

> La libertad de prensa como es conocida de modo especial, consiste en el derecho fundamental para publicar y difundir las ideas por cualquier medio gráfico y es una de las características de todo régimen democrático puesto que propicia el pluralismo político e ideológico; su finalidad más trascendental es la de permitir que exista un espacio propicio para controlar los actos de los gobernantes y para indicar derroteros a los asociados, todo lo cual en principio le da a ella en el cuadro de regulaciones constitucionales una posición preferente ante los poderes públicos y ante otros derechos fundamentales autodisponibles. (El subrayado es nuestro.)

En resumen, desde una perspectiva formal —atendiendo a las manifestaciones de principio que se efectúan en las sentencias—, para la Corte Constitucional la procura de la dignidad, por medio de garantizar un ámbito de intimidad, y la defensa del sistema de gobierno democrático, mediante la protección de la libertad de información, constituyen conjuntamente propósitos constitucionales prioritarios. Sin embargo, en la práctica, al decidir casos concretos, la Corte tendió, al menos en sus primeros tres años de actividades, a dar preferencia al derecho a la intimidad. Por sólo citar un ejemplo, en la sentencia T-

48 Véase, entre otras, las sentencias T-609/92, T-048/93, T-080/93, T-609/93, T-602/95, T-472/96 o T706/96.

609/92 antes mencionada, a pesar de que la Corte señala la posición preferente de la libertad de expresión, concluye que unas caricaturas y fotomontajes realizados para criticar a una funcionaria pública, por presuntas irregularidades en su gestión, eran lesivas de su dignidad, y "no se compadecen con el ejercicio de la libertad de prensa, ni con la libertad de expresión en medios masivos de comunicación, los que por mandato constitucional tienen responsabilidad social"[49].

Pese a lo anterior, en la jurisprudencia constitucional proferida en los últimos años, la Corte ha pasado de proclamar formalmente la especial preferencia de la libertad de información a aplicar este criterio para la resolución de casos concretos. En efecto, a partir de mediados de la década del noventa, la Corporación fue inaugurando nuevos criterios en virtud de los cuales se reconoce, primero tímidamente y luego de manera vigorosa, la verdadera prelación de la libertad de información.

Una sentencia muy significativa, por el cambio que implica, es la SU-056/95. En la mencionada decisión, la Corte tuvo que estudiar el conflicto suscitado por la publicación de un libro denominado "La Bruja, coca, política y demonio", que narraba acontecimientos sucedidos en un municipio colombiano y relacionados con posibles vínculos ente el narcotráfico y la brujería. Algunos habitantes del lugar en el que ocurrieron los hechos narrados en el libro, consideraron que se había violado su derecho a la intimidad y al buen nombre, por cuanto se divulgaban, sin su consentimiento, hechos que, en algunos casos eran falsos, y que en otros eran privados, dado que no revestían interés general alguno. Los jueces de instancia ampararon los derechos de los peticionarios y prohibieron la publicación del libro, hasta tanto el autor corrigiera los hechos falsos y suprimiera las referencias íntimas. Sin embargo, la Corte revocó las sentencias de instancia, y autorizó el libro, básicamente con dos argumentos.

De un lado, el tribunal insistió en que se trataba de una obra, que si bien se basaba en hechos reales, tenía una vocación literaria, por lo cual gozaba de una cierta "intangibilidad". A juicio de la Corporación, los jueces no pueden ordenar a un autor que altere, modifique o suprima pasajes de una obra literaria, pues de otra manera se produciría una "afrenta a los derechos y a la creación intelectual del autor" y convertiría a los jueces en críticos de la creación intelectual y artística, función que desde ningún punto de vista les corresponde.

De otro lado, a pesar de que el libro hacía afirmaciones presuntamente injuriosas, las mismas no lesionaban el derecho a la intimidad de las personas concernidas, ya que el periodista se había limitado a reproducir lo que era de "conocimiento popular" en la zona. El autor no había entonces invadido la privacidad de esas personas, para obtener información reservada, ya que se trataba de "personas cuyas actuaciones son del dominio público del

49 Sentencia T-609/92. Conviene comparar esta decisión, con los criterios desarrollados por la jurisprudencia estadounidense sobre la legitimidad de la sátira, como forma de crítica política. Véase *infra* III, y en especial el caso Hustler Magazine Inc. v. Falwell de 1988.

medio en donde ocurrieron los hechos", por lo cual, "el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de la vida pública".

A pesar de que la Corte sostuvo que esa decisión no implicaba una modificación de los criterios jurisprudenciales previos sobre la prevalencia del derecho a la intimidad, es obvio que existen variaciones significativas, y que esta sentencia tiende a ampliar la libertad informativa, en detrimento del ámbito protegido de la privacidad. En efecto, según esta decisión, si una persona ha permitido que una actividad suya sea conocida en una determinada esfera —como, por ejemplo, una localidad —, un periodista puede divulgarla, sin su autorización, en un ámbito mucho mayor —como un país—, por cuanto la información ya ha dejado de ser totalmente reservada. En esta ocasión, la Corte no entró a estudiar si el individuo sólo quería que su comportamiento se conociera estrictamente en el ámbito local, o en ciertas esferas sociales determinadas, por cuanto asumió que lo que es conocido por algunos puede ser conocido por todos. Esta tesis, junto con la idea de la "intangibilidad" de la obra artística, permite concluir que en esta oportunidad, la Corte no confirió prevalencia al derecho a la intimidad sino a la libertad de expresión.

En otra ocasión, la Corte estableció que la exigencia de la tarjeta de periodista para poder ejercer esa profesión violaba la libertad de expresión (C-087/98). En esta oportunidad, la Corporación reconoció abiertamente el carácter prevalente de la libertad de informar, incluso minimizando los riesgos que la divulgación de informaciones puede implicar para otros bienes, derechos o intereses constitucionales, como los derechos a la intimidad o al honor.

En nuestro criterio, la decisión adoptada en la sentencia anterior es correcta, pues como también lo mostró la Corte Interamericana en la opinión consultiva OC-05, la exigencia de colegiatura obligatoria o de tarjeta profesional para ser periodista limita desproporcionadamente la libertad de expresión y de información, por lo cual es inconstitucional y contraria a la Convención Interamericana. Sin embargo, algunos apartes de la argumentación de la Corte en la sentencia C-087/98 tienden a basarse en una defensa absolutista de la libertad de expresión e información. Según esta argumentación, todos los riesgos que puede aparejar el ejercicio de las mencionadas libertades son ajenos al funcionamiento de la democracia, por lo cual no parece posible, desde la democracia, establecer límites a dicho ejercicio. En este sentido, la sentencia afirma que, en una democracia, las libertades de expresión e información —que la sentencia trata de manera idéntica— no pueden ser restringidas por sus eventuales riesgos pues "no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático, preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes" ya que eso sería "algo así como proponer que la trigonometría (por definición la ciencia del triángulo), cambiara de objeto, manteniéndose como tal, en vista de las dificultades que el triángulo plantea". Concluye entonces la sentencia afirmando que "entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero".

La anterior argumentación puede ser admisible en relación con la expresión de opiniones, que en principio no debe tener restricciones[50], pero sin lugar a dudas es contraria a la doctrina desarrollada en las otras sentencias de la Corte Constitucional que hemos presentado, en donde precisamente ese tribunal ha admitido restricciones a la libertad informativa, a fin de asegurar no sólo la "imparcialidad" y "veracidad" de la información, sino también para proteger otros valores constitucionales, como el derecho a la intimidad.

Pero quizá la decisión más importante sobre la tensión entre derechos personalísimos —como la intimidad, la honra y el buen nombre—, y el derecho fundamental a la libertad de información es la contenida en la sentencia T-066 de 1998[51]. Por intermedio de la mencionada decisión, la Corte reconoció, expresamente, que ante un conflicto entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina *prima facie* el primero. Al respecto, dijo la Corte:

> En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas per-

50 Incluso este tema no es tan pacífico, como lo muestran los "discursos de odio", en donde una persona, por ejemplo, presenta opiniones abiertamente racistas, los cuales plantean complejos problemas en las democracias ya que implican una difícil tensión entre igualdad y libertad de expresión. En efecto, si todas las personas tienen derecho a no ser discriminados por razón de raza, ¿debe constitucionalmente protegerse un discurso racista? ¿O esas expresiones no ameritan protección constitucional y pueden, e incluso deben ser sancionadas? Esta tensión aparece clara incluso en los pactos de derechos humanos. Así, la Convención Interamericana consagra en el artículo 13 la libertad de expresión e información, y prohíbe toda censura, pero ese mismo artículo parece legitimar la sanción e interdicción del "discurso de odio", pues el literal 5º establece que "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". Para el desarrollo de ese complejo debate en los Estados unidos, véase Savage, David, "Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment", en Smolla, Rodney A. (ed.), *A year in the life of the Supreme Court,* Duke University Press, Durham, 1995, pp. 181 y ss.

51 Por su importancia, la precitada decisión será objeto de un análisis más detallado en una parte posterior de este documento.

> sonas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad[52].

La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana muestra que, a pesar de sus logros, la Corte Constitucional ha tenido titubeos en la elaboración de una doctrina consistente en la resolución de las tensiones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Estas dudas son naturales, no sólo por la complejidad del tema sino, además, porque, a nivel comparado, las soluciones constitucionales no son unívocas. Y, efectivamente consideramos que en este punto, un ejercicio de "jurisprudencia comparada" resulta particularmente instructivo para ilustrar las tensiones y dificultades que plantea la libertad de información en una democracia.

III. Una comparación instructiva: la jurisprudencia alemana y estadounidense sobre intimidad, honor y libertad de expresión

Sintetizada la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de libertad informativa y sus tensiones con otros derechos fundamentales, consideramos importante presentar una reseña de los criterios elaborados en otras latitudes sobre la misma cuestión. A nuestro juicio, en el campo de los derechos fundamentales, la perspectiva comparada es particularmente importante. En efecto, dada la similitud de los dilemas que surgen a raíz del ejercicio de estos derechos, la comparación de las decisiones de los distintos tribunales no sólo sirve para ilustrar las diversas tensiones normativas, sino para mostrar las soluciones alternativas que se han procurado y para abrir espacios de reflexión que contribuyan al desarrollo jurisprudencial y doctrinal en nuestros países.

Para elaborar este estudio, hemos seleccionado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Esta opción se debe, no sólo a la amplia tradición de los mencionados tribunales sino y, particularmente, a que cada uno de ellos representa un paradigma democrático relativamente diverso, lo que se traduce en la elaboración de criterios distintos para la solución de casos similares. En la parte que sigue de este documento se sintetizan algunos de los criterios elaborados por la jurisprudencia alemana y estadounidense, haciendo particular énfasis en sus diferencias y similitudes, para concluir con un breve estudio de la jurisprudencia colombiana en perspectiva comparada.

52 Sentencia T-066/98.

Una de las decisiones más importantes de la jurisprudencia alemana es el caso Lebach de 1973[53]. En el mencionado fallo, el tribunal constitucional alemán enfrentó el siguiente problema: una cadena televisiva pensaba efectuar la emisión de una película en la cual se informaba sobre el crimen de cuatro soldados ocurrido unos cuantos años antes. Una persona que había sido condenada como cómplice en ese crimen, y que iba a salir libre algunos meses después, consideró que esa película, en la cual se mencionaba su nombre y aparecía su fotografía, desconocía su intimidad y afectaba su proceso de resocialización, por lo cual interpuso el correspondiente recurso judicial. El tribunal prohibió entonces el programa de televisión, pues consideró que en este caso primaban los derechos de la persona ya que se trataba de la repetición de una información de un delito grave, sobre el cual ya no existía un interés actual de información, y que la emisión efectivamente podría afectar la resocialización del condenado.

Igualmente, en el caso Mephisto de 1971, el tribunal alemán tuvo que analizar si violaba o no la intimidad que una casa editorial reeditara el libro de Klaus Mann, *Mephisto,* que se refiere a la carrera del entonces ya fallecido director teatral Gustav Grudgens, a quien el escritor consideraba el prototipo del traidor, por cuanto había abandonado todas sus convicciones liberales a fin de congraciarse con los jerarcas nazis[54]. El fallo del Tribunal Constitucional protegió la dignidad y el buen nombre de los herederos de Grudgens, por lo cual admitió que la prohibición del libro era legítima, y ello a pesar de que Grudgens había sido un personaje público, ya que llegó a ser un actor supremamente conocido durante el Tercer Reich. Según ese tribunal, no es posible que la Ley Fundamental, que hace de la dignidad su valor supremo, permita que una persona sea degradada o menospreciada, incluso después de fallecida, pues la dignidad no cesa con la muerte, por lo cual no era admisible que bajo el pretexto de una obra de arte, la memoria de una persona pudiera ser afectada[55].

En cambio, en Estados Unidos, los jueces, en casos similares, han llegado a conclusiones opuestas[56]. Para empezar, en general en ese país se presume que es inconstitucional toda intervención estatal, ya sea administrativa o judicial, que impida la publicación de cualquier información u opinión, por lo cual estas restricciones previas a la libertad de expresión están excluidas, salvo casos excepcionales relacionados con la seguridad nacional[57]. Es entonces

53 Para un interesante análisis del fundamento argumentativo de este fallo, véase Alexy, Robert, *op. cit.,* pp. 95 y ss, y pp. 164 y ss. Véase igualmente Kommers, Donald P., *op. cit.,* pp. 414 y ss.

54 Véase Kommers, Donald P., *op. cit.,* pp. 309 y ss.

55 *Ibídem,* p. 428.

56 Para una presentación de algunos de los casos más relevantes de la jurisprudencia estadounidense en relación con la libertad de expresión, véase Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 253 y ss, y pp. 309 y ss. Igualmente véase Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional,* Civitas, Madrid, 1991, pp. 249 y ss, y 339 y ss. También Stone, Geoffrey et al., Constitucional Law (3 Ed), Little, Brown and Company, Boston, 1996, pp. 1073 y ss. Y Tribe, Lawrence, *American Constitucional Law,* (2 Ed), 1988.

57 Véase el caso Near v. Minnesota de 1931, en donde la Corte señaló que sólo un riesgo inminente de grandes proporciones podría justificar una censura de esa naturaleza. Con un criterio similar, en el lla-

casi imposible que en Estados Unidos un tribunal prohíba en forma previa una publicación para proteger el derecho a la intimidad o al honor de una persona. Estos conflictos se han resuelto entonces cuando la justicia civil o penal ha tenido que determinar, con posterioridad a la publicación, si hubo o no calumnias y difamaciones, a fin de establecer las correspondientes penas e indemnizaciones. E incluso en relación con las eventuales sanciones posteriores, la jurisprudencia ha tendido a proteger al máximo la libertad de expresión, como lo veremos a continuación.

Por ejemplo, en el fallo Sidis de 1940, la Corte Suprema de Nueva York estudió el caso de una persona, Sidis, que había sido un niño prodigio en 1910, y había entonces adquirido notoriedad pública, pero quiso abandonar esa fama, por lo cual se retiró a un empleo poco conocido. En 1937, un periódico lo volvió a la mirada pública pues, sin su consentimiento, narró su historia y los detalles de su vida actual, un poco tortuosa, con lo cual Sidis perdió todos sus esfuerzos por volver al anonimato. El afectado demandó entonces al periódico por difamación, pero perdió el caso, porque la Corte Suprema de Nueva York consideró que el interés del público en los problemas de los personajes notorios era legítimo, por lo cual no se podía prohibir la publicación de esa información. El supuesto de la argumentación de ese tribunal era entonces que quien había sido un personaje público, quedaba entonces sujeto a que mucho tiempo después se revelaran detalles, incluso deshonrosos, de su vida privada, con lo cual no sólo se establecía la imposibilidad de dejar de ser objeto de las miradas ajenas, sino que prácticamente se daba razón al exagerado aforismo según el cual, las personas públicas no tienen vida privada, como contrapartida a que las personas privadas no tienen vida pública.

Igualmente, en el caso New York Times v. Sullivan de 1964, la Corte Suprema Federal negó que un servidor público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si éstas eran inexac-

mado caso sobre los papeles del Pentágono de 1971, la Corte negó una petición del gobierno de que se prohibiera la publicación por unos diarios de documentos sobre la guerra del Vietnam, que podrían comprometer los esfuerzos bélicos y diplomáticos de los Estados Unidos pues, según la opinión mayoritaria, el daño producido, si bien era probable, no era inminente. Esto no quiere decir, obviamente, que la Corte Suprema haya sido siempre una gloriosa defensora de la libertad de expresión, pues en muchas ocasiones admitió que amenazas muy hipotéticas justificaran graves restricciones a esta libertad. Así, en Abrams v. United States de 1919, con el voto disidente de Holmes y Brandeis, ese tribunal admitió que se condenara a varios años de prisión por conspiración a unos inmigrantes rusos, cuyo único delito fue distribuir unos panfletos en donde llamaban a una huelga general contra la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial, pues consideraban que era un intento por acabar la Revolución Rusa. Igualmente, durante la época del macartismo, la Corte admitió, en Dennis v. United States de 1951, con el valeroso voto disidente de Black y Douglas, que se condenara a varios años de prisión a los líderes del partido comunista, por cuanto éstos defendían el derrocamiento del gobierno de los Estados Unidos. Lo más grave fue que el tribunal admitió la condena, a pesar de que no existía ninguna prueba de que los acusados hubieran realizado alguna actividad práctica encaminada a lograr sus objetivos.

tas, salvo si probaba, con claridad convincente ("convincing clarity"[58]), que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención ("actual malice"), esto es, agrega la sentencia, "con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia ("reckless disregard") sobre su veracidad". Es pues supremamente difícil para un funcionario público en Estados Unidos obtener una indemnización por una publicación relativa a sus funciones, pues la exigencia probatoria establecida por la Corte Suprema equivale, según muchos comentaristas, a una cuasi inmunidad de los medios en estos casos. Luego ese tribunal extendió esa protección de la libertad de expresión en relación con todas las figuras públicas[59], y estableció explícitamente que estas personas no podían tampoco obtener ninguna indemnización por burlas o sátiras que se hicieran en contra de ellas, incluso habiendo habido mala intención de parte de los caricaturistas. Así, Larry Flint, editor de la revista pornográfica Hustler, publicó una sátira contra Jerry Falwell, un reverendo nacionalmente conocido en los Estados Unidos[60]. La revista retrató al reverendo como un hipócrita alcohólico que había tenido relaciones sexuales con su madre, pero aclaraba que se trataba de una parodia. Falwell obtuvo en una corte estatal una indemnización por los daños emocionales que le causó la publicación, pero la Corte Suprema revocó la decisión y absolvió a Flint, pues consideró que la sátira, que por esencia es burlona y unilateral, es un elemento esencial del lenguaje político. Según la sentencia, si bien algunos podrían considerar malintencionada esa sátira, no por ello dejaba de estar garantizada constitucionalmente pues, como lo había señalado esa Corte en el fallo Garrison de 1964: "la protección de la primera enmienda recae incluso sobre quienes hablan o escriben motivados por odio o por mala intención".

La Corte Suprema incluso extendió las exigencias probatorias de "New York Times v. Sullivan" de real mala intención (*actual malice*) a las publicaciones sobre personas privadas, si se trataba de un asunto de "interés público o general". Por ejemplo, en Rosembloom v. Metromedia de 1971, la Corte aplicó ese estándar a un caso en el que la persona no era un personaje conocido, ni un funcionario público, pues consideró que existía un interés de la prensa justificado en la información, el cual prevalecía sobre la intimidad o el honor del afectado.

Como vemos, si bien los casos alemanes y estadounidenses no son idénticos, son semejantes en aspectos centrales y, a pesar de ello, las soluciones son diferentes. Así el tribunal alemán prohíbe, en forma previa, un libro sobre un personaje voluntariamente público (como el actor Grudgens) o una emisión en televisión sobre alguien que se vio involucrado en asuntos delictivos sobre los cuales en general se admite que la sociedad tiene derecho a estar informada (en el caso Lebach), por cuanto concluye que ya no hay un interés real que justifique una divulgación informativa que lesiona a los afectados. En cambio en Estados

58 Esto significa una carga probatoria grande para el servidor público, pues si bien la Corte no impone el criterio extremo de los casos criminales (evidencia más allá de toda duda razonable), sí establece una exigencia más importante que en los casos civiles ordinarios, en donde basta la evidencia preponderante, esto es, que haya más elementos probatorios en favor de las tesis del actor que en contra de ellas.

59 Véase los casos de 1967: Curtis Publishing Co v. Butts y Associated Press v. Walker.

60 Véase el caso Hustler Magazine Inc. v. Falwell de 1988, relatado en la película de Larry Flint.

Unidos no sólo se admiten publicaciones y emisiones similares, pues toda acción gubernamental destinada a evitar, en forma previa, la emisión de una información o una opinión se presume inconstitucional, sino que, para una figura pública resulta incluso muy difícil obtener indemnizaciones por difamación con posterioridad a las publicaciones, ya que las exigencias probatorias sobre mala intención son muy difíciles de cumplir.

La diferencia de criterios entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de los Estados Unidos no es excepcional sino que parece expresar una diversa valoración de los elementos en conflicto por parte de estos tribunales. En Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del tribunal constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información más allá de lo que un juez estadounidense consideraría admisible.

Estas diferencias son indudables pero no deben ser absolutizadas pues existen convergencias importantes en la doctrina constitucional de estos países. Así, es cierto que en Alemania la jurisprudencia confiere *prima facie* una protección preferente a la intimidad frente a la libertad de expresión. Sin embargo, esa prevalencia no es absoluta. En efecto, a pesar de que aparentemente establece que la dignidad —y la intimidad que le está asociada— siempre predominan cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, lo cierto es que el tribunal constitucional alemán ha admitido que estos valores pueden ceder en determinados casos, que no son excepcionales. Para ello el tribunal ha distinguido entre aquellas situaciones en las que se afecta a la intimidad de una persona por desprecio hacia ella, de aquellas otras en las que esta injerencia no es motivada "por una desconsideración o subestimación de la persona humana"[61], sino por razones esenciales para la protección de otros derechos y del propio orden constitucional. Así, la sentencia Lebach aclara que frente a un crimen actual, existe un legítimo derecho de la opinión a conocer los hechos, por lo cual, en general, no puede el delincuente invocar su intimidad para impedir una publicación sobre los acontecimientos, ya que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada. Lo que en ese caso específico justificaba la prohibición de la emisión era no sólo la ausencia de un verdadero interés general en la información, pues el delito había ocurrido varios años antes, sino, además, que la divulgación del programa podría tener efectos desproporcionados sobre la resocialización del condenado.

La jurisprudencia alemana ha distinguido además entre diversas esferas de la intimidad y la autonomía personales, de suerte que en ellas el grado de protección constitucional es diverso[62]. La esfera más íntima corresponde en general a los pensamientos o sentimientos

61 Véase al respecto Alexy, Robert, *op. cit.,* pp. 106 y ss.

62 Véase Salvador Cordech, Pablo, *op. cit.,* pp. 344 y ss. También Alexy, Robert, *op. cit.,* pp. 349 y ss, y Novoa Monreal, Eduardo, *op. cit.,* p. 47.

más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, como cartas o diarios estrictamente privados, y es según el tribunal constitucional un ámbito intangible de la dignidad humana. La garantía en este campo es casi absoluta, de suerte que sólo situaciones o intereses excepcionalmente importantes justifican una intromisión. Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, en donde también hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia ajena legítima. Y, finalmente, el tribunal habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y a la autonomía es mucho menor, aun cuando no desaparece, pues no se puede decir que se puede informar sobre todo lo que una persona hace por fuera de su casa, sin violar su intimidad.

La existencia de diversas esferas de intimidad explica entonces que en los ámbitos más públicos y políticos, en donde se debaten asuntos que interesan al conjunto de la ciudadanía, la protección a la libertad de expresión y de información es mucho mayor y tiende a predominar sobre los intereses privados, como lo muestra la sentencia Luth[63]. Así, el señor Luth había pedido a los distribuidores y productores fílmicos alemanes que boicotearan una película de un director llamado Harlan, que había realizado obras antisemitas durante el régimen nazi. La justicia civil ordenó a Luth que se abstuviera de continuar con esos llamados, o debería indemnizar los daños que pudiera ocasionar a los productores de la película, por lo cual Luth acudió al Tribunal Constitucional, el cual concluyó que la orden judicial había desconocido la libertad de expresión. Para el tribunal, la decisión de los jueces civiles era equivocada pues habían analizado el asunto como un conflicto puramente privado entre Luth y Harlan, con lo cual desconocieron que Luth no estaba defendiendo un interés particular sino que, con su petición de boicot, estaba tratando de influir en la opinión pública en un asunto de interés general, como es la relación de Alemania con su pasado nazi. Por ello, concluye la sentencia, cuando está en juego la formación de la opinión pública en un asunto que interesa a la comunidad, los intereses económicos individuales deben ceder a fin de permitir una amplia discusión pública en la materia. Y en tal debate, señala explícitamente el tribunal, "quien se sienta herido por la declaración de otra persona, puede replicar públicamente. La opinión pública, al igual que la opinión personal, se forma únicamente a través del conflicto de opiniones libremente expresadas"[64].

En otras decisiones, el Tribunal Constitucional alemán ha ido aún más lejos en la protección del libre debate político, pues ha admitido que expresiones en apariencia injuriosas que un representante de un partido efectúa contra otro partido en muchos casos son per-

63 Por ello este caso es considerado como uno de los antecedentes más importantes sobre el llamado efecto horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales, esto es, que tales derechos no sólo regulan la relación entre las autoridades y los ciudadanos, sino que también se proyectan a las relaciones entre los propios particulares.

64 Citado por Kommers, Donald P., *op. cit.,* p. 375.

fectamente admisibles, pues constituyen en realidad opiniones y no afirmaciones fácticas. Así, en una campaña política para el parlamento europeo, un candidato socialista calificó a la Unión Social Cristiana (USC) de Baviera como el "NPD de Europa". Ahora bien, el NPD es un partido alemán de extrema derecha, considerado como "neonazi". La USC acudió entonces a la justicia civil, que prohibió al candidato socialista volver a utilizar esa expresión contra la USC, pero el Tribunal Constitucional, en la decisión Slur de 1982[65], anuló la orden judicial por considerarla violatoria de la libertad de expresión. Según el tribunal, era claro que el candidato socialista estaba expresando en forma metafórica su punto de vista sobre la USC, por lo cual se trataba de una opinión que gozaba de protección constitucional. Además, agregó la sentencia, los jueces civiles no tuvieron en cuenta que las personas involucradas tenían carácter político, y "una persona que voluntariamente se expone a la crítica pública abandona parte de su esfera íntima protegida", lo cual es aún más claro con los partidos políticos que están sujetos a "soportar incluso observaciones cáusticas consideradas con razón como injuriosas por cualquier partido democrático".

Como vemos, la jurisprudencia alemana no anula la libertad informativa en función de la defensa de la dignidad, la intimidad y el honor de las personas, a pesar de que en principio confiere un mayor peso a estos últimos valores, prevalencia que sin embargo disminuye notablemente en el debate político. En ese mismo orden de ideas, en Estados Unidos, la protección preferente de la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas. Así, la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional[66] ya que, por ejemplo, ésta es máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno[67]. Ahora bien, en relación con los problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en señalar que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, esto es, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas, y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos —con lo cual se viola el derecho al honor—, o ya sea porque siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad[68]. En estos casos, los tribunales han aceptado en muchos Estados —sin que la Corte Suprema se oponga por razones de constitucionalidad— las reglas sobre indemnización del *Common Law* que consagran prácticamente una responsabilidad objetiva, puesto que si el afectado muestra la naturaleza

65 *Ibídem,* pp. 389 y ss.

66 Ver del caso Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders de 1985.

67 Sobre las mayores posibilidades de regulación de las expresiones comerciales, véase por ejemplo Board of Trustees of State University of New York v. Fox de 1989. Sobre la polémica ausencia de protección constitucional al lenguaje obsceno, véase Roth v. United States de 1957 y Miller v. California de 1973.

68 Una buena presentación de esta problemática en el derecho español y en Estados Unidos en Salvador Corderch, Pablo, *op. cit.,* pp. 19 y ss.

difamatoria de la publicación, corresponde a quien la publicó, si quiere escapar a la sanción, probar la veracidad de la información, o que no había habido invasión de la intimidad[69].

Igualmente, en el caso Gertz de 1974, la Corte modificó parcialmente su posición en relación con las personas privadas, y señaló que frente a ellas, incluso si el asunto es de interés público, la protección al honor y a la intimidad de la persona es mayor, por lo cual para obtener una indemnización el afectado no tiene que demostrar la clara mala intención (*actual malice*) de quien lo difamó, sino que le basta probar simple negligencia. Según la Corte, si bien el interés público puede justificar las informaciones sobre estos asuntos, las personas privadas son más vulnerables y tienen menor acceso a los medios para controvertir las declaraciones en su contra, todo lo cual justifica una mayor protección. Además, en relación con los personajes públicos, la jurisprudencia ha señalado que éstos conservan, aun cuando limitados, sus derechos a la intimidad y al honor, que gozan de una cierta protección judicial. Así, la tesis del caso Sidis de la Corte Suprema de Nueva York, según la cual un personaje que había adquirido notoriedad pública quedaba condenado a estar bajo las miradas ajenas, incluso muchos años después, no es aceptada por otros tribunales de ese país. Por ejemplo, la Corte Suprema de Mississippi, en forma que parece más razonable, estableció, en el caso Newson v. Henry de 1983, que una persona que ha sido figura pública puede, con el paso del tiempo, volver a ser un particular, al menos en relación con los hechos ocurridos una vez que ha abandonado el escenario público[70].

Finalmente, en varios casos, la Corte Suprema ha aceptado que se puede regular, en forma relativamente amplia, el contexto de tiempo, modo y lugar en el cual se puede ejercitar la libertad de expresión, siempre y cuando tales regulaciones de contexto o modales sean neutras frente al contenido de los discursos, ya que todos ellos son iguales ante la Constitución[71]. La Corte Suprema ha distinguido entonces entre distintos "foros" o espacios en donde las personas expresan sus ideas y hacen circular informaciones, ya que las posibilidades de reglamentación modal a la libertad de expresión son diversas según los ámbitos. Así, en los foros públicos, como las calles o los parques, el examen constitucional es más estricto, pues sólo es admisible aquella intervención que no sólo sea necesaria para la satisfacción de un interés estatal significativo, sino que además deje abiertos otros canales para la expresión

69 Véase, por ejemplo, el caso Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. de 1985, en el que la Corte Suprema consideró que un reporte erróneo sobre la quiebra de una persona efectuado por una agencia de crédito a cinco de sus suscriptores no era un asunto de interés público, por lo cual podía ser considerado como una difamación.

70 Véase Salvador Cordech, Pablo, *op. cit.,* p. 311.

71 Ver el caso Cohen v. California de 1971, en donde la Corte plantea la igualdad entre todos los discursos. El caso Police Department of Chicago v. Mosley de 1972 es un buen ejemplo de una regulación de contexto que no es neutral frente al contenido, y que por ende es inconstitucional. La Corte anuló una norma municipal que prohibía, durante las horas de clase, toda manifestación cerca de las instalaciones escolares, salvo aquellas relacionadas con disputas laborales en los colegios. Según la Corte, esta reglamentación no era neutral pues establecía cuáles asuntos podían ser discutidos en las instalaciones oficiales.

del discurso. En los foros semipúblicos, como las escuelas o las bibliotecas, las regulaciones pueden ser mayores, por lo cual el examen constitucional es menos intenso, y la Corte admite la constitucionalidad de restricciones que se encuentren razonablemente ligadas a la obtención de un interés estatal legítimo. Finalmente, en los foros privados, las regulaciones pueden ser muy amplias. Como vemos, esta distinción pretende, entre otras cosas, proteger la intimidad de las personas y de los hogares frente a las posibles injerencias de los discursos ajenos[72].

Como vemos, el honor y la intimidad de las personas no están entonces siempre subordinados a las exigencias de la libertad informativa y de expresión, pues si bien es muy difícil en Estados Unidos obtener una orden judicial para impedir una publicación difamatoria —como sí ha sucedido en Alemania—, lo cierto es que la amenaza de cuantiosas indemnizaciones juega en ese país un efecto disuasivo considerable. Además, las regulaciones del contexto en que se emite un discurso también tienen como finalidad esencial la protección de la intimidad. Por ejemplo, en el caso Frisby v. Schultz de 1988, la Corte admitió que era constitucional que se prohibiera una manifestación de grupos antiabortistas en frente de la residencia de un médico que practicaba interrupciones de embarazo. Según la sentencia, si bien los andenes y las calles son "foros" públicos, la regulación era legítima para proteger la intimidad hogareña ya que los manifestantes mantenían a su disposición otros medios de protesta. Esto significa que en el derecho estadounidense, de todos modos la privacidad, la intimidad y el honor gozan de protección constitucional, por lo cual la libertad de expresión o el propio proceso político no pueden llegar a anularlos. Es más, en los años setenta, durante el inicio de la Corte Burger, el derecho a la privacidad, de creación jurisprudencial en el caso Griswold de 1964, adquiere una gran relevancia, pues es concebido no sólo como la protección de la intimidad en estricto sentido, esto es el derecho de una persona a estar sola y libre de miradas ajenas, sino incluso de la autonomía, esto es de la capacidad del individuo a tomar las decisiones esenciales sobre su propia vida. Así, en nombre de la privacidad, la Corte protegió, en el caso Eisenstadt v. Baird de 1972, el derecho a la autonomía reproductiva y, específicamente en el caso de la mujer, este criterio sirvió de sustento a la polémica decisión de Roe v. Wade de 1973, en donde se consagró el derecho de la mujer a abortar en el primer trimestre de embarazo. Esta importancia creciente de la privacidad explica entonces que, según algunos analistas, a partir de esa década, y en especial en los años ochenta, los jueces hayan admitido mayores limitaciones a la libertad de información[73].

A pesar de sus diferencias, las jurisprudencias de Estados Unidos y Alemania se asemejan en que, en vez de mecánicamente hacer triunfar en todos los casos uno de los derechos

72 La jurisprudencia sobre la regulación modal en los distintos foros es muy amplia. Véase, entre otras, las sentencias Schneider v. State of New Yersey de 1939, Beard v. City of Alexandria de 1951, Flower v. United States de 1972.

73 Véase Russ Mohl, Stephan, "Entrega de información medial a control remoto", en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister (eds.), *Medios de comunicación, democracia y poder,* CIEDLA, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1995, pp. 116 y ss.

en conflicto, los dos sistemas judiciales han buscado la mayor coexistencia entre la libertad informativa, el honor y la intimidad, para lo cual han establecido una serie de distinciones jurisprudenciales —como la estadounidense entre personas públicas y privadas, o entre los diversos "foros", y la alemana entre las distintas esferas de protección a la intimidad— que permiten armonizar esos valores, o en caso de conflictos irresolubles, evitan que se sacrifique en forma desproporcionada alguno de ellos en función de la preservación del otro. Para tal efecto, ambos tribunales han recurrido, en general, a una metodología común, a saber, la ponderación, el sopesamiento o el balanceo entre estos valores en conflicto, la cual ha sido objeto de intensas reflexiones y debates a nivel de la teoría de la interpretación constitucional[74]. La idea central de esta forma de argumentación es que es necesario admitir la existencia de conflictos entre distintos derechos y principios constitucionales, pero que esas oposiciones no deben llevar a anular, a nivel abstracto, algunos de los derechos o de los principios, puesto que todos siguen siendo válidos e importantes para la preservación de la democracia, del pluralismo y la protección de la dignidad humana, por lo cual el llamado "contenido esencial" de los derechos concurrentes debe ser protegido[75]. El juez debe entonces intentar resolver el caso, en lo posible, satisfaciendo las exigencias normativas derivadas de los derechos en conflicto, en virtud del llamado principio de armonización concreta o concordancia práctica[76], pero si ello no es posible, debe establecer, teniendo en cuenta las características del caso concreto, cuál derecho tiene precedencia sobre los otros. Por ejemplo, el tribunal puede concluir que en el caso específico confiere mayor peso a la intimidad que ha entrado en conflicto con la libertad informativa, y por ende prohíbe una determinada emisión televisiva o la publicación de un libro. Sin embargo, y eso es esencial, esa decisión no implica que siempre habrá prioridad de la intimidad sobre la información, pues en otro caso, el tribunal puede llegar a la solución contraria si concluye que las circunstancias específicas confieren mayor peso al derecho a la información. Se trata entonces, según la terminología de ciertos autores y de los

74 La bibliografía es muy extensa. Véase, entre otros, Alexy, Robert, op. cit., y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona, 1984.

75 La idea de "contenido esencial" de los derechos fundamentales fue desarrollada inicialmente por el Tribunal Constitucional alemán, lo cual es explicable, no sólo por la importancia de la dignidad humana en ese ordenamiento constitucional, sino además porque la Ley Fundamental de Bonn señala expresamente en su artículo 19 que en ningún caso se puede desconocer la esencia de ningún derecho fundamental. A pesar de que es una noción que suscita polémicas, pues existen diversas concepciones sobre su sentido y alcance (véase por ejemplo Perez Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución,* Tecnos, Madrid, 1995, pp. 312 y ss), lo cierto es que es una categoría de enorme éxito internacional, pues ha sido retomada por otras constituciones, como la española, y por otros tribunales, como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Constitucional colombiana. Ese prestigio tiene una explicación por la función que cumple esta noción, ya que en lo fundamental la protección del contenido esencial de los derechos permite la coexistencia de valores y principios potencialmente conflictivos.

76 Véase Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45.

propios órganos judiciales, de una relación de preferencia condicionada, y no abstracta o absoluta[77], pues la decisión con base en uno de los principios no depende de su primacía en todos los eventos de conflicto, sino de su mayor peso relativo en el caso concreto.

Conforme a lo anterior, las diferencias entre la jurisprudencia alemana y estadounidense podrían ser sintetizadas así: estos tribunales no han establecido una jerarquía absoluta para los casos donde las libertades entran en conflicto, sino que han desarrollado lo que la doctrina denomina una prevalencia *prima facie*, pero no una superioridad definitiva de un derecho sobre otros. Así, una preferencia *prima facie* del derecho A sobre el derecho B simplemente indica que en caso de que estos valores entren en colisión, el juez debe decidir con base en el derecho A, salvo si las particularidades del caso confieren un mayor peso relativo a B. Las prevalencias *prima facie* juegan entonces, a nivel de la argumentación en torno a derechos y valores, el mismo papel que juegan las presunciones en el plano probatorio, puesto que indican al juez que debe decidir el asunto de determinada manera, salvo si aparece demostrado lo contrario. Estas supremacías iniciales establecen entonces cargas de argumentación y de esa manera esbozan un orden en las soluciones, pero no contienen determinaciones definitivas[78]. Así, la preferencia que el tribunal constitucional alemán reconoce a la intimidad —como expresión de la dignidad humana— no implica que ésta siempre prevalezca sobre la libertad informativa. Y por su parte, el lugar dominante que ocupa la libertad de expresión en el constitucionalismo estadounidense no anula la protección a la privacidad de las personas.

A partir de lo anterior, podríamos concluir que a nivel constitucional no es posible establecer una jerarquía absoluta entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre, cuando estos derechos entran en tensión sino que es necesario resolver en concreto el conflicto. A lo sumo pueden establecerse prevalencias *prima facie,* con lo cual han tendido a desarrollarse tres alternativas diversas: (i) el modelo estadounidense que confiere una prelación *prima facie* a la libertad de expresión; (ii) la solución alemana que otorga, en principio, primacía a la dignidad y a la intimidad; (iii) y una opción intermedia, basada en un equilibrio, sin preferencias previas, entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, por lo cual se desarrollan criterios de solución para cada caso, sin otorgar prelación a uno de los dos derechos en tensión.

Esta tipología permite reexaminar el caso colombiano, y concluir que en sus primeros años, la Corte Constitucional tendió a asumir una prevalencia *prima facie* de la intimidad, pero que en decisiones posteriores ha oscilado entre los tres modelos, y ha tenido dificultades para definir una dogmática verdaderamente adecuada, pues en determinados casos ha tendido a ignorar que la divulgación de informaciones tiene riesgos para la intimidad y el honor de las personas, como en la decisión C-087/98 sobre tarjeta profesional de los periodistas,

77 Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 92.

78 Sobre la distinción entre prevalencia *prima facie* y prevalencia absoluta o definitiva, véase Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica,* Fontamara, México, 1993, p. 19. Del mismo autor, véase *Teoría de los Derechos Fundamentales,* 1993, pp. 152 y ss.

mientras que en otras ocasiones ha restringido de manera inaceptable el derecho a la información de la sociedad sobre asuntos públicos de personajes públicos, como parece haber sucedido en la sentencia T-696/96, durante el juicio al presidente Samper.

Un interrogante natural surge: esas dubitaciones de la Corte Constitucional colombiana ¿son simplemente un problema de aprendizaje de una nueva corporación judicial, esto es, se explican únicamente por la dificultad de armonizar esos derechos en conflicto, en un período de compleja transición normativa, debido a que la Constitución colombiana vigente es relativamente reciente, ya que data de 1991? ¿O existen otros elementos que inciden en esa evolución?

IV. Primeras conclusiones: ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia

Dos factores parecen centrales para explicar la evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana: uno metodológico, a saber, las dificultades que presenta la interpretación constitucional, y en especial, la ponderación, para elaborar una dogmática consistente sobre el alcance y los límites de los derechos fundamentales; y otro de filosofía política, ligado a las concepciones de democracia que subyacen a las construcciones dogmáticas sobre las relaciones entre libertad de información, intimidad y buen nombre. Procedemos pues a analizar ambos aspectos.

a) El problema metodológico: ponderación, consistencia argumentativa y dogmática sobre libertad de información

Gran parte de las modernas teorías de la interpretación constitucional se plantean como una tentativa por lograr la coexistencia plural de principios, potencialmente conflictivos, por lo cual buscan evitar que exista una supremacía absoluta de un valor, que llegue a anular la fuerza normativa de otros valores concurrentes esto es, pretenden evitar la tiranía de un valor determinado[79]. En tal contexto, la ponderación aparece como una técnica inevitable para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, pues precisamente elude el absolutismo axiológico y protege el pluralismo, ya que no consagra jerarquías rígidas entre los derechos concurrentes sino prevalencias condicionadas, que dependen de las particularidades del caso concreto. La Corte Constitucional ha reconocido expresamente esa particular estructura normativa de los derechos fundamentales en numerosas sentencias. Ha dicho ese tribunal:

79 Véase, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.,* pp. 152 y ss. Igualmente Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 122 y ss.

> A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de "pluralismo valorativo", la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso (Sentencia C475/97).

Ahora bien, el problema que surge con la ponderación, como lo han señalado algunos críticos, es que esta forma de razonamiento judicial puede conducir a una absoluta indeterminación en la decisión de los casos, que dependería entonces de la pura voluntad del juez, que optaría discrecionalmente por preferir uno de los derechos en tensión, lo cual es cuestionable en una democracia. Sin embargo, no sólo no parece existir otra metodología mejor para solucionar los conflictos prácticos en donde se enfrentan derechos sino que, además, la ponderación no implica que la decisión judicial quede sometida al capricho y al arbitrio del funcionario de turno, por cuanto los tribunales constitucionales, en virtud del respeto al precedente, que no es más que una aplicación a la práctica judicial del principio de igualdad y del criterio kantiano de la universalidad, deberían decidir todos los casos semejantes de la misma forma. En efecto, "dicho en términos kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace"[80]. Por consiguiente, para lograr esa coherencia, los jueces tienen que precisar las razones por las cuales confieren precedencia en un determinado caso a un derecho, con lo cual construyen, poco a poco, criterios prácticos para resolver las tensiones y los conflictos entre los distintos derechos y los diversos principios. Así, esos criterios de precedencia en un caso concreto pueden ser vistos como el supuesto de hecho de una regla general que regula las relaciones entre los principios en tensión y que, una vez tomada la primera decisión difícil, entra a hacer parte del sistema jurídico y debe ser respetada en el futuro, con lo cual los demás casos se vuelven más previsibles.

Por ello, como dice Alexy, "la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables"[81], pues los jueces construyen un entramado de reglas de prevalencia, en caso de conflictos entre derechos. Es más, el ejercicio de jurisprudencia comparada parece

80 Prieto Sanchís, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales núm. 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.

81 Véase Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 167.

mostrar que, a pesar de las divergencias naturales que subsisten entre los distintos sistemas nacionales, el señalamiento de las condiciones concretas de prevalencia ha ido consolidando una suerte de doctrina internacional para resolver los conflictos entre libertad informativa, intimidad y buen nombre. Esto no significa que no existan diferencias, sino que éstas no constituyen oposiciones absolutas sino diversidades de matiz, en la búsqueda de la mejor coexistencia posible entre estos derechos, como lo muestra la comparación de la jurisprudencia de los sistemas europeo e interamericano de Derechos Humanos.

Así, en forma esquemática, podría decirse que la Convención Europea de Derechos Humanos tiende a asumir el modelo alemán, mientras que la Convención Interamericana adopta el modelo estadounidense. Esto se manifiesta en el hecho de que el artículo 13-2 del Pacto de San José, con excepción de la posibilidad de censurar los espectáculos públicos para salvaguardar la moral de los menores, excluye todo otra forma de restricción previa, pues señala que el ejercicio de la libertad de expresión y de información "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". En cambio, el artículo 10 de la Convención de Roma no sólo no prohíbe expresamente la censura sino que tácitamente la admite, pues establece que la libertad de expresión podrá ser sometida "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". Esta diferencia ha sido expresamente destacada por la Corte Interamericana[82] y por la Comisión Interamericana[83] como un elemento hermenéutico muy significativo, pues pone en evidencia el lugar preferente de la libertad de expresión en el sistema interamericano, en el cual parece inadmisible que un juez prohíba la publicación de un libro o un artículo para proteger el honor o la intimidad de otra persona. Así, en el caso "Martorell", la Comisión Interamericana analizó la siguiente situación: el señor Martorell publicó un libro en la Argentina titulado "Impunidad diplomática", sobre las circunstancias que condujeron a la partida del ex Embajador argentino en Chile. El libro debía ser comercia-

82 Véase Corte Interamericana. Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, especialmente el párrafo 50, en donde ese tribunal señala que "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".

83 Véase Comisión Interamericana. Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 de 1997, en especial el párrafo 56, en donde la Comisión precisa que la prohibición de la censura "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".

lizado también en Chile pero, a partir de una solicitud de unas personas que se sentían injuriadas con el texto, los jueces chilenos prohibieron su divulgación, en decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de ese país. El señor Martorell acudió entonces ante la Comisión Interamericana, que concluyó que Chile había violado la libertad de expresión al establecer una censura previa. En cambio, en el ámbito europeo, en principio pueden ser admisibles ciertas restricciones previas, por lo cual la Corte Europea no considera que la censura sea en sí misma una violación de la Convención de Roma.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias, existen notables convergencias en las doctrinas elaboradas por estos dos tribunales de derechos humanos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien no excluye *per se* la censura previa, ha tendido a aceptar la pertinencia de las soluciones y de los criterios adelantados por la jurisprudencia estadounidense, por lo cual ha protegido vigorosamente la libertad de expresión, sobre todo en el campo político. La decisión más significativa es la sentencia de 1986 sobre el asunto Lingens[84], un periodista que había sido condenado en Austria por haber difamado al canciller Kreisky, a quien había criticado en forma muy fuerte por su comportamiento favorable a dirigentes políticos que tenían un pasado muy ligado al nazismo. La Corte de Estrasburgo favoreció a Lingens y estableció que Austria debía indemnizarlo. El fallo comenzó por precisar que los hombres políticos —como un canciller— si bien no están desprovistos del derecho a la honra, están sujetos a una posibilidad mayor de crítica que los particulares, debido a la importancia que tiene la libertad de prensa en una democracia, a fin de que la opinión pública pueda "conocer y juzgar las ideas y actitudes de sus dirigentes". Por ello, señaló la Corte, la necesidad de proteger el honor de los políticos debe ser "ponderada con los intereses que derivan de la libre discusión de las cuestiones políticas". El contenido de la información y el contexto en el cual ésta se expone adquieren entonces particular trascendencia dentro de esta ponderación, ya que permiten determinar los pesos relativos de los derechos en conflicto. En este caso, la balanza se inclina en favor de la libertad informativa, pues se trata de una crítica a un canciller, por asuntos propios de su cargo, y en un ambiente electoral. El tribunal señaló además que era necesario distinguir entre la formulación de opiniones y la afirmación de hechos relativos a una persona, ya que las primeras no pueden ser demostradas. La prueba de la verdad es entonces irrazonable en el caso de opiniones. Por consiguiente, la exigencia de la ley austríaca de que el periodista debe probar la verdad como causal de justificación de una expresión en apariencia injuriosa puede ser válida en relación con la afirmación de hechos, pero es irrealizable cuando se trata de opiniones. Por ende, concluye el tribunal, como nadie cuestionó la veracidad de los hechos en los cuales Lingens basaba sus críticas, ni su buena fe, en el fondo se lo sancionó por emitir una opinión sobre la conducta del canciller, con lo cual se violó la libertad de opinión garantizada por el Convenio de Roma.

84 Véase Fallo Lingens del 8 de julio de 1986, núm. 103. Para una presentación general y sugestiva de estos casos y de la metodología interpretativa de la Corte Europea, véase François Ost, "Originalité des méthodes d´interprétation de la Cour européenne des droits de l´homme", en Mireille Delmas-Marty. Raisonner la raison d´Etat. Paris: PUF.

Como vemos, los criterios centrales de la jurisprudencia comparada para resolver las tensiones entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre son la diferencia que existe entre emitir opiniones y afirmar hechos, la distinción entre distintas esferas de intimidad de las personas, el carácter público o no de la persona afectada, la existencia o no de un interés general en la divulgación de la información, el grado de afectación de la intimidad en relación con la importancia que puede tener la información para un libre debate democrático sobre asuntos colectivos, el carácter injurioso o no de la información revelada, el contexto o " foro" en el cual es manifestada la opinión o es revelado un hecho, y, finalmente, los tipos de discursos, pues merecen mayor protección aquellos que se refieren a los debates esenciales de la vida colectiva. Ahora bien, poco a poco, la Corte Constitucional ha ido incorporando a su jurisprudencia gran parte de esas fecundas distinciones.

La anterior precisión metodológica muestra que la ponderación parece necesaria para permitir la coexistencia de los derechos fundamentales y no es incompatible con la seguridad jurídica. Pero requiere la progresiva elaboración, por los jueces constitucionales, de una red de precedentes que vaya solucionando las tensiones normativas entre los derechos, pues no es posible determinar en abstracto, y para todos los casos, cuál de esos valores triunfa cuando existe un conflicto, ya que es necesario tomar en cuenta distintos aspectos para llegar a una decisión correcta. La elaboración de una doctrina constitucional sobre el alcance de derechos tan complejos, como la libertad informativa, requiere entonces de ajustes progresivos, que toman un cierto tiempo, y pueden implicar dubitaciones. Y lo menos que se pueda decir es que la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado notablemente pues, en estos pocos años, ha incorporado creativamente a su jurisprudencia, y ha adaptado a la realidad colombiana, las mejores construcciones conceptuales del derecho comparado.

Con todo, un interrogante subsiste: si poco a poco ha tendido a consolidarse esa suerte de doctrina internacional sobre el alcance de la libertad de expresión, con los matices señalados entre los tres modelos de prevalencia *prima facie,* ¿por qué pareciera que la Corte Constitucional de Colombia mantiene dudas en la elaboración doctrinaria sobre la materia, en vez de comprometerse con alguna de esas construcciones conceptuales? Según nuestro criterio, un factor muy importante es que la opción por estos modelos de decisión supone, como lo veremos a continuación, una cierta noción de democracia. Y todo indica que ninguno de los conceptos implícitos en las construcciones alemana y estadounidense parece totalmente adecuado a las realidades contemporáneas, y en especial a la situación colombiana.

b) Las concepciones subyacentes: alcance de la libertad de información y conceptos de democracia

Las diferencias entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Estados Unidos en la resolución de los conflictos entre libertad de información e intimidad no deben ser atribuidas al capricho hermenéutico de los dos tribunales, sino a la existencia de distintas concepciones sobre la democracia y el sentido del constitucionalismo en los dos países. Así, en

Estados Unidos la democracia es más una forma de gobierno íntimamente ligada a la libertad de expresión, a tal punto que en ese país la democracia ha sido muchas veces concebida como un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, según la conocida definición de Lincoln en su discurso de Gettisburg en 1863[85], en donde los asuntos colectivos deben entonces ser debatidos por la opinión pública y ante la opinión pública. Es pues en gran medida un gobierno de la opinión pública, por lo cual el constitucionalismo es ante todo una garantía del proceso democrático. De allí la importancia que los estadounidenses asocian al debate público, al libre mercado o intercambio de las ideas, como lo expresara el juez Oliver Holmes, ya que, según sus célebres palabras, "el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la libre competencia del mercado"[86], por lo cual toda restricción a la libertad de expresión tiene que ser absolutamente excepcional, esto es, únicamente en los casos en que exista un riesgo inminente de un peligro mayor[87]. Esto es claro en el propio texto de la Constitución de Filadelfia, que establece en la primera enmienda una protección muy fuerte a la libertad de expresión, que ha sido por ello considerada por la Corte Suprema como una de las libertades fundamentales y preferentes del orden constitucional[88]. La Corte Suprema incluso ha señalado que, como cierto grado de abuso es inseparable del uso de cualquier cosa, la democracia debe admitir la existencia de un cierto exceso en la libertad de expresión y de prensa, pues cualquier intento por evitar las extralimitaciones se tra-

85 Véase Elliot Morrison, Samuel, *The Oxford History of the American People,* Mentor Book, Tomo 2, New York, p. 469.

86 Se trata de su voto disidente en el caso Abrams v. United States de 1919. Este criterio sobre la importancia del libre flujo de las ideas en la democracia y en la búsqueda de la verdad, minoritario en ese fallo, se convirtió en doctrina esencial de la jurisprudencia del tribunal supremo en décadas posteriores, en especial durante la Corte Warren. Por eso ese pasaje es frecuentemente citado, incluso en las decisiones más recientes. Véase, por ejemplo, la amplia referencia que se hace en el caso Hustler Magazine Inc. v. Falwell de 1988.

87 Véase el caso Schenck v. United States de 1919, en donde Holmes formula la doctrina del "clear and present danger", según la cual una restricción a la libertad de expresión sólo es constitucionalmente admisible si "las palabras son de tal naturaleza y usadas en tales circunstancias que ellas sean capaces de crear un peligro claro e inminente de aquellos males sustantivos que el Congreso tiene el derecho de prevenir".

88 Esta noción de "libertades preferentes" se desarrolla a partir del fallo Carolene de 1938, en donde la Corte desarrolla un doble estándar para el estudio de la constitucionalidad de las leyes, con el fin de permitir la intervención social del Estado en materia económica pero sin que ello implique el abandono de la protección de las libertades personales no patrimoniales. Esta tendencia se consolida en el caso Jones v. City of Opelika de 1942, en el que la Corte señala expresamente que las libertades de cultos y de expresión ocupan un lugar "preferente" en relación con los derechos patrimoniales y las libertades económicas. Por ello la jurisprudencia de ese país establece un test "débil" para el análisis de las medidas económicas, pues señala que en estos casos sólo se puede declarar inconstitucional una ley que persiga un fin prohibido o constituya un medio manifiestamente irrazonable para alcanzar un objetivo en sí mismo legítimo. En cambio, en el caso de las libertades preferentes, el control constitucional debe ser estricto, por lo cual, en general sólo se puede limitar la libertad de expresión si la restricción es necesaria para alcanzar un fin estatal que debe ser imperioso.

duciría en una grave restricción al libre flujo de ideas, opiniones y afirmaciones, que es esencial al proceso democrático y a la búsqueda de la verdad[89]. En cambio, las nociones de intimidad, privacidad y dignidad humana no han ocupado históricamente un lugar tan importante en el derecho público estadounidense, a tal punto que la constitución ni siquiera las menciona de manera explícita sino que simplemente garantiza que no se podrá privar a una persona de su libertad sin el debido proceso legal (Enmiendas IV y XIV) y protege a los ciudadanos contra registros arbitrarios (Enmienda V). Por ello la Corte Suprema se ha visto obligada a crear jurisprudencialmente los derechos a la intimidad y a la privacidad, como derechos no enumerados pero que se desprenderían tácitamente de la zona de penumbra de la protección de las personas contra registros arbitrarios[90].

En Alemania la situación es diversa. La Constitución de Bonn es producto de la reacción contra el nazismo, el cual no sólo había cometido atrocidades extremas contra la dignidad humana sino que, además, había llegado al poder aparentemente por medios democráticos, pues Hitler había ganado las elecciones de 1933, y luego había utilizado el artículo 48 de la Constitución de Weimar sobre estados de excepción para transformar un régimen democrático en un Estado totalitario. Por ello, la actual constitución alemana tiene frente al texto de Filadelfia dos características distintivas que conviene destacar. De un lado, confiere un papel central a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas, que son entonces la base del ordenamiento jurídico alemán. Así, no por casualidad la Constitución de Bonn establece en su primera frase que: "la dignidad de la persona humana es inviolable", cláusula que, según el Tribunal Constitucional alemán "expresa el más alto valor de la Ley Fundamental, que confiere la substancia y el espíritu a todo el documento"[91]. De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Constitución establece lo que la doctrina ha denominado una "democracia militante", esto es, un régimen en donde se prohíbe la utilización de los procedimientos constitucionales para destruir los valores fundacionales del propio orden constitucional, a saber la dignidad humana y los derechos de la persona. Por ello no sólo la Carta de Bonn señala que la cláusula de la dignidad humana y los derechos fundamentales son normas pétreas, esto es, que no pueden ser reformadas ni siquiera por el propio procedimiento de reforma constitucional[92], sino que además ordena,

89 Véase en especial los casos citados "New York Times v. Sullivan" y "Hustler Magazine Inc. v. Falwell".

90 Véase el caso Griswold v. Connecticut de 1964, en donde la Corte Suprema anula una ley de ese Estado que prohibía el uso de anticonceptivos incluso por parte de personas casadas. Según esa sentencia, si bien la constitución no consagra en forma expresa un derecho a la privacidad o a la intimidad, este derecho se encuentra implícito en la zona de penumbra de otros derechos expresamente señalados, en especial la protección de la cuarta enmienda contra registros irrazonables. Según el tribunal, la única forma de aplicar la ley de Connecticut era permitiendo registros incluso en la alcoba marital, lo cual era totalmente irrazonable.

91 Citado por Kommers, Donald P., *op. cit.,* p. 305.

92 En efecto, el artículo 79, que consagra el procedimiento de reforma constitucional, excluye cualquier modificación al artículo 1º que consagra la inviolabilidad de la dignidad humana y la fuerza vinculante de los derechos fundamentales.

en su artículo 21, la prohibición de los partidos y movimientos políticos contrarios al "orden democrático libre", lo cual llevó a que en los años cincuenta el tribunal constitucional hubiera decretado la disolución de los partidos comunista y neonazi, así como la confiscación de sus propiedades[93].

En síntesis, en Estados Unidos la democracia es, desde el punto de vista constitucional, primariamente un proceso de gobierno por los ciudadanos y por el pueblo, por lo cual el control constitucional pretende ante todo asegurar la continuidad misma del proceso democrático. Así, según Ely, uno de los autores que más ha defendido esa visión procedimental del texto de Filadelfia, "la Constitución originariamente estaba dedicada principalmente —es más, debería decir en forma abrumadora— a preocupaciones de procedimientos y estructuras, y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos"[94]. No es pues extraño que en 1787 primero se hubiera adoptado el texto orgánico de la Constitución, en donde se definía la forma de gobierno y los mecanismos de participación política, y sólo posteriormente, y por presión de los opositores al texto, se hubieran incorporado las primeras diez enmiendas, en las que se establecen los derechos de la persona, en los cuales la libertad de expresión ocupa un lugar preponderante, pues es la que mejor se articula con la visión de la democracia como un gobierno del pueblo por medio de la opinión pública[95]. En cambio, en Alemania, la democracia es a nivel constitucional un orden político fundado en la dignidad de la persona, a tal punto que el propio tribunal constitucional ha defendido una visión axiológica de la Constitución. En efecto, desde el fallo Luth de 1958, ese tribunal ha señalado, de manera reiterada, que el capítulo sobre derechos fundamentales contiene un "orden objetivo de valores" que se realiza en la vida política, ya que los derechos fundamentales no son únicamente derechos subjetivos sino principios objetivos del ordenamiento jurídico que se aplican en todos los ámbitos del derecho y por ende irradian las relaciones privadas. Es más, el tribunal incluso ha establecido jerarquías entre esos valores, dando el lugar dominante, como principio último, a la dignidad humana. Por ello, como dicen Ackerman y Rosencranz, podríamos calificar ese régimen como una especie de "fundamentalismo constitucionalista", pues el pueblo está subordinado a los valores constitucionales, y en especial a los derechos fundamentales, que no puede modificar[96].

93 *Ibídem,* pp. 223 y ss.

94 Hart Ely, John, *Democracy and distrust. A theory of judicial review,* Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 92.

95 Es más, casi que se puede decir que la libertad de expresión era uno de los pocos derechos que prácticamente se encontraba reconocido en la parte orgánica del texto originario de Filadelfia, cuando el artículo III, sección tercera establece que la traición "consistirá únicamente en tomar armas contra los Estados Unidos o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda o socorro". En efecto, esta norma implica que la crítica al gobierno no puede nunca ser considerada traición. Véase Hart Ely, John, *op. cit.,* pp. 92 y ss.

96 Véase Ackerman, Bruce y Carlos Rosencranz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en VV.AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, 1991, pp. 15 y ss.

Esta centralidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, que prevalecen incluso sobre el propio proceso político democrático, explica entonces que el tribunal constitucional alemán tienda a proteger el honor y la intimidad cuando entran en conflicto con la libertad de expresión, ya que, según ese tribunal, para que exista realmente la dignidad de la persona debe haber un "ámbito esencial absolutamente protegido de la vida privada", el cual no puede ceder ante ningún otro derecho o interés colectivo[97]. En cambio, la importancia de la opinión y del flujo de ideas, como requisitos de una democracia abierta y efectiva, explican que la opción hermenéutica en Estados Unidos haya tendido a ser la opuesta, esto es, la protección de la mayor libertad de expresión, incluso a riesgo de legitimar algunos abusos contra la intimidad y el honor de las personas.

c) Los límites del "libre mercado de ideas": la equidad en el flujo informativo

La anterior presentación de los conceptos de democracia subyacentes a la jurisprudencia alemana y estadounidense permite reinterpretar la evolución de la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana.

En un inicio, la jurisprudencia colombiana tiende a asumir la prevalencia *prima facie* del derecho a la intimidad, pues constata la desprotección de las personas ante los medios de información, que son hoy un verdadero poder privado. En efecto, desde sus primeras decisiones, la Corte insistió en la preponderancia social que tienen los medios de comunicación, debido a su "inmensa capacidad de penetración en las distintas capas de la sociedad, al excepcional dominio que ejercen sobre el conglomerado por la posesión y el manejo de las informaciones y a su influjo en la configuración de opiniones y creencias" (Sentencia T-611/92). Empero, en ciertos casos, la Corte ha encontrado problemático el principio de la prevalencia de la intimidad, en vista de la necesidad de asegurar una vigorosa deliberación democrática. Esta situación hizo que la Corte confiriera una gran trascendencia a la libertad de información, en especial en asuntos en los que se ven involucrados intereses generales. Sin embargo, incluso en este tipo de casos, la jurisprudencia colombiana parece reacia a asumir plenamente el modelo estadounidense del "libre mercado de las ideas".

En nuestro criterio, la resistencia de la jurisprudencia a aceptar como único y más valioso derrotero de la libertad de prensa, la defensa de un libre mercado de ideas, parte de una crítica a las insuficiencias de esta metáfora. En efecto, si bien es cierto que la defensa plena de la libertad en el flujo informativo es extremadamente útil para mostrar la primera tarea que compete a la justicia constitucional en este campo, —que consiste en reducir al mínimo las restricciones a la circulación de las informaciones, a pesar de las evidentes tensiones de la libertad de expresión con otros derechos y valores constitucionales—, lo cierto es que es insuficiente para garantizar, en su verdadera extensión, el ejercicio de este derecho.

97 Citado por Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* 1993, p. 107.

En efecto, en el mundo contemporáneo, la imagen tantas veces citada del juez Oliver Holmes reduce de manera extrema la problemática que gira en torno a la defensa de la libertad de información, pues no toma en consideración las asimetrías de poder que existen en el mercado de la información. Ciertamente, en la actualidad, el flujo informativo se caracteriza por la presencia de grandes medios de comunicación, muchas veces gerenciados por intereses económicos o políticos, que monopolizan el mercado e impiden que todas las ideas e informaciones tengan la misma posibilidad de circular libremente[98]. Adicionalmente, la existencia de monopolios u oligopolios en el mercado de la información y la capacidad técnica de trasmitir eficazmente un mensaje a audiencias casi ilimitadas, se impone como una realidad que impide ignorar el enorme poder que los medios ejercen sobre los individuos.

En consecuencia, en una sociedad democrática, el derecho constitucional no sólo tiene como tarea minimizar las restricciones estatales a la circulación de las informaciones (modelo de libre mercado de ideas), sino que también debe intentar corregir las asimetrías de poder y buscar una mayor equidad en la participación de las distintas informaciones en el debate público. Es lo que podríamos llamar la búsqueda de un "mercado equitativo de las ideas".

Ahora bien, algunas de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema parecen tomar en consideración esas críticas al "libre mercado de las ideas" y, en consecuencia, pretenden abrir una vía propia, bastante interesante, según la cual el flujo informativo debe estar permeado —e incluso algunas "regulado"— en virtud del valor de la equidad. En estos términos puede explicarse la defensa de algunos derechos personalísimos del sujeto indefenso sometido al poder de los medios o el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la construcción de un mercado equitativo de las ideas.

El ejemplo más ilustrativo de esta nueva tendencia, es la citada sentencia T-066 de 1998, que trata de la divulgación por la Revista Semana de un informe de inteligencia militar que sindicaba a varios alcaldes de ser auxiliadores de la guerrilla. En esta providencia, la Corte logra una interesante combinación de los criterios del caso Sullivan de Estados Unidos, con la protección del buen nombre frente a al excesivo poder que tienen los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas. De la jurisprudencia estadounidense, la Corte toma la idea de que libertad de prensa es un elemento fundamental para la existencia de la democracia, por lo cual concluye que "en los conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, en casos relacionados con personas y hechos de importancia pública, prevalece *prima facie* el derecho a la información".

Sin embargo, la sentencia se distancia frente al modelo estadounidense del "libre mercado de las ideas", por cuanto considera que en la actualidad existe una enorme concentra-

98 Para críticas a este modelo, véase Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en R. Wolff, B. Moore y H. Marcuse, *A critique of pure tolerance,* 1965, p. 110. Véase igualmente Barron, Jerome, "Access to the press. A new First Amendment Right", en Harvard Law Review (1967), 1641, quien califica de romántica la metáfora de Holmes, por cuanto, así como hay desigualdad económica, existe también desigualdad en el poder de comunicar ideas, por lo cual es quijotesco reconocer esta primera, mientras se niega la segunda.

ción de la propiedad en los medios de comunicación, por lo cual "muchas opiniones no puedan ser expresadas, en desmedro del pluralismo, un requisito básico de la democracia". Esto implica además un riesgo para las personas del común, que se encuentran inermes frente a ese desmedido poder de los medios, por lo cual la Corte admite una mayor intervención judicial que en el modelo estadounidense, sobre todo en relación a la protección de la imparcialidad de los medios. La Corte reformula entonces los criterios del caso Sullivan, y concluye que si bien no se puede exigir a un medio probar la verdad de las afirmaciones en asuntos de interés general, que involucren personajes públicos, sin embargo es válido reclamarle equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes, de tal manera que "la condición de veracidad se cumple si el medio demuestra que obró diligentemente en la búsqueda de la verdad y que fue imparcial en el momento de producir la noticia". Con tal criterio, la Corte concluyó que la Revista Semana había vulnerado el derecho al buen nombre de los alcaldes, pues no había confrontado, de manera equitativa, la información proveniente de los servicios de inteligencia militar. En consecuencia, la sentencia ordenó al medio efectuar la correspondiente rectificación. Esto muestra que, según la Corte, es deber del derecho constitucional contribuir a una mayor igualdad en el tratamiento de las informaciones.

d) La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la equidad informativa

Esta jurisprudencia colombiana, que defiende explícitamente la importancia que constitucionalmente tiene la búsqueda de una mayor equidad en el flujo informativo, puede ser comparada con algunas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que precisamente llegan a resultados contrarios. La tendencia de la Corte Suprema de ese país es que no pueden la ley ni los jueces buscar una mayor equidad en el mercado de las ideas, por cuanto esa intervención implica una inaceptable restricción a la libertad de expresión.

En efecto, en Estados Unidos, después del escándalo Watergate, el Congreso de Estados Unidos expidió, en 1974, una ley para controlar la influencia indebida del dinero en los procesos electorales. La ley establecía unos límites a las contribuciones a las campañas, consagraba unos topes a los gastos electorales de los candidatos y de las campañas, preveía algunos subsidios estatales para las elecciones presidenciales, y obligaba a que los partidos revelaran y reportaran el origen de sus fondos. Esa ley fue atacada por numerosos ciudadanos que consideraron que violaba las libertades de expresión y asociación. En la sentencia Buckley v. Baleo de 1976, la Corte Suprema[99] consideró que la mayor parte de la ley se ajustaba a la Constitución pero, con criterios muy controvertidos por la doctrina, anuló los límites que se habían consagrado a los gastos electorales. A pesar de que esa regulación era neutral, desde el punto de vista del contenido del discurso, pues se aplicaba a todas las campañas, la sentencia consideró que los topes en las expensas electorales implicaban una restricción a la

99 Para una presentación y crítica de esa decisión, véase Tribe, Laurence, *op. cit.,* pp. 1132 y ss.

cantidad y calidad del discurso político, ya que reducían considerablemente las posibilidades de difundir el mensaje, tratar diversos temas y alcanzar distintas audiencias, puesto que, en las actuales sociedades de masas, la divulgación de un discurso implica siempre costos en dinero. Los topes a los gastos electorales restringían entonces, según la sentencia, la discusión política, que constituye el núcleo de la libertad de expresión, sin que existieran razones imperiosas que justificaran esa limitación, por lo cual era inconstitucional. La Corte Suprema consideró que no era claro que esa medida sirviera para combatir la corrupción; y de otro lado, según la sentencia, no es un objetivo constitucional válido que la ley pretenda igualar la influencia relativa en el proceso electoral de individuos y grupos con distinto poder económico, pues la libertad de expresión no permite que el Estado debilite la capacidad de discurso de algunos, impidiéndoles utilizar sus recursos económicos para diseminar sus mensajes. Según la Corte Suprema, el principio según el cual el "gobierno puede restringir el discurso de algunos miembros de la sociedad para favorecer la voz relativa de otros es totalmente extraño a la primera enmienda", que garantiza la libertad de expresión, y pretende asegurar "la más amplia difusión de información de parte de diferentes y opuestas fuentes". En consecuencia, la capacidad de participar en la discusión pública no puede ser limitada legalmente según la situación financiera de las personas.

Igualmente, en la sentencia Tornillo de 1974, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley de la Florida que establecía un "derecho de réplica", en virtud del cual, los diarios debían conceder a los candidatos un espacio igual para responder a las críticas que le fueran formuladas. La Corte consideró que esa medida violaba la libertad de prensa, pues obligaba a un diario a publicar un material que el editor del medio no consideraba pertinente incluir. La Corte no consideró entonces válida la finalidad de la ley, según la cual, ésta pretendía defender a las personas frente al poder oligopólico de los medios, por lo cual el Estado debía favorecer el acceso de las minorías a los medios de comunicación, por cuanto es irreal pensar que un candidato criticado por un diario tenga, en la sociedad contemporánea, la capacidad de crear un nuevo periódico para defenderse de las acusaciones que le son formuladas. La ley de Florida, según sus defensores, pretendía entonces asegurar unas elecciones más justas y equilibradas, con una ciudadanía mejor informada. Según la Corte, esa finalidad no es válida ya que, de todos modos la ley limita la libertad de expresión, pues ordena al diario realizar algo que no desea, y si bien es deseable tener una prensa que, además de ser libre, sea responsable y pluralista, sin embargo esa responsabilidad "no es ordenada por la Constitución y como tantas otras virtudes, no puede ser regulada legislativamente".

Las decisiones precitadas son muy discutibles, pues la argumentación se basa en una visión puramente liberal frente al mercado de las ideas políticas, muy semejante a la sostenida por esa corporación en las primeras décadas de este siglo frente al mercado económico, en el caso Lochner[100] y su progenie. El Estado debería únicamente abstenerse de interferir en

100 Como se recordará, en la sentencia Lochner v. New York de 1905, la Corte Suprema de Estados Unidos

la circulación de los mensajes, sin intentar corregir desigualdades en el poder de las personas. Pero esa concepción no parece aceptable, pues desconoce que la posibilidad de influir en esos debates es muy distinta, entre quienes tienen un gran poder económico y quienes carecen de él. ¿O podría razonablemente pensarse que un grupo de latinos o de negros pobres, que viven en un suburbio de una ciudad estadounidense, tienen la posibilidad de organizar una campaña electoral y difundir un mensaje electoral de la misma manera como lo hizo el multimillonario Ross Perot? Y que no se diga que este mercado es abierto y que todos pueden participar en él pues, como bien lo destaca Tribe, al criticar esa perspectiva de la jurisprudencia estadounidense, el debate político y los procesos electorales tienen mucho de "juego suma cero", ya que la amplificación y fuerza de ciertos discursos implica obligatoriamente un silenciamiento de las voces de sus rivales[101]. En esas condiciones, la prohibición de que la ley limite los gastos electorales o que consagre un derecho de réplica para ciertos candidatos implica que inevitablemente la Corte Suprema de Estados Unidos, con el argumento del respeto al libre mercado de las ideas, termina fortaleciendo el dominio político e ideológico de quienes tienen poder económico y pueden influir directamente en los medios. Esas decisiones silencian entonces las voces de los sectores pobres y de las minorías políticas. Lejos de fomentar la diversidad de discursos, esa jurisprudencia restringe el espectro real de discursos políticos posibles, pues el poder del dinero termina por monopolizar el escenario político, que es entonces copado por ciertos mensajes únicamente.

Es cierto que en otras decisiones, la Corte Suprema ha admitido una mayor injerencia del legislador, en la búsqueda de una mayor equidad informativa, al menos en los casos de radio y televisión, debido a que el espectro electromagnético es un recurso limitado, y por ende la ley puede evitar que éste sea copado por determinados actores. En particular, en la sentencia CBS v. FCC de 1981, que es considerada una continuación de la sentencia Red Lion Broadcasting Co. v. FCC de 1969, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de una ley, que establecía para los candidatos a cargos federales, un derecho a un "acceso equitativo" a estaciones de radio y televisión. La Corte consideró que esa regulación era válida, pues el derecho de acceso que preveía era limitado, por lo cual no afectaba intensamente la libertad editorial de los medios, y en cambio perseguía propósitos importantes: que los candidatos presenten sus puntos de vista y la ciudadanía reciba la información necesaria para que se adelante el proceso democrático. Esta sentencia muestra entonces una Corte Suprema más sensible a los problemas de equidad informativa, en cuanto admite una mayor intervención de la ley, al menos al campo electromagnético; sin embargo, el alcance de esa decisión no debe ser exagerado, pues no sólo este derecho al "acceso equitativo" de los candidatos es poco igualitario,

anuló una ley del Estado de New York que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, por cuanto consideró que esa norma desconocía la libertad contractual. Con este tipo de decisiones, ese tribunal obstaculizó la adopción de medidas legislativas tendientes a equilibrar el mercado laboral, así como la sentencia Buckley limitó enormemente las posibilidades de equilibrar el peso de los distintos mensajes en el debate político.

101 Tribe, Laurence, *op. cit.,* pp. 1141 y ss.

ya que los candidatos debían pagar por las emisiones, con lo cual siguen discriminadas las voces de los sectores políticos más pobres, sino que, además, según los analistas, este reconocimiento es marginal[102], de suerte que en la jurisprudencia de Estados Unidos sigue predominando una visión puramente liberal de la protección a la libertad de expresión, esto es, que lo esencial es mantener el "libre mercado de las ideas".

Como vemos, en una democracia constitucional, no sólo se presentan conflictos entre la libertad de información y otros valores constitucionales sino que existen tensiones entre un entendimiento puramente liberal de ese derecho —como el prohijado por la jurisprudencia estadounidense— y una perspectiva más igualitaria del mismo, que, algunas veces, ha intentado desarrollar la jurisprudencia colombiana.

En efecto, una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana muestra que su trabajo se ha manifestado en dos campos distintos: en el primero, ese tribunal se ha ocupado de solucionar los frecuentes conflictos que se presentan entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales o fines del Estado. La segunda área de reflexión sobre la libertad de expresión ha girado, en cambio, respecto de la necesidad de garantizar que los medios de comunicación operen en condiciones de libertad e igualdad, relativamente resistentes a las presiones que pueden ejercer sobre ellos las mayorías políticas o los conglomerados económicos.

Lo anterior parece significar que, para la Corte Constitucional colombiana, la garantía de la libertad de información tiene una dimensión orgánica o estructural distinta de la dimensión puramente individual o subjetiva. Esta segunda faceta, implica la definición de los factores estructurales, operativos y funcionales, destinados a garantizar la igualdad de oportunidades, el pluralismo y la verdadera libertad en el mercado público de las ideas. En efecto, la consagración normativa de los derechos subjetivos a la libertad de expresión e información tendrá sólo un valor limitado si, simultáneamente, existe una regulación estructural que permite la operación de un mercado monopólico que, en la práctica, dificulta el acceso igualitario al proceso comunicativo o impide que las visiones plurales del mundo puedan expresarse pública y libremente, en condiciones de igualdad. Conviene pues que examinemos, un poco más en detalle, la labor del tribunal constitucional colombiano en este campo.

V. La jurisprudencia constitucional colombiana y la búsqueda de un "mercado equitativo de ideas"

El presente apartado se ocupa de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana acerca de las condiciones que debe cumplir el entorno en el que se desenvuelven los

102 Las propias sentencias precisan que no existe ningún derecho general de acceso a los medios y, según algunos comentaristas, si bien estas sentencias implican un cambio doctrinal importante, en la práctica han tenido efectos muy limitados. Véase Tribe, Laurence, *op. cit.,* pp. 1003 y ss.

medios de comunicación, para garantizar que éstos puedan realizar sus actividades libremente. Al respecto es importante anotar que si bien en sus sentencias la Corte ha reiterado la importancia de la libertad de prensa para la existencia del régimen democrático y para el desarrollo libre de las personas —razón por la cual es importante protegerla, tanto de las interferencias de las mayorías políticas como de los grupos económicos— en realidad, sus pronunciamientos se han centrado fundamentalmente en la televisión. Dos razones explican este hecho: la primera es que en la última década se han dictado tres leyes sobre televisión —la ley 14 de 1991, la ley 182 de 1995 y la ley 335 de 1996[103]—, situación que ha propiciado la presentación de demandas de inconstitucionalidad contra ellas. La segunda explicación es que la misma Constitución hace un énfasis especial en la regulación del uso del espectro electromagnético para los servicios de televisión. Tres artículos de ella se ocupan directamente con el tema, por lo cual conviene transcribirlos:

> ARTÍCULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.
>
> Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.
>
> ARTÍCULO 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.
>
> Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.
>
> ARTÍCULO 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.
>
> La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales

103 La ley 14 de 1991 fue expedida con anterioridad a la Constitución de 1991, y reglamentó el servicio de televisión y radiodifusión oficial. Esta ley fue modificada por la ley 182 de 1995, "por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, su democratización, el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones". Posteriormente, la ley 335 de 1996 modificó parcialmente las dos leyes anteriores y creó la televisión privada en el país.

de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad...

Dado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia analizada se concentra en el área de la televisión, este apartado habrá de centrarse también en ésta. Además, en atención a los temas que ha abordado el Tribunal, la exposición se enfocará en cuatro puntos. El primero hace relación con la Comisión Nacional de Televisión. Como se observa, la misma Constitución estableció que se debía crear un organismo autónomo encargado de conducir la política de televisión en el país. Este mandato fue cumplido mediante la ley 182 de 1995, que creó la mencionada Comisión Nacional de Televisión. Precisamente, en la primera parte se analizará la definición de la autonomía de este ente, a través de la jurisprudencia acerca de la composición de la Comisión y de sus relaciones con las ramas ejecutiva y legislativa. A continuación, se tratará sobre la posición de la Corte acerca de la posibilidad del Legislador de introducir modificaciones a los contratos de concesión sobre espacios televisivos. Luego, el tercer punto se ocupará de la definición de la Corte de la libertad de fundar medios de comunicación, establecida por el artículo 20 de la Constitución, y de sus consideraciones acerca de cómo evitar "las prácticas monopolísticas" en el uso de la televisión, y, finalmente, el cuarto segmento tratará sobre la televisión y los procesos electorales. Cabe aclarar que en relación con los cuatro puntos se señalarán algunos problemas que han surgido de la práctica y han generado amplios debates.

a) La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión

1. La composición de la Comisión Nacional de Televisión

Hasta la Constitución de 1991, la dirección y el control de la televisión reposaban en organismos dependientes del Gobierno Nacional[104]. Como se ha advertido, en la nueva Constitución se le asignó una gran importancia a asegurar que la dirección de la política sobre televisión estuviera en manos de un organismo autónomo. Por eso, como se observa, el inciso 2 del artículo 77 se destinó a determinar la forma en que la Junta Directiva de este organismo debía integrarse, para lo cual se manifestó que ella se compondría de cinco miembros, dos de los cuales serían nombrados por el Gobierno, mientras que uno más sería escogido entre los representantes legales de los canales regionales de y los dos restantes serían nombrados de acuerdo con lo que se estableciera por la ley.

En acatamiento a lo dispuesto por la Constitución, la ley 182 de 1995 creó la Comisión Nacional de Televisión y dispuso cuál sería el procedimiento para el nombramiento de los dos miembros de su Junta Directiva cuya forma de designación no se había establecido en la

104 Se trataba del Consejo Nacional de Televisión y del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión. Véase al respeto la ley 14 de 1991.

Constitución. Así, el artículo 6 estableció que uno de esos miembros sería designado por la Cámara de Representantes con base en ternas que le fueran remitidas por las asociaciones profesionales y sindicales —legalmente constituidas y reconocidas— de los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión, mientras que el miembro restante sería designado por el Senado de la República de sendas ternas que debían ser enviadas por las ligas y asociaciones de televidentes con personería jurídica, las asociaciones de padres de familia que tuvieran personería, los investigadores vinculados a universidades y las academias colombianas reconocidas como tales por la ley. En el artículo se agregó que la elección que debían practicar el Senado y la Cámara de representantes requeriría el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros asistentes de cada Cámara Legislativa.

La norma fue demanda ante la Corte Constitucional, la cual decidió, en su sentencia C497 de 1995, la inconstitucionalidad del procedimiento establecido para la designación de los aludidos miembros de la Comisión Nacional de Televisión. La Corte destacó que el Constituyente había manifestado claramente su voluntad de que la televisión fuera manejada por una entidad independiente de las cambiantes mayorías políticas, en vista de la importancia que tiene este medio en la sociedad moderna en lo relacionado con la profundización de la democracia, la formación de una opinión pública libre y la garantía de una serie de derechos y libertades ciudadanas. La Corporación señaló, igualmente, que si bien la Constitución determinaba que el Congreso dispondría lo relativo al nombramiento de los dos miembros restantes de la Junta Directiva de la Comisión, ello no le autorizaba a disponer que la designación fuera realizada por el Congreso. Las facultades de designación de funcionarios por el Congreso se restringen a las previstas taxativamente en la Constitución. La aceptación de que el Congreso dispone de una facultad de nombramiento general equivaldría a permitir que la rama legislativa interviniera de manera indebida en las otras ramas del poder y en los organismos autónomos consagrados en la Constitución. Por tanto, la Corte concluyó que la asignación al Congreso de la facultad de designar los dos miembros de la Comisión cuya forma de nombramiento no estaba prevista en la Constitución vulneraba la autonomía del organismo rector de la televisión.

En concordancia con la decisión de la Corte, la ley 335 de 1996 dispuso que el miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión que debe representar a las asociaciones profesionales y sindicales —legalmente constituidas y con personería jurídica vigente— de los actores, los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión sería elegido democráticamente por esas organizaciones, de acuerdo con el reglamento que expidiera para el efecto la Registraduría Nacional del Estado Civil[105]. Lo mismo se dispuso para el miembro de la Junta que representa a las ligas y asociaciones de padres de familia, las ligas de asociaciones de televidentes, y las facultades de

105 Cabe agregar que, en su sentencia C-350 de 1997, la Corte declaró que era inconstitucional la atribución que la ley 335 de 1996 le concedía a la Registraduría Nacional del Estado Civil —entidad que forma parte de la organización electoral colombiana y que tiene a su cargo la realización material de

educación y comunicación social de las universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente.

Importa señalar que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión continúa generando fuertes polémicas. Una de las primeras acciones tomadas por el presidente Pastrana —quien se posesionó en agosto de 1998— fue la de remover a los dos miembros de la Junta Directiva designados por el presidente Samper, para nombrar sus propios delegados. El Presidente afirmó que si esos dos delegados representaban al Gobierno, lo lógico era concluir que cada Presidente podía hacer los nombramientos respectivos cuando iniciaba su mandato. Las dos personas que fueron destituidas demandaron la decisión del Presidente ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el argumento de que su período aún no se había cumplido. Los procesos están todavía en curso[106].

De otra parte, tanto la elección del representante de los gremios de los actores, los directores y libretistas, los productores, los técnicos, y los periodistas y críticos de televisión, como la del delegado de las ligas y asociaciones de padres de familia, las ligas de asociaciones de televidentes, y las facultades de educación y comunicación social, realizadas en el año de 1999, estuvieron acompañadas de fuertes críticas acerca de la influencia ejercida por el Gobierno en los procesos y de la intervención de organizaciones gremiales desconocidas hasta el momento.

La situación producida ha impulsado una fuerte discusión acerca de la conveniencia de mantener la Comisión Nacional de Televisión. El mismo Gobierno propuso eliminarla, y que sus funciones pasaran al Ministerio de Comunicaciones. Sin embargo, la posición del Gobierno no parece tener gran acogida en el momento. Si la crítica que se formula contra la Comisión es que en sus cortos años de existencia ha sido dominada por los gobiernos de turno, lo propio sería buscar fórmulas de integración de la Junta Directiva de la misma que permitieran asegurar que ella funcionara de una manera realmente autónoma[107].

---

las elecciones y de todo lo relacionado con la identidad de las personas— para reglamentar el proceso de selección de los representantes de los gremios citados en la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. La Corte señaló que la potestad reglamentaria general reposa en el Presidente de la República y que ello implicaba que no era ajustado a la Constitución conferir el poder de reglamentar el proceso de elección de esos miembros a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

106 La decisión del presidente Pastrana se fundamentó en que el mismo artículo 6 de la ley 182 de 1995 consagraba que los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión ejercerían su cargo por un período que coincidiera con el del Presidente de la República y el Congreso. Sin embargo, al mismo tiempo, el artículo señalaba que el período sería de 4 años y, puesto que los miembros de la Junta Directiva habían sido nombrados en 1995, es evidente que el término no se había cumplido. Como se ve, la norma legal contenía en sí misma una contradicción, derivada de su aplicación en medio de un período presidencial. Véanse al respecto las revistas Semana del 31 de agosto de 1998 (pp. 36-37) y 8 de marzo de 1999 (pp. 74-75). Sin embargo, según nuestro parecer, resulta más conforme con la autonomía de la Comisión de Televisión, la interpretación según la cual el presidente Pastrana no podía removerlos, puesto que los miembros de esa entidad son nombrados por el Gobierno, pero no constituyen agentes del Presidente.

107 Sobre este punto véase, por ejemplo, la revista Semana del 21 de diciembre de 1998, p. 50.

2. *La relación de la Comisión Nacional de Televisión con los Poderes Ejecutivo y Legislativo*

Distintas sentencias de la Corte se han ocupado de la relación de la Comisión Nacional de Televisión con el Poder Ejecutivo y el poder Legislativo, con el ánimo de determinar el ámbito de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión. En sus pronunciamientos, la Corte ha establecido que si bien la Comisión goza de autonomía, ello no significa que no deba trabajar en coordinación con las ramas del Poder Público y con los demás órganos autónomos reconocidos en la Constitución.

Así, la sentencia C-310 de 1996 declaró la constitucionalidad de distintos apartes de los artículos 5 y 12 de la ley 182 de 1995 en los que se señala que la Comisión Nacional de Televisión y su Junta Directiva deben actuar de manera coordinada con el Ministerio de Comunicaciones en el manejo de las frecuencias de televisión, en lo relacionado con los aspectos técnicos de esta actividad. De la misma manera, la sentencia C-350 de 1997 declaró la constitucionalidad de una norma contenida en la ley 335 de 1996, que prescribía que el Ministro de Comunicaciones podía asistir a las reuniones de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, en las cuales contaría con derecho a voz, pero no a voto. El fallo hizo remisión a lo afirmado en la sentencia C-310 de 1996, acerca de la necesaria colaboración entre los órganos del Estado, y resaltó que otra sería la decisión si al Ministro se le hubiera concedido el derecho a voto.

Asimismo, la sentencia C-350 de 1997 declaró la constitucionalidad de una norma que establecía que la determinación de la programación de la televisión cultural y educativa —y, específicamente, del canal cultural de interés público, denominado Señal Colombia— estaría bajo la responsabilidad de Inravisión, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, adscrito al Ministerio de Comunicaciones. En este caso, la Corporación definió que si bien la programación del canal educativo y cultural —el único existente en el país— no podía quedar a merced del Gobierno, no existía reparo constitucional alguno para la norma si ese organismo técnico fijaba la programación del canal de acuerdo con las directrices, políticas y orientaciones que le impusiera la Comisión Nacional de Televisión, a fin de "garantizar la objetividad en la información y el interés general". Igualmente, en la sentencia C-226 de 1996 la Corte decidió que la Comisión Nacional de Televisión tenía que actuar de manera coordinada con el Consejo Nacional Electoral —el organismo supremo de la organización electoral— en lo relacionado con la regulación del acceso de los partidos y movimientos políticos a los servicios de televisión operados por el Estado.

El artículo 77 de la Constitución establece que el Congreso determinará la política en materia de televisión y que la Comisión Nacional de Televisión dirigirá el desarrollo de esa política. Ello ha exigido a la Corte también señalar algunos de los linderos entre las áreas de acción de la Comisión Nacional de Televisión y el Congreso. Sin embargo, en este campo se están dando apenas los primeros pasos en lo que debe ser la delimitación de competencias entre los dos entes estatales.

Así, la sentencia C-564 de 1995 determinó la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 33 de la ley 182 de 1995, que autorizaba a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión para modificar los porcentajes mínimos de programación de producción nacional, por cuanto estos porcentajes constituían parte integrante de la política de televisión y, por tanto, no era ajustado a la Constitución que se delegara en la Junta Directiva de la Comisión la facultad de modificarlos.

De la misma manera, la sentencia C-310 de 1996 afirmó que el Congreso podía fijar algunos criterios que debían ser tenidos en cuenta por la Comisión en los procesos de licitación para la adjudicación de concesiones de televisión. Sin embargo, más tarde, la sentencia C-350 de 1997 declaró la inconstitucionalidad de distintos apartados de los artículos 25 y 26 de la ley 335 de 1996, en los cuales se determinaba cuáles eran los criterios mínimos que debían observarse para la evaluación y declaración de caducidad de los contratos de concesión de televisión, qué puntuación se asignaba a cada criterio, cuál era la puntuación mínima que debía obtener el concesionario evaluado para que no se declarara la caducidad de su contrato de concesión y con qué periodicidad debían realizarse las evaluaciones. En esa ocasión, la Corte consideró que con estas normas el legislador se había introducido en materias que le correspondía regular a la Comisión Nacional de Televisión, con lo cual había vulnerado la autonomía de este ente[108].

b) Las facultades del Congreso para modificar los contratos de concesión de televisión vigentes

El artículo 39 de la ley 14 de 1991 prescribía que los contratos de concesión de espacios de televisión tendrían una duración de 6 años. A continuación, el artículo 40 establecía que los contratos serían prorrogados a aquellos concesionarios que "al vencimiento de su período de ejecución obtuvieran el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de televisión..." Posteriormente, el artículo 49 de la ley 182 de 1995 confirmó la vigencia de las normas sobre los contratos de concesión, entre las cuales se incluían las referidas a la prórroga.

108 Importa destacar que la misma sentencia declaró la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 25, el cual señalaba que en la evaluación de los noticieros y de los programas de opinión debía tenerse en cuenta y calificarse "el renglón de contenido en función de los criterios de equilibrio informativo, información veraz, imparcial y objetiva, responsabilidad social de los medios de comunicación y preeminencia del interés público sobre el privado". En este último caso se afirmó que los criterios establecidos por el legislador eran de carácter subjetivo y que, por tanto, por medio de ellos se introducía una modalidad de censura posterior de la información suministrada por los medios, a través de la cual, en la práctica, se juzgaría si la información difundida se ajustaba a las concepciones de los evaluadores de turno. Así, la Corte concluyó que, si bien el legislador tiene la facultad de determinar que los contratos de concesión deben ser evaluados periódicamente, esa evaluación no puede recaer sobre la información que los concesionarios suministran, pues ello constituye una forma de censura.

Estas normas fueron modificadas por el artículo 10 de la ley 335 de 1996. Este prescribió que "en todo caso los contratos de concesión de espacios de televisión pública son improrrogables" y, si bien determinó que se respetarían los contratos de concesión vigentes, estableció que para ellos no habría "opción de prórroga alguna". Lo anterior significaba que todos los espacios de televisión tendrían que entrar nuevamente en licitación en 1997.

La ley 335 de 1996 fue dictada en medio de la conmoción general que se presentó en el país a raíz tanto del proceso iniciado contra el presidente Samper por la injerencia de dineros del narcotráfico en su campaña política, como de las diligencias penales adelantadas contras distintos dirigentes políticos en razón de su vinculación con organizaciones del narcotráfico (el llamado proceso 8.000). Algunos noticieros de televisión le concedieron una amplia difusión a estos procesos y realizaron actividades investigativas en relación con ellos. Este hecho fue resaltado por algunos promotores del proyecto que se convertiría en la ley 335 de 1996, los cuales señalaron que el proyecto constituía una respuesta de la clase política al manejo que le habían dado algunos noticieros de televisión al proceso 8.000.

El mencionado artículo 10 fue entonces objeto de distintas demandas ante la Corte Constitucional. El cargo más debatido fue el de si, en razón de las discusiones sostenidas en el Congreso y del ánimo retaliatorio expresado por algunos miembros del mismo, la norma constituía una forma velada de censura y de restricción a libertad de prensa. Algunos congresistas que intervinieron dentro del proceso de constitucionalidad defendieron el precepto con la afirmación de que mediante él se permitía que más colombianos tuvieran la oportunidad de prestar el servicio de televisión, con lo cual se cumplía el mandato de la Constitución de que esta actividad no fuera objeto de monopolio.

En su sentencia C-350 de 1997, la Corte consideró que la inconstitucionalidad solicitada se debía predicar más bien en relación con las normas mencionadas de las leyes 14 de 1991 y 182, de 1995, puesto que, en la práctica, permitían una prolongación indefinida de las concesiones[109], con lo cual se vulneraba tanto el derecho de igualdad de los colombianos para acceder al espectro electromagnético como el derecho de fundar medios masivos de comunicación. Esto último, por cuanto no tenía sentido crearlos "si los espacios de televisión en los cuales podría difundirse, estaban concedidos a perpetuidad..."

En consecuencia, el Tribunal concluyó que la derogación de la prórroga tendía a democratizar el acceso a la televisión, y que no era válida la acusación de que esa medida estuviera restringiendo la libertad de prensa. La Corte expresó:

> Si la prórroga de los contratos de concesión de espacios públicos de televisión, tal como estaba concebida en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, restringía el acceso democrático

109 En palabras de la Corte: "[l]as normas mencionadas, sin lugar a dudas, establecían las prórrogas sucesivas y sin límite (en cuanto al número de las mismas), de los contratos de concesión de espacios de televisión. Bastaba que el concesionario cumpliera obligaciones contractuales, obligación elemental que tiene todo contratista. En últimas lo que establecían era la concesión perpetua de los espacios de televisión."

> e impedía la realización del principio de igualdad de oportunidades para aspirar al uso del espectro electromagnético, es claro entonces, que la prohibición de la misma, respecto de los contratos vigentes y los que se celebren en el futuro, sí contribuye a la democratización en el uso de ese bien público, y que ese propósito se impone como un motivo de interés general y utilidad común, que de una parte, dota de legitimidad la medida impugnada, y de otra, justifica que la situación jurídica de los particulares, concesionarios de espacios públicos de televisión que tenían la expectativa de que se prorrogaran sus contratos, ceda al interés público, sin que se evidencie en la medida ningún elemento que pueda respaldar la acusación de que ella constituye una 'forma de censura'.
>
> Tampoco encuentra la Corte, que la prohibición de prórroga, que como se ha visto, en el caso sub-examine, contribuye a garantizar una mayor democratización en el uso de un bien público restringido como lo es el espectro electromagnético, vulnere o impida el ejercicio del derecho a la información, al contrario, con ella se amplía el espectro de posibilidades de que un mayor número de personas, incluidas las que actualmente son beneficiarias de concesiones, participen en los procesos de selección para otorgar nuevos contratos y ejerzan su derecho a fundar medios masivos de comunicación, propiciándose la realización de principios superiores como el de pluralismo y libre competencia, con lo que se desvirtúan las acusaciones que corresponden al segundo cargo de inconstitucionalidad.

Con todo, la Corte introdujo una aclaración que atenuó el efecto temido de la norma, cual fue la de que ésta no impedía que los concesionarios de ese entonces participaran en los nuevos procesos de adjudicación de los espacios. De esta manera, señaló el Tribunal, tanto los concesionarios como los que aspiraban a serlo podrían competir en igualdad de condiciones por los espacios, aun cuando, obviamente, los primeros contarían con la ventaja de que podrían acreditar experiencia en la actividad televisiva.

Meses después, el contenido integral de la ley 335 de 1996 y el artículo 10 de la misma fueron demandados nuevamente, con el argumento de que en la expedición de la ley el Congreso habría incurrido en una desviación de poder, dado que el proyecto que se convirtió en la ley 335 había tenido propósitos persecutorios —"generar consecuencias y cargas negativas para las programadoras que habían informado ampliamente y desplegado actividades de periodismo investigativo sobre el proceso 8.000"— e intimidatorios —"mandar un mensaje político claro e inequívoco a todas las programadoras que tienen espacios de información u opinión, en el sentido de que determinadas informaciones y la formulación de ciertas críticas a la clase política tradicional acarrearían como consecuencia la pérdida del derecho a informar y opinar en el medio más efectivo que es la televisión".

La demanda agregaba que el fin de la ley era "impedir que los noticieros de televisión más críticos de algunos miembros poderosos del Congreso continuaran ejerciendo sus actividades periodísticas". Por eso, concluía que aunque la ley no constituía un acto de censura, sí contenía un objetivo intimidatorio, fin que también vulneraba las normas constitucionales sobre la libertad de prensa. Ello, por cuanto la Constitución garantiza "un espacio amplio y

desinhibido para la libre circulación de informaciones y opiniones", y este espacio se restringe "cuando el Congreso puede responder a sus críticos mediante una ley que los obliga a conductarse o a correr el riesgo inminente de salir del aire en un pocos meses cuando se realice la nueva adjudicación ordenada por la misma ley..."

La demanda lanzaba un importante interrogante acerca de los límites que puede establecer la libertad de prensa de frente a la libertad de configuración política de que goza el legislador. Sin embargo, en la sentencia C-456 de 1998, la Corte se declaró inhibida para conocer sobre los cargos formulados, con el argumento de que existía cosa juzgada sobre ellos, por cuanto ya habrían sido tratados en la sentencia C-350 de 1997.

Las dos sentencias comentadas contaron con cuatro salvamentos de voto, situación que da constancia de las fuertes diferencias que surgieron alrededor del tema, tanto en el Tribunal como en la misma sociedad. Según los magistrados disidentes, las decisiones son equivocadas pues permitieron que el Congreso modificara las reglas de juego de asignación de espacios televisivos, pues las programadoras habían obtenido los espacios, con la posibilidad de que se los prorrogaran si cumplían con determinadas condiciones. Según estos votos disidentes, la supresión de la prórroga no sólo violaba la buena fe y desconocía derechos adquiridos, pues los programadores confiaban en el mantenimiento de la regulación sino que, además, lejos de ser una medida general para regular la televisión constituía en realidad una represalia política específica de la llamada clase política contra aquellos noticieros que los habían criticado durante el desarrollo del llamado proceso ocho mil, como lo mostraban claramente los debates en el Congreso durante la aprobación de esa normatividad. Pero, añadía uno de los magistrados, incluso si la ley no tenía ese propósito perverso de retaliación sino la finalidad legítima de democratizar la televisión, de todos modos era inconstitucional por cuanto afectaba desproporcionadamente las condiciones de los contratos de concesión vigentes, puesto que existían medidas alternativas menos lesivas; así, bien hubiera podido la ley modificar hacia el futuro las concesiones de televisión, sin afectar los contratos vigentes.

Lo anterior indica que seguirá siendo objeto de controversia la definición acerca de cuáles son los límites del Congreso en la legislación sobre los medios, en aras de garantizar la libertad de prensa.

Resta por mencionar que la aplicación del artículo 10 de la ley 335 de 1996 condujo a la realización de una nueva licitación para los noticieros de televisión, a raíz de la cual perdieron sus espacios dos noticieros que se habían distinguido por su independencia y sus críticas al gobierno y a la clase política: los informativos AM.PM y QAP. Al mismo tiempo, por causa de la licitación entraron al aire cuatro nuevos noticieros, tres de los cuales —Hora Cero, En Vivo 9:30 y Uninoticias— se distinguirían en la campaña para las elecciones presidenciales de 1998 por su marcada parcialidad en favor del candidato cercano al presidente Samper y a las mayorías parlamentarias[110].

110 Así lo demostraron las mediciones que hicieron tanto la Comisión Nacional de Televisión como la Veeduría ciudadana a la elección presidencial sobre el tiempo de información que brindó cada noticiero

c) La jurisprudencia de la Corte sobre la libertad para fundar medios de comunicación y sobre las características accionarias de las empresas operadoras de televisión

El artículo 20 de la Carta Política consagra la libertad "de fundar medios masivos de comunicación". Esta disposición ha generado distintos debates acerca del alcance de ese derecho y de las características que deben reunir las operadoras de televisión, como se verá a continuación.

Una de las primeras controversias en este campo giró alrededor de si el Estado podía exigir permisos para iniciar la transmisión de programas televisivos. La primera sentencia dictada sobre este tema fue la T-081 de 1993. El proceso se inició cuando un grupo de personas constituyó una sociedad comercial, cuyo objeto social era el de prestar el servicio de televisión en los distintos niveles territoriales, para "expresar y difundir pensamientos y opiniones, y recibir y transmitir información veraz e imparcial, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución". La sociedad le informó al Ministerio de Comunicaciones que iniciaría la transmisión de su programación de prueba a partir de un día determinado, utilizando una frecuencia específica. El Ministro respondió con la orden de abstenerse de comenzar las emisiones y con el inicio de una actuación administrativa para establecer si la sociedad había violado la ley y la Constitución. El representante legal de la sociedad instauró una tutela contra el Ministerio, la cual fue sustentada con la afirmación de que la actuación del Ministro vulneraba el derecho fundamental de crear medios masivos de comunicación, derecho que era de aplicación inmediata.

En su sentencia, la Corte precisó que si bien la libertad de fundar medios masivos de comunicación era, en principio, un derecho fundamental de aplicación inmediata, era necesario establecer diferenciaciones entre los distintos medios, con el objeto de armonizar el artículo 20 de la Constitución con otros artículos de la misma. Así, señaló que mientras en algunos casos —como en la prensa escrita— era suficiente contar con los recursos económicos necesarios para poder difundir las opiniones propias, en otros casos —como en la televisión y la radio— era necesario, además, utilizar un bien de uso público —el espectro electromagnético— para poder difundir las opiniones. Precisamente el hecho de que las transmisiones de televisión se realizaran a través del espectro autorizaba al Estado para regular y vigilar ese servicio, con el ánimo de garantizar tanto las condiciones óptimas de utilización del espectro, como la libre competencia y el pluralismo informativo. Por lo tanto, la Corte concluyó que el Estado sí estaba autorizado para determinar que el uso de las frecuencias de transmisión dependiera de la obtención de una concesión estatal, todo lo cual permitiría "garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el uso técnicamente adecuado del espectro y la igualdad de oportunidades en su acceso".

a los distintos candidatos presidenciales. Véase sobre el tema el artículo de Juan Fernando Jaramillo sobre las elecciones presidenciales en Colombia, en 1998, que forma parte de un libro que será publicado próximamente por CIEDLA, sobre la campaña electoral en distintos países de América Latina.

La decisión tomada en la sentencia T-081 de 1993 fue ratificada posteriormente con el fallo C-189 de 1994, que versó sobre una demanda dirigida contra distintos artículos del decreto 1900 de 1990 que prescribían que el uso de las frecuencias radioelectrónicas para la prestación de servicios de telecomunicaciones —tales como la radio, la televisión, la telefonía, la difusión por cable, el telégrafo, el télex, etc.— debía ser autorizado. La demanda señalaba que esa disposición violaba el derecho a fundar medios masivos de comunicación. La Corte respondió que desde hacía muchas décadas las telecomunicaciones habían sido catalogadas por el legislador como un servicio público y que ello significaba que el legislador estaba autorizado para restringir la libertad de fundar medios. Además, insistió en que el derecho de crear medios de comunicación debía ser interpretado en armonía con otras disposiciones de la Constitución referidas a la autorización que se brinda al Estado para regular el uso del espectro electromagnético, la prestación de los servicios públicos y, en general, el campo de las comunicaciones.

Uno de los puntos que más debate ha generado en la legislación sobre medios tiene que ver con las características que deben reunir las sociedades privadas que operen el servicio de televisión, de manera que se impidan la prácticas monopolísticas en el mismo, tal como lo ordena la Constitución. Las normas legales sobre esta materia han variado y ello ha traído consigo cambios en la jurisprudencia de la Corte.

El artículo 35 de la ley 182 de 1995 determinó que sólo las personas jurídicas, públicas o privadas podían prestar el servicio público de televisión. Esta disposición era complementada por el artículo 56, el cual dispuso, en relación con el carácter de las personas jurídicas privadas, que los operadores de los canales zonales debían ser sociedades anónimas abiertas y que sus acciones debían estar inscritas en una bolsa de valores. La exigencia de asumir el carácter de sociedades anónimas abiertas implicaba —de acuerdo con el artículo 5 del decreto 679 de 1994— que las mencionadas empresas tenían que contar con más de 300 accionistas y que ninguna persona podía ser titular de más del 30% de las acciones en circulación. Esta característica era resaltada por el mismo artículo 56, que ordenaba que ninguna persona o grupo de personas que conformaran un mismo beneficiario real podía ser titular de más del 30% de las acciones de un operario.

Las dos normas fueron demandadas, con el argumento de que vulneraban el derecho de las personas naturales a fundar medios de comunicación. La sentencia C-093 de 1996 determinó la constitucionalidad de las dos disposiciones. En su exposición, la Corte precisó que los operadores utilizan el espectro electromagnético, el cual, de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado. Luego, recalcó que este mismo artículo constitucional determina que el Estado debe intervenir por mandato de la ley en el uso del espectro para evitar las prácticas monopolísticas y garantizar el pluralismo informativo y la competencia. De allí concluyó, entonces, que la ley sí podía establecer las restricciones demandadas, con el objeto de facilitar el control de las operadores de televisión, de garantizar su profesionalismo, de democratizar su propiedad y de evitar la constitución de monopolios.

La Corte aclaró, además, que la declaración de constitucionalidad de los dos artículos se pronunciaba bajo el entendido de que el Estado debía velar para que las sociedades anónimas abiertas que prestaran el servicio de televisión funcionaran realmente como tales e integraran su capital mediante ofertas abiertas al público, de manera que respondieran al principio de democratización de la propiedad. Igualmente, señaló que también en el caso de los canales locales las personas jurídicas tenían que conformarse como sociedades anónimas abiertas. Esta decisión significaba que todos los operadores privados de televisión tendrían que constituirse como sociedades anónimas abiertas. El artículo 37 de la ley 182 de 1995 preveía cuatro niveles territoriales para la prestación del servicio de televisión: el nacional, el zonal, el regional y el local. Sin embargo, solamente los canales zonales y los locales podían ser operados por personas jurídicas privadas, puesto que los canales nacionales habían sido reservados al Estado hasta el año de 1998 y los regionales solamente podían ser operados por entidades públicas organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado.

Las normas sobre la regulación de la propiedad de las operadoras privadas de televisión fueron modificadas por la ley 335 de 1996, que autorizó la creación de canales de televisión nacionales de operación privada a partir del 1° de enero de 1998, y dispuso que todas las referencias hechas en la ley 182 de 1995 a los canales zonales de televisión habrían de entenderse en adelante como referidas a los canales nacionales de operación privada. En su artículo 13, la ley modificó la regulación existente acerca de la composición accionaria de las operadoras privadas de televisión. Para el efecto dispuso que los concesionarios de los canales nacionales de operación privada debían ser simplemente sociedades anónimas con un mínimo de 300 accionistas, y que dichas sociedades debían inscribir sus acciones en las bolsas de valores. La norma fue demandada, por cuanto se consideró que permitía en la práctica la concentración de la propiedad sobre los canales nacionales de operación privada, pues permitía que un grupo económico asumiera el control de uno de esos canales, dado que no establecía —como en el pasado— un límite porcentual de propiedad accionaria para estos operadores privados de televisión.

En su análisis, la Corte observó, inicialmente, que la norma demandada había conservado la exigencia de que los operarios privados fueran sociedades anónimas, con más de 300 accionistas y con sus acciones inscritas en una bolsa de valores, para luego corroborar que había sido eliminada la exigencia que señalaba que ningún accionista podía ser propietario de más del 30% de las acciones. Con todo, recalcó que esta modificación no significaba que la norma fuera inconstitucional. Por lo tanto, declaró su constitucionalidad, siempre y cuando "la conformación accionaria [...] en términos de sus beneficiarios reales, no dé lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético". De acuerdo con lo expresado en la parte motiva de la sentencia, esta condición se predicaría no solamente del conjunto de las sociedades anónimas que sean concesionarias de los canales nacionales de operación privada, sino también de cada una de ellas individualmente consideradas.

Evidentemente, con la expedición de la ley 335 de 1996 el Congreso tuvo el firme propósito de modificar la regla que señalaba que ningún accionista de las empresas de televisión

privada en el país podía ser propietario real de más del 30% de las acciones de esas sociedades de televisión. Esa voluntad del legislador dificultaba —aunque no impedía— mantener la posición expuesta por la Corte en su sentencia C-093 de 1996. La decisión de la Corte en este punto no fue clara. Si bien en la parte resolutiva señaló que la norma demandada era constitucional bajo el entendido de que la conformación accionaria de las sociedades concesionarias, en términos de sus beneficiarios reales, no podía dar lugar a una práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético —lo que parecería indicar que preservaba su posición anterior—; esta afirmación podía ser objeto de distintas interpretaciones y, en el marco de los intereses existentes en ese momento, fue interpretada como la aceptación de que los canales privados fueran dados en concesión a empresas controladas por un accionista.

De hecho, con base en la nueva regulación, los canales nacionales de televisión de operación privada fueron adjudicados a empresas pertenecientes a dos grandes conglomerados económicos, a saber: a Caracol Televisión, de propiedad del Grupo Empresarial Bavaria (antes conocido como Grupo Santodomingo) y a RCN Televisión, perteneciente a la Organización Ardila Lülle. De esta manera, estos grupos económicos extendieron aún más su presencia en el sistema de medios en Colombia, lo cual genera serios interrogantes acerca de la vigencia del derecho de los colombianos a recibir una información veraz e imparcial. En efecto, de acuerdo con un estudio adelantado en 1995, de las 670 emisoras existentes en el país, la cadena RCN poseía el 19,8%, mientras que la cadena CARACOL era propietaria del 18,3%, cifras sobre las que habría que agregar que las emisoras de estas cadenas funcionan en las zonas más densamente pobladas del país, lo cual les otorga una mayor capacidad de influencia[111]. Asimismo, cabe destacar que el grupo empresarial Bavaria es propietario del diario El Espectador de Bogotá, que hasta hace pocos años le disputaba al periódico El Tiempo la supremacía en circulación e influencia en el país, y ahora se encuentra en el tercer lugar de tiraje.

Además, la adjudicación de los canales nacionales privados a estos dos conglomerados económicos ha generado discusiones acerca de la amenaza que ello representa para la libre competencia en el medio televisivo, por cuanto los mencionados grupos económicos han dirigido buena parte de la pauta publicitaria de sus empresas a los canales de su propiedad, con lo cual han afectado a los distintos concesionarios de los canales públicos y locales. Los peligros de esta situación se han evidenciado en la actual época de crisis económica que afronta el país. La recesión ha producido una disminución considerable de la pauta publicitaria en general y, puesto que ahora hay más canales entre los que se distribuye la propaganda y que las empresas de los mencionados grupos prefieren pasar sus comerciales en los canales de su conglomerado, un buen número de concesionarios del servicio de televisión

111 Cifras contenidas en Herrán, María Teresa, "Llevar la teoría a la realidad. El periodismo en Colombia: una brecha entre el mundo formal y el real", en *Desarrollo y Cooperación No. 6,* Deutsche Stiftung für internationale Entwicklung, Berlín, 1998. La autora afirma que los datos fueron tomados de un estudio realizado por Napoleón Franco y Cía., Infoanálisis Colombia, titulado: "El rol de la industria publicitaria en Colombia y su impacto económico".

han tenido que devolver sus espacios y pasar a negociar sus producciones con otras programadoras[112].

d) La televisión y los procesos electorales

La Constitución señala que se debe garantizar el pluralismo informativo en el uso del espectro electromagnético (C.P., art. 75). Igualmente, determina que todos los ciudadanos tienen el derecho de recibir una información veraz e imparcial (C.P. art. 20).

En desarrollo de estas normas, la ley 130 de 1994 "estatutaria sobre los partidos y movimientos políticos" prescribió, en su artículo 27, que "[l]os concesionarios de los noticieros y los espacios de opinión en televisión, durante la campaña electoral, deberán garantizar el pluralismo, el equilibrio informativo y la imparcialidad..."

La sentencia T-484 de 1994 versó sobre cómo se materializa el principio del equilibrio informativo. El proceso trató sobre la exigencia de un candidato presidencial —Antonio Navarro de la Alianza Democrática M-19— de ser invitado a participar en un debate televisado que habían programado dos noticieros de televisión entre los candidatos presidenciales de los partidos liberal y conservador: Ernesto Samper y Andrés Pastrana. Los mencionados noticieros habían extendido a los distintos postulantes la propuesta de realizar un debate por televisión entre aquellos candidatos que —de acuerdo con los datos que arrojara una encuesta— contaran con una intención de voto igual o superior al 10%. De manera simultánea, el actor se había puesto en contacto con los candidatos Samper y Pastrana con miras a organizar un debate televisado entre ellos. Ellos habían aceptado, pero después decidieron realizar el debate sin Navarro, contando con el concurso de los dos noticieros que habían propuesto realizar la discusión.

En vista de que no había sido invitado para participar en el debate planeado, Navarro instauró una acción de tutela, en la cual afirmaba que ese hecho vulneraba tanto su derecho general a la igualdad como su derecho de acceder en igualdad de condiciones al uso del espectro electromagnético, así como su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y el derecho de los colombianos de recibir información sobre todas las propuestas políticas de los candidatos presidenciales.

La Corte señaló que la Constitución determina que quien difunde información tiene el deber de hacerlo en forma veraz e imparcial, pero, añadió, la veracidad e imparcialidad solamente se refieren a los hechos y no a las opiniones, pues "el juicio o la valoración que él haga de los hechos, pertenece a su libertad de opinión, a su libertad de expresar sus opiniones, bajo su responsabilidad". A continuación, expresó que la censura estaba prohibida en

112 Sobre la situación actual de las programadoras véase, entre otros, las siguientes contribuciones publicadas en el diario El Tiempo: "Harakiri", de Enrique Patiño, 8 de agosto de 1999; "La actual televisión: la crisis no es sólo económica", de Ismael Roldán, 24 de agosto de 1999; y "El noticiero Único", aparecida el 19 de agosto de 1999. Igualmente, véase el artículo "¿La quiebra de la televisión?", publicado en revista Semana del 21 de junio de 1999.

el país, y que el imponerle a un periodista la emisión de determinadas informaciones u opiniones constituía una especie de censura, de violación a la libertad de expresión. Al respecto afirmó: "La prohibición de la censura, y la libertad de prensa, se violan cuando se impone al periodista la obligación de publicar una información u opinión, del mismo modo que cuando se le impide su difusión. Que la prensa sea libre no admite interpretación diferente a la que se basa en la real libertad del periodista. Es él quien, bajo su responsabilidad, debe decidir qué publica, y cuándo y cómo lo publica."

En relación con el caso concreto, la Corte aclaró que para las elecciones presidenciales se habían presentado 18 candidatos, y que el interés de los ciudadanos se había concentrado solamente en unos pocos. Por ello, consideró que era "absolutamente comprensible que los organizadores de los debates por televisión limitaran la participación en ellos a los candidatos que tuvieran a su favor al menos el 10% en las encuesta de opinión. Ello se ajusta al propósito de darle al público precisamente lo que él quiere, y no imponerle algo que es contrario a sus inclinaciones..."

La Corte afirmó también que la obligación de los medios de mantener el equilibrio informativo indica solamente "que el periodista decida con ecuanimidad, mesura y sensatez qué informa y cómo y cuándo informa", razón por la cual no se podía considerar que los noticieros demandados habían vulnerado este deber al seleccionar para el debate a los candidatos que más simpatías despertaban en la población. Por lo tanto, la solicitud de amparo fue denegada, con la aclaración de que no se había vulnerado ningún derecho fundamental del actor y de que "ni él, ni ninguno otro de los candidatos, tenía derecho a disponer a su arbitrio de los noticieros o espacios de opinión que el Estado concede a los particulares, o a imponerles unas determinadas obligaciones en cuanto a la manera de ejercer sus funciones".

También la Corte se ha manifestado sobre el papel que pueden desempeñar los medios en los procesos electorales. Así, en su sentencia C-488 de 1993, el Tribunal declaró que era inconstitucional una prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 23 de la ley 58 de 1985, que señalaba que "durante los 30 días anteriores a una elección, ningún medio de comunicación social podrá difundir encuestas de opinión que muestren el grado de apoyo ciudadano a los candidatos o prevean el resultado de una elección". En su fallo, la Corte concluyó que la disposición demandada constituía un acto de censura, vulneratorio del derecho de información de los ciudadanos y de la libertad de expresión. El Tribunal destacó que era de interés general el conocer cuál era la posición de la ciudadanía acerca de los candidatos y de sus propuestas. De ahí que resultara "lógica la obligación el Estado de permitir que los profesionales del periodismo informen a la opinión pública sobre el conocimiento que tengan del comportamiento político de los electores"[113].

113 Esta sentencia de la Corte Constitucional significó un cambio en la jurisprudencia constitucional sobre este punto, pues la misma norma ya había sido declarada como constitucional por la Corte Suprema de Justicia, cuando ésta era la encargada de resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad, en el marco de la Carta Política de 1886. En aquella ocasión la Corte Suprema de Justicia había declarado

La misma posición adoptó la Corte en su sentencia C-089 de 1994, con respecto a una norma del proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos que contemplaba la misma prohibición. Sin embargo, en esta ocasión la Corte precisó su jurisprudencia al declarar la constitucionalidad de una norma del mismo proyecto que prohibía la divulgación de encuestas durante el día de las elecciones, entre las cuales se encuentran también las realizadas en boca de urna —las llamadas *exit poll*—. En la providencia, el Tribunal declaró: "Es evidente que la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorienten o desalienten a los votantes. El día de las elecciones, en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio (C.P. art. 258) y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo."[114]

Finalmente, cabe destacar que en la misma sentencia C-089 de 1994 el Tribunal se pronunció sobre una serie de normas contenidas en el proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos, que regulaban el uso de los medios de comunicación durante los procesos electorales[115]. De esta manera, se determinó que la misma Constitución autorizaba a la ley para establecer que el Consejo Nacional Electoral debe fijar con antelación a cada elección la suma máxima de dinero que puede ser invertida en la campaña por los candidatos a los distintos cargos de elección popular; se declaró que era constitucional la norma que determinaba que los partidos solamente podrían hacer propaganda electoral a través de los medios durante los 3 meses anteriores a la fecha de las elecciones, puesto que ello permitía mayores condiciones de igualdad entre los candidatos; se estableció la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la llamada propaganda negativa, por cuanto introducía limitaciones a la libertad de expresión y al derecho de difundir libremente las ideas y programas; se determinó la constitucionalidad del artículo que prescribía que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tenían derecho a acceder gratuitamente a los medios de comunicación social del Estado, tanto en forma permanente —para que divulguen su ideario político— como dentro de los 30 días anteriores a las elecciones para que los candidatos ex-

que la norma perseguía el "beneficio colectivo" y se había establecido "teniendo en cuenta un interés superior de la comunidad, cual es el libre ejercicio del derecho del sufragio, que puede verse desestimulado o condicionado por los resultados reales o presuntos de un sondeo, que muestre la opinión predominante sobre los candidatos que participen en una elección, entorpeciendo así el libre juego democrático" (véase la sentencia núm. 58, de 24 julio 1986, M.P. Jairo Duque Pérez).

114 Es importante aclarar que la misma sentencia C-488 de 1993 había dejado abierta la puerta para establecer alguna restricción temporal para la publicación de los resultados de las encuestas, con el fin de establecer "un razonable margen de reflexión, para que el elector pueda serenamente, y sin la presión externa de los medios de comunicación [...] reflexionar sobre la decisión que haya de tomar en las urnas". Por eso, en la sentencia se señalaba que la Corte consideraba prudente "que con una antelación de unos pocos días se establezcan por el legislador restricciones en la materia..."

115 En la mencionada sentencia C-089 de 1994 se realizó el control previo de constitucionalidad sobre el contenido integral del proyecto de ley estatutaria sobre los partidos políticos.

pongan sus tesis; se manifestó que era ajustado a la Constitución que, en relación con el acceso permanente de los partidos a los medios, se estableciera que para la distribución del 60% de los espacios de televisión habría de tenerse en cuenta la representación de los partidos en la Cámara de Representantes, puesto que ello introducía "un índice seguro para establecer la dimensión real de cada formación política desde el punto de vista electoral"; se concluyó que armonizaba con la Constitución la norma que prescribía que los recursos que integran el fondo para el funcionamiento de los partidos se distribuirían en un 50% en condiciones de igualdad y en el restante 50% en proporción a los escaños logrados por los partidos en las última elecciones, etc.

e) Los alcances de la jurisprudencia colombiana en búsqueda de un mercado equitativo de las ideas

Las anteriores sentencias de la Corte Constitucional sobre las condiciones estructurales del ejercicio igualitario de la libertad informativa ameritan unas breves reflexiones. Así, es evidente que —a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos— la jurisprudencia colombiana reconoce expresamente la importancia constitucional de que se regule el mercado de las ideas, para lograr una mayor equidad en el flujo de las ideas e informaciones. Por ello la Corte ha admitido disposiciones legales —como los topes a los gastos electorales—, que fueron anuladas en los Estados Unidos. Igualmente, por tal razón, la Corte también ha admitido que el Legislador pueda establecer requisitos para democratizar el acceso a la televisión y a otros medios. También la Corte ha intentado preservar alguna autonomía a la Comisión Nacional de Televisión, a fin de evitar que este importante medio de información sea sometido a un control de los grandes grupos políticos, por lo cual ha anulado algunas tentativas de las mayorías en el Congreso por incidir más directamente en la conformación de esa entidad. La Corte ha intentado entonces avanzar en la formación de una mayor equidad informativa, ya sea avalando las decisiones legislativas orientadas en esa dirección, ya sea invalidando aquellas determinaciones que pretendían instrumentalizar políticamente algunos medios, por lo cual, la orientación general de la jurisprudencia colombiana en este campo nos parece interesante.

Sin embargo, en otros aspectos, los resultados son más ambiguos: así, la Corte terminó por aceptar algunas represalias de los grupos políticos contra algunos medios que fueron sus críticos, durante el juicio al presidente Samper (ver supra V b), con lo cual afectó la equidad y la libertad informativa. Igualmente, sus desarrollos jurisprudenciales en el campo electoral, suscitan algunos interrogantes, que conviene examinar más sistemáticamente, ya que la interacción entre medios de comunicación y política es en esta esfera muy importante. En efecto, en cierta medida, se puede decir que es a través de las elecciones que la opinión pública incide directamente en las estructuras de poder.

Los distintos pronunciamientos de la Corte sobre la actividad de los medios en los procesos electorales y sobre su utilización en los períodos de elecciones han contribuido, entre

otras cosas, a ir precisando reglas acerca del comportamiento de los medios en los procesos electorales —como se deriva de la sentencia T-484 de 1994— y a crear condiciones de mayor libertad para la información sobre las campañas electorales y la realización de las mismas, tal como se observa en los fallos sobre las encuestas electorales y la propaganda negativa.

Como se observa, la Corte ha considerado que no riñe con la Constitución el que los índices sobre la fuerza electoral —o preelectoral— de los candidatos o partidos sean utilizados como criterio para la invitación a debates electorales, y para la distribución tanto de los espacios permanentes de los partidos en los medios de comunicación social del Estado como de los recursos estatales para la financiación del funcionamiento ordinario de los partidos. En todos estos casos, la Corte ha concluido que es razonable atender a este criterio, en vista de que los recursos son limitados y de que los mencionados índices señalan cuál es el grado de aceptación ciudadana de un partido y, por lo tanto, cuál es el interés público en conocer las propuestas del mismo y en financiar sus actividades.

La decisión de la Corte es razonable, si bien puede ser objeto de interrogantes teóricos acerca de si se encuentra en contradicción con el derecho a gozar de igualdad de condiciones en la actividad política. Pero lo que debe resaltarse en esta materia es que ella continuará produciendo debates en un futuro próximo, en atención a los intentos de entablar negociaciones de paz con los distintos grupos insurgentes en el país. En efecto, si las negociaciones llegaran a fructificar y se lograra que estos grupos manifestaran su disposición de integrarse a la vida política, sería necesario repensar la validez de la utilización del mencionado criterio de distribución, dada la evidente debilidad política —que no militar— de los grupos guerrilleros. En esas condiciones, es muy probable que estos grupos exijan un tratamiento igualitario para sus partidos y candidatos durante un período determinado.

La aludida sentencia T-484 de 1994 declaró que el periodista debe decidir libremente "qué publica, y cuándo y cómo lo publica", pues lo contrario equivaldría a la imposición de una censura. Asimismo, se precisó que la obligación de los medios de preservar el equilibrio informativo significaba solamente que el periodista debe decidir "con ecuanimidad, mensura y sensatez qué informa, y cómo y cuándo informa". Estos pronunciamientos deben ser reexaminados a partir de la experiencia de las elecciones presidenciales de 1998, las cuales arrojaron fuertes interrogantes acerca de la imparcialidad de los medios de comunicación en la campaña electoral y acerca del papel que deben cumplir las entidades estatales para garantizar que los medios mantengan el equilibrio informativo y la imparcialidad en los debates electorales.

Para las mencionadas elecciones presidenciales de 1998, tanto la Comisión Nacional de Televisión como una Veeduría Ciudadana a la elección presidencial se hicieron a la tarea de realizar un control del tiempo que le dedicaba cada noticiero a los distintos candidatos presidenciales, tanto en la primera como en la segunda vuelta. Los datos arrojados por los estudios coincidieron en señalar que en la campaña para la primera vuelta solamente 4 de las 13 candidaturas fueron atendidas, y que, dentro de estas cuatro, las de Horacio Serpa y Andrés Pastrana, los candidatos de los partidos liberal y conservador, contaron con mucha

mayor difusión. Además, el estudio del comportamiento de cada medio permitió deducir que algunos noticieros asumieron posiciones francamente parcializadas en su información. Los resultados ofrecidos por la Comisión Nacional de Televisión para la primera vuelta son los siguientes[116]:

Resumen del tiempo dedicado por los noticieros de televisión a los diferentes candidatos a la Presidencia de la República

Período: Del 14 de abril al 29 de mayo de 1998 (días hábiles).
Consolidado 32 días.

Canal	Noticiero	Bedoya	Pastrana	Sanín	Serpa	Otros candidatos	Resultado encuestas y otros informes
A	RCN al día	4'32"	14'48"	9'08"	13'54"	0"	16'46"
	Nacional	6'32"	8'45"	8'52"	14'25"	0"	5'19"
	Las Noticias de la Noche	4'11"	13'05"	9'01"	11'57"	50"	19'29"
	En Vivo 9:30	3'59"	20'01"	14'45"	27'28"	1'19"	11'21"
UNO	7AM Caracol	11'52"	20'02"	15'36"	21'17"	0"	55'45"
	24 Horas	59"	9'58"	7'18"	10'11"	0"	8'18"
	Noticiero de las siete	10'45"	15'37"	7'18"	10'11"	0"	18'53"
	CM&	43"	23'53"	14'56"	25'31"	7"	19'22"

116 El estudio de la Veeduría se extendió también a los diarios y la radio. Mientras la Veeduría explicitó sus criterios para la realización del estudio y los problemas que podían presentar, el trabajo de la Comisión no señala cuáles fueron los parámetros utilizados. Las cifras que ofrecen los dos estudios conducen a las mismas conclusiones, si bien difieren en las mediciones de algunos noticieros. Los resultados del estudio de la Veeduría se encuentran en el escrito citado de Juan Jaramillo y en el artículo "Medios de comunicación y elecciones", escrito por Bonilla, Jorge Iván/ García, María Eugenia/ Romero, Edward/ Peñaranda, Leandro, aparecido en Bejarano, Ana María / Dávila Andrés (ed.) 1998: Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998, obra publicada por la Fundación Social, la Universidad de los Andes y la Veeduría Ciudadana a la elección presidencial, 1998.

Período: Del 9 de abril al 30 de mayo (Días: sábados, domingos y festivos).
Consolidado 19 días.

Canal	Noticiero	Bedoya	Pastrana	Sanín	Serpa	Otros candidatos	Resultado encuestas y otros informes
A	Informativo Nacional	7'26"	6'34"	8'37"	8'23"	0"	8'47"
	TV Hoy	1'19"	22'26"	1'42"	12'	0"	15'54"
	Hora O	2'	5'21"	6'22"	19'25"	0"	7'52"
UNO	24 Horas la Revista	6'27"	7'05"	5'57"	7'03"	3'11"	1'56"
	Uninoticias	3'48"	7'57"	6'32"	13'33"	1'43"	8'50"
	NTC	7'58"	11'33"	11'22"	14'41"	1'43"	9'29"

Con base en los datos anteriores, el tiempo total dedicado por los noticieros a cada candidato durante la campaña para la primera vuelta sería el siguiente:

Candidatos	Días hábiles		Días festivos	
	Minutos	%	Minutos	%
Horacio Serpa	145'6"	35,3%	75'	35,0%
Andrés Pastrana	122'15"	29,6%	60'9"	28,4%
Noemí Sanín	90'45"	21,9%	40'53"	18,9%
Harold Bedoya	43'55"	10,5%	33'9"	15,8%
Demás candidatos	10'8"	2,6%	5'6"	2,6%
Total	**412'15"**	**100%**	**214'2"**	**100%**

Como se observa, la información sobre las candidaturas se concentró en los candidatos Serpa, Pastrana, Sanín y Bedoya, mientras que los otros 9 candidatos fueron prácticamente ignorados. Además, de las cuatro candidaturas, las de Serpa y Pastrana obtuvieron la mayor atención (el 64%), mientras que Bedoya se encuentra a una gran distancia de ellos y Noemí se ubica en un punto medio. De otra parte, al dirigir la atención hacia el desempeño de cada noticiero se puede percibir que algunos le apostaron decididamente a un candidato, tal como ocurrió con los Noticieros Nacional, En Vivo, Hora Cero y Uninoticias —que prefirieron evidentemente la información sobre Serpa— y con el noticiero TV Hoy, que decidió concentrarse fundamentalmente en la candidatura de Pastrana.

Para la segunda vuelta, el estudio de la Comisión muestra que la información sobre los dos candidatos finalistas fue más equilibrada, pero que algunos noticieros tenían una clara preferencia política, de manera que al balance no se llegaba por el tratamiento homogéneo a las candidaturas, sino por el contrapeso que se hacían los distintos noticieros entre sí:

Resumen tiempo dedicado por los noticieros de televisión a los diferentes candidatos a la Presidencia de la República. Segunda vuelta.

Período: Del 1 al 19 de junio de 1998 (Días: hábiles).
Consolidado 14 días.

Canal	Noticiero	Pastrana	Serpa	Resultado encuestas y otros informes
A	RCN al día	19'10"	9'39"	25'11"
	Nacional	9'56"	9'59"	8'58"
	Las Noticias de la Noche	11'08"	8'23"	26'47"
	En Vivo 9:30	16'02"	32'22"	24'29"
UNO	7AM Caracol	17'31"	21'27"	31'11"
	24 Horas	11'53"	5'36"	17'19"
	Noticiero de las Siete	12'34"	9'52"	28'28"
	CM&	19'39"	18'15"	33'58"

Período: Del 6 al 20 de junio de 1998 (Días: sábados, domingos y festivos).
Consolidado 6 días.

Canal	Noticiero	Pastrana	Serpa	Resultado encuestas y otros informes
A	Informativo Nacional	4'40"	8'20"	8'48"
	TV Hoy	10'20"	3'22"	18'34"
	Hora O	5'21"	16'24"	28'44"
UNO	24 Hora la Revista	8'37"	2'52"	13'06"
	Uninoticias	2'50"	6'02"	12'19"
	NTC	8'11"	10'08"	29'22"

Con base en los datos anteriores, el tiempo total dedicado por los noticieros a cada candidato durante la campaña para la segunda vuelta, sería el siguiente:

Candidatos	Días hábiles		Días festivos	
	Minutos	%	Minutos	%
Horacio Serpa	115'5"	49,9%	47'1"	54,7%
Andrés Pastrana	117'7"	50,1%	39'9"	46,3%
Total	**232'12"**	**100%**	**86'10"**	**100%**

Como se deduce del cuadro anterior, mientras en los días hábiles se presentó una situación de equilibrio en la información entre las dos campañas, los noticieros de los días feriados le dieron una clara preferencia a la candidatura de Serpa. Tal como se afirmó, lo anterior no significa que ninguno de los noticieros del primer grupo le hubiera apostado a alguna candidatura, sino que los desequilibrios de algunos informativos fueron balanceados por los de otros. Así, mientras que RCN al Día y 24 Horas le otorgaron un mejor trato a la campaña de Pastrana, el noticiero En Vivo 9:30 se decidió claramente por la campaña de Serpa.

De otra parte, el desequilibrio que se presentó en los noticieros de los días feriados no obedeció a que ninguno de ellos hubiera asumido una posición favorable a Pastrana, sino a que fueron más los que adhirieron a Serpa. El favorecimiento de la campaña de Pastrana es evidente en los noticieros TV Hoy y 24 Horas la Revista, pero no fue suficiente para contrarrestar el desbalance que habían creado el Informativo Nacional, Hora Cero y Uninoticias.

Tanto la "invisibilización" de muchos candidatos[117] como el desequilibrio informativo mostrado por los medios fue objeto de distintas críticas. Con respecto al primer punto debe anotarse que los nueve candidatos sobre los cuales callaron los noticieros apenas alcanzaron en total el 1,11% de los votos, un resultado previsto desde un principio[118], lo que significa que a ellos se les aplicaría la jurisprudencia de la Corte que señala que es válido, desde el punto de vista de la Constitución, concentrar la información en los candidatos más reconocidos por la opinión pública. Distinta es, sin embargo, la situación de Noemí Sanín, cuya candidatura obtuvo un grado medio de atención por parte de los noticieros y alcanzó un 26,5% de la votación en la primera vuelta. Igual podría decirse de Harold Bedoya, quien a

117 Véase sobre este punto el artículo citado de Bonilla/ García/ Romero/ Peñaranda.

118 Es importante anotar que las condiciones exigidas para postularse a la Presidencia de la República son mínimas, lo cual significa que muchos candidatos no tienen ninguna representatividad ni posibilidad alguna de triunfo.

pesar de haber terminado con un magro 1,8% de la votación, contó durante mucho tiempo con un porcentaje aceptable de aprobación en las encuestas.

Pero el punto más controvertido es el de la falta de equilibrio informativo y de imparcialidad por parte de algunos noticieros. Como se desprende de los cuadros transcritos, algunos noticieros le apostaron a un candidato y enfocaron hacia él la mayor parte de su información electoral. El interrogante que esta situación arroja es si en estos casos la Comisión Nacional de Televisión está facultada, y a la vez obligada, para intervenir, con el objeto de ponerle remedio al trato desigual de los candidatos. Igualmente, surge la pregunta de si, ante el silencio y la inactividad de la Comisión como ocurrió en las pasadas elecciones, en las cuales, a pesar de que ella fue bien consciente de los abusos de algunos noticieros, no tomó ninguna medida; los ciudadanos que se consideren afectados en sus derechos fundamentales pueden acudir al juez de tutela para solicitarle que haga respetar el principio de la imparcialidad y el equilibrio informativo.

Tanto la intervención de la Comisión como la del juez de tutela supondrían que estas autoridades tendrían la posibilidad de interferir en el campo de la libertad de información, en aras de garantizar el derecho de los ciudadanos de contar con una información veraz e imparcial. Claramente se trata de una decisión difícil. Hasta ahora no se ha planteado el conflicto ante los estrados judiciales, pero, dados los resultados del seguimiento que se realizó en las elecciones pasadas y las críticas de que fueron objeto muchos noticieros, bien puede ocurrir que, si no se regula con antelación esta materia, en las elecciones del año 2002 este asunto sea llevado ante la justicia constitucional.

Finalmente, es importante mencionar que la autorización de la propaganda electoral por televisión ha conducido a su uso extendido por parte de algunos candidatos presidenciales, lo que ha incrementado de manera extraordinaria los costos de las campaña políticas —con los riesgos que ello acarrea— y ha generado críticas acerca de las condiciones de desigualdad en que se realizan las mismas. Por eso, dentro de las discusiones sobre reforma constitucional que se han adelantado en los últimos años siempre ha aparecido un capítulo destinado a la modificación del régimen de financiación de las campañas, dentro del cual se ha propuesto varias veces prohibir la propaganda electoral a través de la televisión[119]. Hasta ahora los intentos de reforma constitucional han fracasado, pero muchas de las preguntas que los originaron siguen en pie, razón por la cual se puede afirmar que esta discusión se seguirá dando en los próximos años.

119 Véase sobre este tema a Cepeda Ulloa, Fernando, *Financiación de campañas políticas,* Editorial Ariel, Bogotá, 1997, passim; Pizarro, Eduardo, "El financiamiento de las campañas electorales en Colombia", en Ferreira Rubio, Delia (comp.), *Financiamiento de partidos políticos,* CIEDLA, Buenos Aires, 1994; y diversos artículos publicados en la Revista de Derecho Público núm. 9, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en 1998, que trató sobre el tema: "Reforma política: financiación de las campañas y de los partidos".

VI. Conclusiones generales: los logros y los desafíos

El examen de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre libertad de información muestra no sólo la enorme complejidad jurídica de este derecho, sino también su importancia y sus vínculos inevitables con discusiones filosóficas sobre el sentido de la democracia. Uno de los grandes retos para la reflexión y la práctica constitucionales es entonces desarrollar una dogmática constitucional adecuada sobre este derecho, que favorezca el desarrollo democrático en este fin de siglo. En tal contexto, según nuestro parecer, el desafío consiste en construir categorías constitucionales que permitan compatibilizar estas tres grandes nociones de democracia, que subyacen a muchos de los debates que suscita la libertad de prensa: (i) la concepción alemana de la democracia como garantía de la dignidad humana, (ii) la visión estadounidense de la democracia como proceso político sustentado en el "libre mercado de las ideas", y (iii) una visión, si se quiere, deliberativa y republicana, que insiste en la importancia de la equidad en el flujo informativo, como requisito para la formación de una opinión pública ilustrada.

Ahora bien, estos distintos conceptos de democracia constitucional no son excluyentes, aunque mantengan evidentes tensiones. Así, la noción alemana y estadounidense son compatibles, pues en Estados Unidos, a pesar de la clara opción por el libre flujo de ideas e informaciones, la democracia no es únicamente un proceso político, en donde una opinión pública todopoderosa puede invadir todos los espacios, incluso los más íntimos, ya que se reconoce que esa omnipotencia de la mirada ajena anula la autonomía individual. En efecto, todo indica que la libertad no germina en una sociedad que pretenda la transparencia de los individuos y el fin de todos los secretos, pues la persona requiere de ámbitos íntimos en donde pueda, en la penumbra, sin la presión constante de las miradas ajenas, construir proyectos propios de vida. Por su parte, el constitucionalismo alemán tampoco ha establecido una prevalencia absoluta de la intimidad sobre el derecho a la información, ya que también ha comprendido que, sin una discusión abierta y vigorosa sobre los asuntos colectivos, no podemos garantizar aún vigilancia ciudadana sobre los gobiernos, ni una genuina autonomía colectiva, las cuales presuponen la existencia de una opinión pública libre e informada. Precisamente esa convergencia, a pesar de sus diversidades, entre la jurisprudencia alemana y estadounidense, permite repensar la democracia, por medio de una articulación entre la autonomía individual y la autodeterminación colectiva, mediante lo que uno de nosotros denominó, en un texto reciente, "el juego de espejos entre la transparencia pública y la penumbra hogareña"[120]. Así, la intimidad protege la autodeterminación personal, en la esfera privada, mientras que la publicidad posibilita el proceso democrático.

120 Véase Uprimny, Rodrigo, "La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica", en *Pensamiento Jurídico núm. 9,* Universidad Nacional, Bogotá, 1998, pp. 101 y ss.

La transparencia y la opacidad son entonces complementarias: la democracia y la protección de la dignidad humana exigen tanto la luz en la esfera pública, como las sombras en la vida íntima, ya que sólo de esa manera podemos proteger la autonomía, la autenticidad y la libertad de las personas. La aspiración democrática es entonces que los ciudadanos sean verdaderamente soberanos, y que puedan entonces ver permanentemente a los gobernantes sin ser vistos por ellos. En cambio, el totalitarismo es precisamente la eliminación de esas distinciones, que termina por conllevar una inversión de los anteriores principios. El secreto se instala en las estructuras de poder, mientras que los individuos son sometidos a la permanente mirada de los otros y de la autoridad. El gobernante logra ver sin ser visto, mientras que el gobernado es visto sin poder ver, con lo cual se destruye al mismo tiempo la esfera de lo público y la esfera de lo privado, la autodeterminación colectiva y la autonomía individual.

Las tentativas de la jurisprudencia constitucional por armonizar la luminosidad de la esfera pública con la penumbra de lo privado parece entonces tener como sustrato una concepción de democracia más integral: la democracia constitucional, que no es entonces únicamente la expresión de la soberanía popular, como lo sugería Rousseau, ni un simple mecanismo de garantía de los derechos individuales, como lo querían los liberales clásicos, sino que es una compleja articulación entre soberanía popular y autonomía individual, entre la libertad participación de los antiguos y la libertad independencia de los modernos. En ese sentido puede tener razón Habermas cuando concibe a las constituciones democráticas como "una interpretación y elaboración de un sistema de derechos en los cuales la autonomía privada y pública se encuentran internamente vinculadas"[121].

Sin embargo, como es obvio, para que la autonomía privada y pública verdaderamente logren vincularse, es necesario construir también una equidad básica en el manejo informativo, pues de no ser así, algunos discursos dominarían el panorama político y el proceso de formación de la opinión pública, en desmedro de una democracia auténtica, que supone precisamente una igual participación de todas las personas en la decisión de los asuntos colectivos. En efecto, el excesivo peso del dinero o del poder en la dinámica de los medios de información genera obvias desigualdades en los procesos de comunicación, pues favorece ciertas voces mientras que silencia a otras. Pero es más; esta situación puede conducir incluso a una reducción muy considerable de las posibilidades de crítica y fiscalización de la prensa libre, sobre todo en esta época, en donde tiende a predominar la imagen sobre el texto. Los riesgos de "mediatización" de la política no son despreciables; y esta "mediatización" parece tener como contrapartida una banalización del poder fiscalizador de la opinión pública y de la prensa.

El temor de los gobernantes autoritarios a las potencialidades democráticas que tiene la libertad de información y expresión como mecanismo de control a la arbitrariedad es bien ilustrado por la conocida afirmación de Napoleón Bonaparte, quien habría dicho: "yo no

121 Habermas, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy,* MIT, Press, Cambridge, 1995, p. 280.

me atrevería a gobernar por tres meses con libertad de prensa"[122]. Pero la banalización que pueden sufrir los medios de comunicación —y por ende la libertad de expresión— en las sociedades contemporáneas, debido al predominio de la imagen sobre el texto y a la influencia indebida de la riqueza y del poder político en el manejo informativo, encuentra también un ejemplo paradigmático en la respuesta de otro líder político, Ronald Reagan, conocido por su manejo magistral de los medios. Una vez se le preguntó a este político que cómo había podido llegar a ser presidente siendo actor. Su respuesta es reveladora: "¿Cómo —dijo Reagan— podría haber llegado a ser presidente sin haber sido actor antes?"[123]

Esto ilustra que el modelo del "mercado equitativo de las ideas" viene a ser un complemento necesario de la visión clásica sobre la libertad de información, pues sólo tomando en cuenta también esa dimensión podremos construir una democracia que sea capaz no sólo de proteger al individuo de los atropellos de los poderosos, sino que también posibilite a todos los ciudadanos deliberar, de manera igualitaria, sobre los problemas de nuestro tiempo. El desafío para la teoría constitucional es pues enorme, pues debemos construir una doctrina sobre la libertad de información, que tome en cuenta e integre esas distintas dimensiones de la democracia, lo cual dista de ser fácil, ya que las tensiones normativas son evidentes. Así es obvio que las regulaciones para asegurar una mayor equidad informativa implican, en general, restricciones a la libertad absoluta en la difusión de las ideas. Pero, tal vez más importante y difícil aún, será la puesta en marcha de instituciones constitucionales, que sean capaces de realizar, en la práctica, una verdadera libertad y equidad informativas, puesto que, hasta ahora, los resultados son bastante frustrantes. Un ejemplo, entre muchos otros, es Inglaterra, en donde se expidió una ley en 1973, con el fin de prevenir la excesiva concentración de los medios, la cual establece que es necesario que el Secretario de Estado para el Comercio y la Industria autorice toda venta de un periódico a otro, si la circulación conjunta de ambos medios supera los 500.000 ejemplares. Pero esas medidas no han logrado controlar la concentración de la prensa. Así, en 1995, los cuatro grandes conglomerados periodísticos controlaban más del 85% de la circulación[124].

En el caso colombiano, estos desafíos son todavía más dramáticos. En efecto, en países que conocen situaciones de violencia como la que atraviesa nuestro país, el verdadero triunfo de la libertad de prensa no se alcanza, simplemente, con la defensa jurídica del derecho a informar y a estar informado, o con la existencia de condiciones normativas suficientes para promover el mercado equitativo de la ideas. En este país, en los últimos cuatro años, han sido asesinados 19 periodistas profesionales y un número incalculable de personas que se

122 Citado por Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991,* Temis, Bogotá, 1992, p. 214.

123 Citado por Von Harpe, María, "La influencia de los medios masivos de comunicación en la política americana", en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister, *Medios de comunicación, democracia y poder,* CIEDLA, Buenos Aires, 1995, p. 94.

124 Véase A. W. Bradley y K. D. Ewing, *Constitucional Law and Administrative Law,* Longman, London, 1998, pp. 575 y 576.

han atrevido a pensar diferente y a decir lo que piensan[125]. No importa cuán sofisticadas resulten las garantías jurídicas y los criterios judiciales de ponderación, o cuán adecuadas las normas destinadas a garantizar la equidad en el flujo informativo. Mientras sigan asesinando a quienes tienen la misión de informar la verdad o a quien se atreve a pensar diferente, no podrá sostenerse que en Colombia, se garantiza, verdaderamente, el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Bibliografía

Ackerman, Bruce y Carlos Rosencranz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en VV.AA., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 29, Madrid, 1991.

Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica,* Fontamara, México, 1993.

———, *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Barron, Jerome, "Access to the press. A new First Amendment Right", en Harvard Law Review, 1967.

Bonilla, Jorge Iván, María Eugenia García, Edward Romero y Leandro Peñaranda, en Bejarano, Ana María y Andrés Dávila (ed.), *Elecciones y democracia en Colombia 1997-1998,* Fundación Social, Universidad de los Andes y Veeduría Ciudadana a la elección presidencial, 1998.

Bradley, A. W. y K. D. Ewing, *Constitucional Law and Administrative Law,* Longman, London, 1998.

Cepeda Ulloa, Fernando, *Financiación de campañas políticas,* Editorial Ariel, Bogotá, 1997.

Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991,* Temis, Bogotá, 1992.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Constitución Política de Colombia.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona, 1984.

El Tiempo, "El noticiero Único", 19 de agosto de 1999.

El Tiempo, "Harakiri", de Enrique Patiño, 8 de agosto de 1999.

El Tiempo, "La actual televisión: la crisis no es sólo económica", de Ismael Roldán, 24 de agosto de 1999.

El Tiempo, 18 de septiembre de 1999, p. 4-A.

125 Según la SIP, Colombia es el país latinoamericano con mayor número de periodistas asesinados en los últimos años. Así, desde 1985 han muerto violentamente 19 periodistas, y la mayoría de esos crímenes permanecen en la impunidad. Véase El Tiempo, 18 de septiembre de 1999, p. 4-A.

Elliot Morrison, Samuel, *The Oxford History of the American People,* Mentor Book, Tomo 2, New York.

François Ost, "Originalité des méthodes d´interprétation de la Cour européenne des droits de l´homme", en Mireille Delmas-Marty. Raisonner la raison d´Etat. Paris: PUF.

García San Miguel, Luis (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* Tecnos, Madrid, 1992.

Habermas, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy,* MIT, Press, Cambridge, 1995.

Hart Ely, John, *Democracy and distrust. A theory of judicial review,* Harvard University Press, Cambridge, 1982.

Herrán, María Teresa, "Llevar la teoría a la realidad. El periodismo en Colombia: una brecha entre el mundo formal y el real", en *Desarrollo y Cooperación No. 6,* Deutsche Stiftung für internationale Entwicklung, Berlín, 1998.

———, *Tutela, Periodismo y Medios de Comunicación,* TM Editores, Fescol, Bogotá, 1993.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Jaramillo, Juan Fernando, artículo sobre las elecciones presidenciales en Colombia, CIEDLA, 1998.

Kommers, Donald P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* Duke University Press, Durham, 1989.

Marcuse, Herbert, "Repressive Tolerance", en R. Wolff, B. Moore y H. Marcuse, *A critique of pure tolerance,* 1965.

Marshall, Geoffrey, *Teoría Constitucional,* Espasa-Calpe, Madrid, 1982.

Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional,* Civitas, Madrid, 1993.

Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de Prensa y Procesos por Difamación,* Ariel, Madrid, 1988.

Napoleón Franco y Cía., Infoanálisis Colombia, "El rol de la industria publicitaria en Colombia y su impacto económico".

Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos,* Siglo XXI, Bogotá, 1981.

Perez Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución,* Tecnos, Madrid, 1995.

Pizarro, Eduardo, "El financiamiento de las campañas electorales en Colombia", en Ferreira Rubio, Delia (comp.), *Financiamiento de partidos políticos,* CIEDLA, Buenos Aires, 1994.

Prieto Sanchís, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales núm. 9, Madrid, mayo-agosto de 1991.

Revista de Derecho Público núm. 9, "Reforma política: financiación de las campañas y de los partidos", Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1998.

Revista Semana, "¿La quiebra de la televisión?", semana del 21 de junio de 1999.

Russ Mohl, Stephan, "Entrega de información medial a control remoto", en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister (eds.), *Medios de comunicación, democracia y poder,* CIEDLA, Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1995.

Salvador Coderch, Pablo (ed.), *El mercado de las ideas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Savage, David, "Hate Speech, Hate Crimes and the First Amendment", en Smolla, Rodney A. (ed.), *A year in the life of the Supreme Court,* Duke University Press, Durham, 1995.

Stone, Geoffrey *et al., Constitucional Law* (3 Ed), Little, Brown and Company, Boston, 1996.

Tribe, Laurence, *American Constitutional Law* (2 Ed), The Foundation Press, New York, 1998.

Uprimny, Rodrigo, "La uni-diversalidad de los derechos humanos. Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica", en *Pensamiento Jurídico núm. 9,* Universidad Nacional, Bogotá, 1998.

Villarraga, María Eugenia *et al., La Tutela en los Medios de Comunicación,* CPB, Bogotá, 1995.

Von Harpe, María, "La influencia de los medios masivos de comunicación en la política americana", en Thesing, Josef y Wilhem Hofmeister, *Medios de comunicación, democracia y poder,* CIEDLA, Buenos Aires, 1995.

Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional,* Civitas, Madrid, 1991.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil,* Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión: avances y desafíos*

Eduardo A. Bertoni

Sumario

I. Introducción. **II.** Censura previa y responsabilidad internacional de todos los poderes del Estado. **III.** Menoscabo de la libertad de expresión por medios indirectos y la importancia del contexto para su determinación. **IV.** Responsabilidades ulteriores: los casos de difamación criminal y el delito de desacato. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.

I. Introducción

El artículo "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los límites a las responsabilidades ulteriores" fue incorporado en el capítulo 5 referido a la *Libertad de expresión e información* de la primera edición de "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local" en 1997[1].

En aquella época, el tratamiento del contenido del artículo 13 de la CADH por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) era escaso; no existían decisiones en casos individuales traídos a conocimiento del Tribunal que sólo había expedido sobre la materia específica en las Opiniones Consultivas 5 y 7 (OC-5 y OC-7). Incluso en esta función consultiva, sólo en la OC-5[2] se había hecho un monumental trabajo de interpretación del artículo 13 que, algunos podrían sostener, era innecesario para responder a la cuestión concreta

* Artículo publicado en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local,* Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

1 Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

2 Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 5/85 (en adelante OC-5 o *La colegiación obligatoria*) del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

que había planteado el Estado de Costa Rica. Por muchos años, la OC-5 se mantuvo como un excelente "manual" de estudio para todos aquellos que querían investigar sobre los contenidos del derecho a la libertad de expresión en el ámbito del sistema interamericano.

La situación en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) era sensiblemente distinta en 1997: en cuanto a las responsabilidades ulteriores permitidas por el artículo 13 de la CADH, el informe sobre la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos[3] marcó un hito en la materia al afirmar el efecto intimidatorio que genera la sanción penal para quienes desean expresarse críticamente en cuestiones de interés público. Esta idea que germina en ese informe dará frutos con el correr de los años no sólo en las recomendaciones de la CIDH sino también en las decisiones de la Corte IDH y, por cierto, en algunas legislaciones locales. Fuera de este informe de la CIDH, existían algunas recomendaciones importantes sobre otros temas, por ejemplo, situaciones vinculadas con la censura previa.

Valiéndome de estas fuentes, sumadas a otras que provenían de decisiones de tribunales locales y de doctrina clásica y contemporánea, escribí el artículo que mencioné al inicio. Allí argumenté sobre la posibilidad de equiparar las responsabilidades ulteriores desproporcionadas con la censura previa, porque, como dije, los efectos en el libre debate de ideas podrían ser los mismos. Dije en esa oportunidad que "dado que las responsabilidades posteriores son aceptables incluso en las sociedades democráticas, entonces, y por las mismas razones, también lo sería la censura previa; por lo expresado antes, no habría argumentos lógicos para establecer alguna diferencia en las consecuencias de la aplicación de uno u otro mecanismo[4]. Con igual fuerza se llegaría a la conclusión contraria: dado que no es admisible la censura previa, tampoco lo es la aplicación de responsabilidades posteriores a la publicación porque ellas generan, a través de mecanismos de autocensura, iguales consecuencias que las que se quieren evitar con la primera"[5].

A manera de conclusión, sostuve que "para contrarrestar el efecto intimidatorio que equipararía a las responsabilidades ulteriores con la censura previa, sólo se permiten las de índole civil pero no penal; en conclusión, cualquier regulación en este último campo resultaría contraria al espíritu de la Convención". Sin embargo, en la última nota agregada a continuación del párrafo citado, puse también en duda que en todos los casos, aun en casos desproporcionados, las responsabilidades ulteriores de carácter civil fueran compatibles con la Convención. En las palabras utilizadas en aquella oportunidad dije que "esta afirmación es insuficiente, porque no se responde a la pregunta de por qué la sanción penal (por ejemplo

3 CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995 (en adelante, "Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato").

4 Siempre, por métodos directos (censura) o indirectos (autocensura) se restringiría el libre flujo de ideas.

5 Esta idea, en parte, ha sido expuesta de manera concreta y concisa por Germán Bidart Campos en un antiguo artículo titulado "La autocensura en la libertad de expresión", en "El Derecho", t. 83, p. 895.

cuando no sea de cumplimiento efectivo) es más intimidatoria que la condena civil que puede conducir al quebranto de la empresa periodística, o incluso la sola posibilidad de ser llevado a juicio por los gastos que ello significa".

Como decía más arriba, al momento de arribar a esas conclusiones, el sistema interamericano sólo había tratado el tema de las responsabilidades ulteriores en forma general en la OC-5, y en una forma más focalizada en el mencionado informe de la CIDH.

La aproximación en la OC-5 respecto al tema de las responsabilidades ulteriores se hizo, por un lado, destacando la importancia de la libertad de expresión en un sistema democrático, lo que denominaré el "estándar democrático", y, por el otro, reafirmando el contenido dual de la libertad de expresión, lo cual se ha llamado "las dos dimensiones de la libertad de expresión".

Tanto la CIDH como la Corte IDH han afirmado la relación de la libertad de expresión con la democracia en cada uno de los casos en que han tratado violaciones al artículo 13 de la Convención. En palabras de la Corte: "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 esté bien informada no es plenamente libre"[6].

Este "estándar democrático"[7] resulta básico para la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión. La ligazón a la democracia implica que la libertad de expresión "resulta un derecho humano que si se pierde, pone en peligro la vigencia de todos los demás valores y principios imperantes en una sociedad democrática. Consecuentemente, la protección del derecho a expresar las ideas libremente es fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. Sin libertad de expresión e información no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos seriamente en peligro"[8].

El estándar democrático aparece reflejado en la Carta Democrática Interamericana[9]. La Carta representa el compromiso asumido por los Estados para promover y defender la

6 *La colegiación obligatoria,* párr. 70. En igual sentido, en el 4º Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (1993), la Comisión dijo que "considera también en este difícil momento de recuperación democrática guatemalteca, que la existencia de una prensa independiente, responsable y profesional es requisito indispensable" (CIHD, 4º Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev., Cap. IX, I, 2).

7 Sobre la vinculación de la libertad de expresión y la democracia, véase además, Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión y democracia,* Gaceta núm. 14, CEJIL, 2001.

8 Bertoni, Eduardo, "El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en Martín, Claudia; Rodríguez Pinzón, Diego y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Universidad Iberoamericana y Distribuciones Fontamara, México, 2004, p. 409.

9 Organización de Estados Americanos, OEA, Carta Democrática Interamericana, adoptada en Asamblea General, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

democracia, dado que ésta resulta esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas. La Carta destaca la vinculación de la democracia con el ejercicio de la libertad de expresión: el artículo 4 de la Carta ubica a la libertad de expresión y de prensa como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

El concepto sobre las dos dimensiones de la libertad de expresión propone que el contenido de ésta no se vincule sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se dirige a una dimensión colectiva. Ello surge claramente de la decisión de la Corte IDH en la Opinión Consultiva 5: "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. 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"[10].

Estas consideraciones de la Corte IDH aparecidas en 1985 fueron retomadas por la CIDH en el "Informe sobre leyes de desacato", y ambas nutrieron mi artículo aparecido en la primera edición de este libro. También nutrieron la jurisprudencia posterior del sistema interamericano. Hoy la situación es notoriamente diferente.

En el ámbito de la CIDH, el número de recomendaciones en casos individuales aumentó considerablemente[11]; por otro lado, en 1998, la CIDH creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión[12]. Una de las tareas importantes que ha realizado la Relatoría fue la elaboración de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. La idea de desarrollar una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión nació en respuesta a

10 Corte IDH, *La colegiación obligatoria,* Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 30.

11 Sobre la jurisprudencia del sistema interamericano, véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión,* p. 253 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003) (en adelante Los cinco primeros informes).

12 La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es una oficina de carácter permanente con independencia funcional y presupuesto propio que fue creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la esfera de sus atribuciones y competencias y que opera dentro del marco jurídico de ésta. La Relatoría tiene su origen en la II Reunión Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno, que tuvo lugar en Santiago, Chile, en abril de 1998. Sobre el mandato, competencia y actividades, véase *Los cinco primeros informes,* p. 35.

la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. La Comisión Interamericana aprobó la Declaración durante su 108 período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Tal Declaración constituye un documento importante para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana. Su aprobación, no sólo es un reconocimiento de la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho[13]. El rol de la Relatoría también ha sido importante en materia de interpretación del artículo 13 con la incorporación en sus informes anuales de temas tales como la ética en los medios de difusión, mujer y libertad de expresión, internet y libertad de expresión, terrorismo y libertad de expresión, libertad de expresión y pobreza, acceso a la información pública, publicidad oficial y medios indirectos de violación a la libertad de expresión, entre otros[14].

La Corte IDH produjo por su lado cinco decisiones vinculadas específicamente a violaciones a la libertad de expresión. Si en 1997 decíamos que la jurisprudencia del Tribunal era prácticamente inexistente, hoy podemos decir que el avance es promisorio, máxime si se tiene en cuenta que al momento de escribir este artículo la Corte tendrá que decidir un caso más que ya fue puesto a su consideración.

Este aumento de jurisprudencia en el sistema interamericano ha tenido impacto a nivel local, lo cual quedó demostrado en el cambio de legislación interna (incluso a nivel constitucional) y en decisiones judiciales acordes con los estándares internacionales.

A continuación describiré las cinco decisiones de la Corte IDH agrupadas en tres temas que, en mi opinión, fueron la conclusión principal en cada sentencia. El interés en destacar esas conclusiones radica en que en cada uno de los casos, el estándar democrático y el contenido dual fueron la base argumentativa para el resto de la decisión. Esa base argumentativa, dada por la OC-5, es fundamental tenerla en cuenta y mantenerla en casos futuros, pero el objetivo ahora no es profundizar sobre ella sino describir qué se construyó sobre tal base en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Las categorías que incluyo a continuación son la censura previa y la responsabilidad internacional de todos los poderes del Estado; el menoscabo a la libertad de expresión por medios indirectos y la importancia del contexto para determinarlos; y, finalmente, el problema de la difamación criminal y los delitos de desacato como responsabilidad ulterior inaceptable en el sistema interamericano. Finalmente elaboraré algunas conclusiones.

13 Sobre la Declaración de Principios, véase *Los cinco primeros informes,* p. 45.

14 Estos temas pueden ser consultados en el sitio oficial de la Relatoría: *www.cidh.org/relatoria/.*

II. Censura previa y responsabilidad internacional de todos los poderes del Estado

Pasados poco más de quince años del pronunciamiento de la OC-5, la Corte IDH decidió el caso "La última tentación de Cristo"[15] que se vinculaba directamente con una violación al artículo 13 de la Convención.

El 29 de noviembre de 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica chileno había rechazado la exhibición de la película "La última tentación de Cristo", ante una petición realizada por la "United International Pictures Ltda.". Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación en marzo de 1989. En noviembre de 1996, el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición de exhibición de la película "La última tentación de Cristo", ante una nueva petición de la United International Pictures Ltda. y autorizó su exhibición, por mayoría de votos, para espectadores mayores de 18 años. En enero de 1997, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección interpuesto por varias personas en su nombre, a nombre de Jesucristo y de la Iglesia Católica, y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación Cinematográfica. Esta decisión fue apelada y en junio del mismo año la Corte Suprema de Justicia de Chile la confirmó[16].

Los fundamentos de las decisiones judiciales estaban sustentados en la Constitución chilena y en diversas normas reglamentarias. El artículo 19, inciso 12, de la Constitución Política de Chile de 1980 —vigente durante la época del litigio— establecía, tal como lo tuvo por probado la Corte IDH, un "sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica". Por su lado, el decreto ley 679, del 1 de octubre de 1974, facultaba al Consejo de Calificación Cinematográfica —que formaba parte del Ministerio de Educación— para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El reglamento de esa ley estaba contenido en el Decreto Supremo de Educación 376, del 30 de abril de 1975.

Antes que la Corte IDH decidiera el caso se había intentado sin éxito una reforma constitucional del artículo mencionado, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística. Tal reforma se produjo finalmente como consecuencia de la decisión del Tribunal Interamericano.

Para decidir el caso, la Corte IDH repasó primero consideraciones ya vertidas en la OC-5. Se refirió en primer término a las dos dimensiones de la libertad de expresión e insistió en el "estándar democrático". La novedad fue la afirmación que "el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los

15 Corte IDH, caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.

16 Estos son los hechos que la Corte consideró probados, tal como se expuso en la sentencia.

espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión"[17].

Con ello, quedó fuera de toda duda que para la Corte, el artículo 13 establece una prohibición de la censura previa prácticamente absoluta, lo cual reafirmaba lo dicho muchos años antes en la OC-5 en cuanto a que "la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 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 *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas". Más de quince años atrás, para hacer esa comparación, la Corte IDH le había otorgado un gran valor a la primera frase del inciso 2 del artículo 13 en cuanto establece la prohibición de la censura.

Esta decisión de la Corte IDH también fue novedosa en otro aspecto. Muchas veces se ha entendido que los actos que restringen la libertad de expresión, por ejemplo, los actos de censura previa, emanan sólo de los poderes ejecutivos o legislativos. Sin embargo, dentro del sistema interamericano puede entenderse también que, resoluciones emanadas del Poder Judicial son actos que vulneran el artículo 13 de la Convención. En este caso, la Corte Interamericana dijo específicamente que "esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso, ésta se generó en virtud de que el artículo 19, número 12, de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial"[18].

Como anticipé más arriba, Chile llevó adelante una serie de modificaciones legislativas dirigidas a cumplir con la decisión de la Corte IDH. En la etapa de seguimiento de las recomendaciones, el Estado informó que el 10 de julio de 2001, el Congreso chileno aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley, y que ese proyecto fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001. Asimismo, Chile informó que la ley 19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se publicó y entró en vigor el 4 de enero de 2003, y en su artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de la protección a la infancia y a la adolescencia en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscriptos

17 Caso "La última tentación de Cristo", párr. 70.
18 Caso "La última tentación de Cristo", párr. 72.

por el mencionado Estado. También se informó que el 9 de enero de 2003, la película "La última tentación de Cristo" fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación y quedó comprendida dentro de la categoría "para mayores de 18 años". La empresa encargada de la distribución en Chile de la película "La última tentación de Cristo", United International Pictures Ltda., realizó el preestreno el 11 de marzo de 2003 en la sala del Cine Arte Alameda en Santiago, donde se exhibió para todo público mayor de 18 años.

Con todo ello, la Corte IDH decidió que el Estado chileno había cumplido con las recomendaciones de la sentencia del 5 de febrero de 2001 y dio por terminado el caso[19]. Más allá del beneficio para la sociedad chilena de los cambios provocados por la decisión de la Corte IDH, con este caso se mostró el impacto que puede tener la utilización del sistema interamericano de protección de los derechos humanos cuando los Estados tienen la voluntad de respetar los compromisos internacionales que asumen.

III. Menoscabo de la libertad de expresión por medios indirectos y la importancia del contexto para su determinación

Un día después de la decisión en "La última tentación de Cristo", la Corte IDH decidió otro asunto cuyo eje central estaba en la determinación de la violación del artículo 13 de la Convención Americana. Me refiero al caso "Ivcher"[20].

A diferencia del caso chileno, el Tribunal se enfrentó con una situación fáctica que lo llevó a determinar la importancia, el contenido y la manera de identificar medios indirectos de violación a la libertad de expresión. La relevancia del caso "Ivcher" radica en que si bien es cierto que la Convención dispone que no puede limitarse la libertad de expresión por medios indirectos, no lo es menos que muchas veces determinar cuál es un medio indirecto idóneo para limitar la libertad de expresión puede ser complicado.

Sobre la distinción entre medios directos e indirectos, la Corte IDH ya había dado algunas pautas en la OC-5. En 1985 había sostenido que "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". La Corte distinguió entre lo que llamó las supresiones "radicales" y el resto: "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 control gubernamental". Dentro

19 Corte IDH, caso "La última tentación de Cristo", cumplimiento de sentencia, Resolución del 28 de noviembre de 2003.

20 Corte IDH, "Caso Ivcher Bronstein", Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74.

de las que no eran supresiones radicales, la Corte expresó que "la supresión de la libertad de expresión como ha sido descripta 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"[21].

Sin embargo, la Corte IDH nunca se había enfrentado a un caso concreto donde tuviera que determinar cuándo ciertas acciones del Estado podían ser calificadas como un medio indirecto, o "no radical". Al decidir el caso "Ivcher", lo hizo.

La legislación peruana vigente en el año de 1997 disponía que, para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. Al señor Baruch Ivcher Bronstein, de origen israelí, le había sido otorgada la nacionalidad peruana en noviembre de 1984, renunciando en diciembre del mismo año a la nacionalidad israelí. Acorde con la legislación en materia de nacionalidad y propiedad de medios de difusión, desde 1986 el señor Ivcher era propietario mayoritario de las acciones de la empresa operadora del Canal 2 de la televisión peruana. Además, en 1997, el señor Ivcher Bronstein era director y residente del directorio de la empresa y se encontraba facultado para tomar decisiones de tipo editorial respecto de la programación del Canal 2.

Uno de los programas emitidos por el Canal 2 era "Contrapunto". Desde ese programa se difundieron, a partir de 1997 distintos reportajes de interés nacional. Por ejemplo, en abril de 1997, se denunciaron las supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército; en el mismo mes salió al aire una denuncia sobre los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. Tal como lo tuvo por probado la Corte IDH, como consecuencia de los reportajes difundidos en el programa "Contrapunto", el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias[22].

Al mes siguiente de la aparición de la salida al aire del programa "Contrapunto", el Poder Ejecutivo de Perú reglamentó la Ley de Nacionalidad estableciendo la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. También en el mismo mes, Ivcher fue denunciado por difamación a las Fuerzas Armadas. Al mismo tiempo, fueron modificadas la composición y atribuciones de algunos tribunales judiciales, que posteriormente fueron los que intervendrían de manera directa en el litigio llevado adelante en la jurisdicción peruana.

21 OC-5, párrs. 53-55.

22 La Corte consideró, entre otras, visitas de miembros de la Dirección Nacional de Policía Fiscal y de otras personas a las oficinas del Canal 2 para sugerirle que cambiara la línea informativa; vuelos de supuestos helicópteros del Ejército sobre las instalaciones de su fábrica Productos Paraíso del Perú; y la apertura de un proceso contra su persona por la Dirección Nacional de Policía Fiscal el 23 de mayo de 1997.

En el mes de julio de 1997, el Canal 2 presentó un reportaje sobre grabaciones ilegales de las conversaciones telefónicas sostenidas por candidatos de la oposición, jueces y periodistas, entre otras personas. De forma contemporánea a la emisión de ese programa, el director general de la Policía Nacional expuso las conclusiones de un informe de la Dirección General de Migraciones y Naturalización, según el cual no se había encontrado en los archivos de esa dirección el expediente que dio origen al título de nacionalidad del señor Ivcher, y no había sido demostrado que éste hubiera renunciado a su nacionalidad israelí. Como consecuencia de ello, se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana del señor Ivcher Bronstein. Al carecer de la condición de nacional peruano, el resto de los accionistas de la empresa iniciaron acciones legales para que se dejara sin efecto la compra de las acciones de la empresa realizada por el señor Ivcher. También solicitaron una medida cautelar para que se suspendiera al señor Ivcher en el ejercicio de sus derechos como accionista mayoritario de la compañía y para que se suspendiera su nombramiento como director y presidente de la misma. La medida cautelar fue otorgada. Todas las acciones iniciadas en la jurisdicción interna por el señor Ivcher y su familia fueron negadas por los tribunales cuya composición y competencia había sido previamente modificada.

En septiembre, otros accionistas asumieron el control del Canal 2, se prohibió el ingreso de periodistas que trabajaban en el programa "Contrapunto" y se cambió la línea informativa de dicho programa[23].

Antes que la Corte IDH decidiera el caso, el 7 de noviembre de 2000, el Estado declaró nula la "resolución directoral" que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher. Este hecho se produjo luego de la caída del gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, durante cuyo mandato ocurrieron los hechos antes mencionados.

Al decidir la violación a la libertad de expresión en el caso, la Corte IDH destacó la doble dimensión de este derecho, y en ese contexto valoró la importancia de proteger y mantener la independencia de los periodistas quienes son los que "mantienen informada a la sociedad"[24].

Sobre esa base, la Corte IDH explicó cómo debía hacerse para determinar cuáles medios indirectos vulneran la libertad de expresión y están prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención. Dijo el Tribunal que "al evaluar una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión, el Tribunal no debe sujetarse únicamente al estudio del acto en cuestión, sino que debe igualmente examinar dicho acto a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron"[25].

A partir de allí, la Corte IDH entendió que "en el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como

23 Éstos son los hechos que la Corte IDH tuvo por probados y así fueron expuestos en la sentencia.

24 "Caso Ivcher Bronstein", párr. 150.

25 *Ibídem,* párr. 154.

la de los periodistas que trabajaban e investigaban para el programa "Contrapunto" del Canal 2 de la televisión peruana"; y que "al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa "Contrapunto", el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática"[26].

Nótese, como no podía ser de otro modo, que una "resolución sobre ciudadanía" no se encuentra expresamente incluida dentro de los ejemplos que enuncia el artículo 13.3 de la Convención como medios indirectos de violación a la libertad de expresión. Sin embargo, dado el contexto del caso, la Corte IDH así lo entendió. A partir de esta sentencia ha quedado totalmente claro que la enunciación del artículo 13.3 es simplemente ejemplificativa, no taxativa, y que habrá que demostrar muy bien no sólo la acción del Estado que se considera contraria a la libertad de expresión, sino también el contexto que así lo demuestra.

Sin perjuicio que desde la sentencia del caso "Ivcher", ni la Corte IDH ni la CIDH se han referido en otro caso individual de manera tan concreta a las violaciones indirectas; en el año 2003 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión incluyó en su informe anual un capítulo sobre "medios indirectos", focalizado en uno: la asignación discriminatoria de la publicidad oficial. Al concluir ese capítulo, se dice que "la multitud de casos denunciados [sobre asignación discriminatoria] prueban el carácter generalizado de las presuntas violaciones indirectas a la libertad de expresión. Estas posibles violaciones indirectas son promovidas por la falta de disposiciones legales que ofrezcan recursos adecuados frente a la asignación discriminatoria de publicidad oficial, pues este vacío legal da lugar a un poder discrecional excesivo por parte de las autoridades que adoptan las decisiones en la materia"[27].

Esto abre las puertas para la denuncia internacional de acciones que muchas veces solapadamente están dirigidas a menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión de las personas. Las bases sentadas a partir del caso "Ivcher" dan suficiente espacio para hacerlo, en los casos que el contexto así lo permita.

IV. Responsabilidades ulteriores: los casos de difamación criminal y el delito de desacato

La OC-5 dio alguna luz sobre supuestos generales en los que es posible imponer responsabilidades ulteriores como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión. Para la Corte IDH, ello es admisible siempre y cuando la imposición sea "necesaria en una so-

26 *Ibídem,* párrs. 162-163.

27 Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, original: español, párr. 86.

ciedad democrática", y 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".

Como expliqué más arriba, la CIDH trató un caso especial de imposición de responsabilidades ulteriores al producir el informe que determinó la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana[28]. La CIDH entendió que "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 (…) 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"[29]. Sobre el efecto intimidatorio, de forma terminante, también agregó que "si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibidor que tienen para la libertad de expresión, la penalización sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica"[30].

A partir de los postulados allí establecidos[31], muchos países comenzaron a derogar sus leyes de desacato y la CIDH siguió su evolución en el tratamiento de las responsabilidades penales aplicadas como consecuencia de expresiones que pudieran estar vinculadas a asuntos

28 Véase *Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato, op. cit.*

29 *Ibídem,* pp. 210 y ss.

30 *Ibídem,* caps. V, IV, Conclusión.

31 La CIDH ha manifestado: "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 inhibidor 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 (…) 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".

de interés público en casos de juicios contra el honor. Fue así que sometió a la Corte IDH, en el año 2002, dos casos sobre condenas penales por delitos de difamación que fueron decididos dos años más tarde. En ambos casos, la demanda de la CIDH expresaba que el proceso penal y las sanciones penales como consecuencia de las expresiones constituían violaciones al artículo 13 de la Convención Americana. Los argumentos para ello fueron similares a los que sinteticé más arriba y que con más extensión expuse en el artículo publicado en la primera edición de este libro en 1997.

El primer caso que decidió la Corte IDH es "Herrera Ulloa"[32]. Como indicó el Tribunal, el caso versa sobre el procedimiento y la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social "La Nación" de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski[33]. En la época de dichas publicaciones, el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de cónsul *ad honorem*. Cuatro de los artículos publicados en el periódico "La Nación" fueron objeto de dos querellas interpuestas por el señor Przedborski, lo cual dio lugar a un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera Ulloa autor de cuatro delitos de "publicación de ofensas en la modalidad de difamación" con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico "La Nación" como responsable civil solidario.

32 Corte IDH, caso "Herrera Ulloa", Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107.

33 El periodista indicó en sus artículos que los periódicos belgas "De Morgen", "La Libre Belgique", "Le Soir Illustré" y "Financieel-Ekonomische Tijd", y el periódico alemán "Der Spiegel", hicieron varias publicaciones en las que señalaban al señor Przedborski como sospechoso de haber recibido comisiones ilícitas en las negociaciones de la venta de helicópteros italianos de combate al Estado de Bélgica, con las cuales habría invertido sumas millonarias en proyectos turísticos de Costa Rica. Refirió que dichos periódicos, con base en fuentes diplomáticas y policiales anónimas, le atribuían un amplio expediente policial en Bélgica y en la Policía Internacional (INTERPOL), por lo que el señor Przedborski se habría refugiado en la inmunidad de su cargo diplomático costarricense como medio para continuar con sus actividades ilícitas, las cuales abarcaban desde el tráfico de monedas, cigarrillos, armas y estupefacientes, hasta contratos fraudulentos en perjuicio de la aerolínea alemana Lufthansa. También señaló que los periódicos, basados en informes de inteligencia occidentales, indicaban que Przedborski había infiltrado espías de algunos países de Europa del Este durante la época de la Guerra Fría y provisto de pasaportes falsos a varios agentes secretos polacos. Informó que la prensa belga cuestionaba el origen de su exorbitante fortuna y propiedades en Miami, en la Costa Azul, Francia, y en Tervueren, Bélgica, señalando que en una ocasión, en 1981, se vio enfrentado a una causa penal por defraudación en Bélgica. Asimismo, indicó que ante una solicitud del gobierno de Costa Rica para integrar a Przedborski en la sede de la UNESCO, en París, el Ministerio de Francia habría rechazado la postulación debido a las polémicas actuaciones de dicho funcionario. Estas cuestiones aparecieron en distintos artículos publicados por el diario "La Nación" de Costa Rica (ver artículo del 25 de mayo de 1995, *Nexo tico en escándalo belga,* "La Nación Online", y artículo del 13 de diciembre de 1995, *Polémico diplomático en la mira,* "La Nación Online").

La Corte, al decidir, adelantó que no analizaría si los artículos publicados constituían un delito determinado de conformidad con la legislación costarricense, sino si a través de la condena penal (y sus consecuencias) puesta al señor Mauricio Herrera Ulloa y la condena civil impuesta, el Estado vulneró o restringió el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención. La respuesta fue afirmativa.

Al resolver la cuestión de fondo, la Corte Interamericana señaló que "las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. Para la Corte, "el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público"[34].

La Corte prestó especial atención a que el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que "el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa". La Corte Interamericana entendió que ello significaba que el juzgador costarricense no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos indicados en las publicaciones europeas. Para la Corte, esa exigencia "entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención"[35] toda vez que "produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibidor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad"[36].

En definitiva, la Corte entendió que Costa Rica violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor

34 Caso "Herrera Ulloa", párrs. 128-129.
35 *Ibídem,* párr. 132.
36 *Ibídem,* párr. 133.

Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo[37].

Es importante destacar el impacto de esta decisión en la jurisdicción interna, ya que una vez notificada la decisión de la Corte IDH, el Tribunal costarricense que había impuesto la condena penal decidió revocarla, junto a sus efectos, para dar cumplimiento a la decisión internacional[38].

El segundo caso sobre la misma materia es el caso "Canese"[39].

Ricardo Canese fue procesado y condenado por el delito de difamación como consecuencia de expresiones formuladas en agosto de 1992 cuando era candidato presidencial en Paraguay. Sus declaraciones cuestionaban a otro candidato, Juan Carlos Wasmosy, como "prestanombre" de la familia del ex dictador Stroessner en la empresa CONEMPA. Algunos de los socios la empresa presentaron una querella criminal en contra de Canese por delitos de calumnias e injurias. El señor Canese fue condenado en primera instancia el 22 de marzo de 1994. Apeló y la sentencia fue confirmada el 4 de noviembre de 1997, imponiéndosele una pena de dos meses de penitenciaría y una multa. Como consecuencia del proceso penal, fue sometido a restricciones de salida del país por más de 8 años. El 11 de diciembre de 2002, con posterioridad a la interposición de la demanda de la Corte IDH, la Corte Suprema de Justicia acogió un recurso de revisión interpuesto por el señor Canese en el que anuló las sentencias en su contra. A este respecto, la Corte IDH destacó en la sentencia la importancia de esta decisión de la Suprema Corte paraguaya pero hizo notar que "los hechos generadores

37 El presidente de la Corte, juez Sergio García Ramírez, emitió un voto concurrente razonado que amplía notoriamente el argumento sobre la inconveniencia de la sanción penal en este caso.

38 La decisión fue la siguiente: "Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a las once horas con cuarenta y tres minutos del veinticuatro de agosto del dos mil cuatro. Con motivo de la sentencia de 2 de junio de 2004 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este Tribunal resuelve: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 2 de junio del año en curso, dejó sin efecto en todos sus extremos —incluyendo los alcances que la misma tiene respecto de terceros—, la sentencia dictada por este Tribunal a las 14 horas del 12 de noviembre de 1999. En virtud de lo anterior, se ordena: a) cancelar la inscripción del juzgamiento del señor Mauricio Herrera Ulloa visible en el asiento #01, tomo #136, folio #395 del Registro y Archivo Judicial; b) dejar sin efecto el pago de trescientos mil colones que debía cancelar don Mauricio por la pena de multa impuesta; c) dejar sin efecto la orden de publicación del "Por Tanto" de dicha sentencia en el periódico La Nación, en la sección denominada "El País"; d) dejar sin efecto la orden de retiro, por parte del periódico La Nación, del enlace existente en La Nación Digital, que se encuentra en Internet entre el apellido Przedborski y los artículos querellados; e) dejar sin efecto la orden impartida a La Nación para que estableciera una "liga" en La Nación Digital entre los artículos querellados y la parte dispositiva de la sentencia; f) dejar sin efecto el pago de las costas procesales y personales y g) dejar sin efecto el pago de sesenta millones de colones por concepto de daño moral causado. En relación a los puntos 5 a 13 de la parte dispositiva del fallo *supra* citado, por no ser resorte del tribunal su cumplimiento, deberán los interesados acudir a la vía correspondiente. Notifíquese. Lic. Elizabeth Tosi Vega, Lic. Ornar White Ward y Lic. Marta Muñoz Delgado. Jueces de Juicio".

39 Corte IDH, caso "Ricardo Canese", Sentencia de 31 de agosto de 2004.

de las violaciones alegadas se cometieron durante el proceso penal seguido en contra de la presunta víctima hasta la emisión de la sentencia absolutoria el 11 de diciembre de 2002. La Corte debe recordar que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios. Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado por supuestas violaciones a la Convención Americana, tal como el presente que se inició en el sistema interamericano en julio de 1998[40]. Es por ello que la sola emisión de las mencionadas decisiones por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay en agosto y diciembre de 2002 no pueden ser consideradas por la Corte como elementos para dejar de conocer sobre las alegadas violaciones a la Convención Americana supuestamente ocurridas con anterioridad a su emisión"[41].

Al referirse al artículo 13 de la Convención, la Corte IDH repasó las dos dimensiones que engloba el derecho en cuestión y resaltó, una vez más, lo que he llamado el "estándar democrático". Conectado con esto último, fue novedosa la valoración que hizo el Tribunal con relación a las expresiones vertidas durante períodos electorales, considerando que "en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión"[42]. Además, la Corte IDH consideró que es indispensable que "se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen

40 Cfr. caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, *supra* nota 2, párr. 75; y caso "Cinco Pensionistas", Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 130-141.

41 Caso "Canese", párr. 71.

42 *Ibídem,* párr. 88.

entre sí"[43]. Sin duda que estas manifestaciones de la Corte en el caso "Canese" han aumentado en buena medida todo lo dicho hasta esta sentencia respecto de la vinculación de la libertad de expresión con la democracia.

Pero el análisis de los límites a las responsabilidades ulteriores es el punto principal de esta sentencia. La valoración que hizo la Corte IDH respecto del proceso penal y la sentencia contra Canese, entendiendo que habían sido violatorios de su libertad de expresión, vino a reforzar y consolidar la jurisprudencia que había empezado en el caso "Herrera Ulloa".

En primer lugar, la Corte IDH hizo referencia a las restricciones permitidas en una sociedad democrática, para lo cual se valió del parámetro de "necesidad" elaborado en la OC-5. En segundo lugar, destacó el mayor margen de tolerancia que debe existir frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público[44] y conectado con ello, explicó que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas particulares que ejercen funciones de naturaleza pública deben gozar de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público. La consecuencia de ello fue insistir, como lo había hecho en la sentencia anterior, sobre el diferente umbral de protección del que gozan ciertas personas, no por sus cualidades personales, sino por lo que pueden involucrar las manifestaciones que sobre ellas se hacen. La Corte IDH dijo claramente que "tratándose" de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada".

Sobre estas bases, la Corte IDH estimó que en el proceso contra el señor Canese los tribunales debieron tomar en consideración el contexto de campaña electoral en el cual se habían producido las declaraciones, "ponderando el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública"[45]. Y a renglón seguido, la conclusión más importante: "El proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de

43 *Ibídem,* párr. 90.
44 *Ibídem,* párr. 97.
45 *Ibídem,* párr. 105.

la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana (…) Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario"[46].

Estas dos sentencias de la Corte IDH me permiten resaltar que ésta ha comenzado a delinear, tanto en el caso "Herrera Ulloa" —mediante el voto concurrente del Presidente— como en el presente caso "Canese", el argumento que pone en duda la utilización del derecho penal para imponer responsabilidades ulteriores compatibles con la Convención.

El presidente de la Corte se preguntó en su voto en el caso "Herrera Ulloa": "si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema (…) recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo". Esta pregunta, la siguió con una contundente apreciación teórica: "es preciso recordar que, en general —y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso—, prevalece la corriente favorable al denominado derecho penal "mínimo", es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado —la sociedad, mejor todavía—, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente —muy gravemente— contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes"[47]. Estas sugerencias formuladas en el citado voto concurrente aparecen reflejadas —aunque no con igual claridad— en la sentencia del caso "Canese": "corresponde al Tribunal determinar si, en este caso, la aplicación de responsabilidades penales ulteriores respecto del supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión a través de declaraciones relativas a asuntos de interés público, puede considerarse que cumple con el requisito de necesariedad en una sociedad democrática. Al respecto, es preciso recordar que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita"[48]. La pregunta en ambos casos es idéntica, y la apreciación teórica que le sigue es similar: la aplicación del derecho penal, en estos casos, resultaría inadecuada.

46 *Ibídem,* párrs. 106-107.

47 Caso "Herrera Ulloa", voto concurrente de Sergio García Ramírez, párrs. 14-15.

48 Caso "Canese", párr. 104.

Finalmente, es posible extraer algo más de ambas sentencias: no sólo la sanción penal puede constituir una responsabilidad ulterior indebida en los términos del artículo 13 de la Convención, sino que el proceso penal en sí mismo, en éstos casos, puede ser considerado igualmente una violación. Nótese que antes de comenzar el análisis jurídico de la cuestión, la Corte IDH dijo que debía determinar "si el Paraguay restringió o no indebidamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, como consecuencia *del procedimiento penal,* de las sanciones penales y civiles impuestas, así como de las restricciones para salir del país a las que se vio sometido durante ocho años y casi cuatro meses"[49]. Y al decidir, dijo que "*el proceso penal,* la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país (…) constituyeron una sanción innecesaria". La Corte IDH bien pudiera haberse referido sólo a la condena, pero no lo hizo: destacó todos los momentos procesales como violaciones a la libertad de expresión de Ricardo Canese[50].

En el año 2005, la Corte Interamericana dicta sentencia en un nuevo caso, el caso "Palamara"[51]. En lo que se refiere a la violación del artículo 13 de la Convención, sintéticamente

49 *Ibídem,* párr. 76.

50 No existe en el sistema interamericano jurisprudencia que hubiera tratado un caso individual en el cual los hechos constitutivos de la violación fueran un proceso penal sin condena. Sin embargo, es importante tener presente que la CIDH decidió la admisibilidad de un caso en esas condiciones (Inf. núm. 71/02, "Santander Tristán Donoso v. Panamá", 24 de octubre de 2002). La CIDH entendió que, en el caso, "el Estado no ha alegado las razones por las cuales el proceso penal que se adelanta en contra del señor Tristán Donoso por los delitos de calumnias e injurias es el recurso *adecuado y eficaz* para remediar la violación alegada del artículo 13 de la Convención". En consecuencia, decidió admitir la petición.

51 Corte IDH, "Caso Humberto Palamara Iribarne v. Chile", Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Tal como se desprende de la propia sentencia, los hechos del caso se reflejan en los expuestos por la CIDH al demandar al Estado chileno: "La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 21 (Derecho a la Propiedad Privada) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la misma, en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne. Los hechos expuestos en la demanda se refieren a la supuesta prohibición, en marzo de 1993, de la publicación del libro del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne, titulado *Ética y servicios de inteligencia,* 'en el cual abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos'; la presunta incautación de los ejemplares del libro, los originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electroestática de la publicación, todo efectuado en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro; así como la supuesta eliminación del texto íntegro del libro del disco duro de la computadora personal que se encontraba en el domicilio del señor Palamara Iribarne, y a la incautación de los libros que se encontraban en dicho domicilio. Según lo indicado por la Comisión 'el señor Palamara Iribarne, oficial retirado de la Armada chilena, se desempeñaba en el momento de los hechos como funcionario civil de la Armada de Chile en la ciudad de Punta Arenas'. La Comisión indicó que al señor Palamara Iribarne 'lo sometieron a un proceso por dos delitos de desobediencia y fue condenado por ello', y 'dio

la Corte tenía que decidir dos cuestiones: 1) Si la prohibición de censura previa que trae el artículo 13.2 tiene sólo la limitación del 13.4; y 2) Si los delitos de desacato son incompatibles con el artículo 13. Los argumentos de la Corte responden a esas dos cuestiones.

Respecto del primer punto, en esta sentencia la Corte esquivó decir claramente que la censura previa es permitida únicamente bajo los supuestos del inciso 4 del artículo 13[52]. Como se dijo más arriba, esto era lo establecido en el caso "La última tentación de Cristo". "Palamara" es un caso fácticamente más complejo para dilucidar los límites a la censura previa. Desde la lógica más elemental, si un militar adquiere conocimiento de ciertos secretos que realmente hacen a la seguridad nacional y decide publicarlos, parece claro que el Estado debería tener la potestad de impedirlo, no sólo sancionarlo después. Por ejemplo, si durante un conflicto armado, un militar decide publicar la ubicación de las tropas o los arsenales bélicos, es razonable que se le impida hacerlo. Sin embargo, la lectura que hasta "Palamara" había dado la Corte es que la censura previa es sólo admitida para los casos del inciso 4, por lo que la situación del militar planteado quedaría fuera.

La Corte en "Palamara" dijo que no analizaba si había o no confidencialidad que Palamara debía guardar, porque se demostró que su libro era de interés público y además no se basaba en cuestiones que Palamara había adquirido en razón de su cargo en la marina. La pregunta es entonces, ¿qué hubiera pasado si esa no hubiese sido la situación? ¿Hubiera sido posible la censura previa? Mi opinión es que aun cuando la Corte puede confundir al decir que no analiza la cuestión del deber de confidencialidad (en realidad, si no se puede censurar aun en esos casos el comentario de la Corte confunde al lector), la respuesta está en las palabras de la Corte cuando afirma que la violación del deber de confidencialidad puede acarrear responsabilidades posteriores pero en ningún lugar hace referencia a posibilidad de restricción o censura previa[53].

---

una conferencia de prensa producto de la cual fue procesado y en definitiva condenado por el delito de desacato'" (párr. 2 de la sentencia).

52 Dijo en cambio cuestiones importantes que seguramente tendrán impacto en futuras decisiones. Por ejemplo, en los párrs. 72-73 afirmó:

"72. Tal como ha establecido la Corte, 'la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles', por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones.

73. En el presente caso, para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información".

53 Caso "Palamara", párr. 77: "El Tribunal entiende que puede ocurrir que los empleados o funcionarios de una institución tengan el deber de guardar confidencialidad sobre cierta información a la que tienen acceso en ejercicio de sus funciones, cuando el contenido de dicha información se encuentre cubierto por el referido deber. El deber de confidencialidad no abarca a la información relativa a la institución o a las funciones que ésta realiza cuando se hubiere hecho pública. Sin embargo, en ciertos casos, el incumplimiento del deber de confidencialidad puede generar responsabilidades administrativas, civiles

Respecto de los delitos de desacato, también la Corte da en "Palamara" una interpretación final positiva y acorde con lo que venía sosteniendo la CIDH desde 1994[54]. Al leer la decisión, se advierte que constantemente la Corte hace referencia "al presente caso" y a la "desproporción" de la reacción estatal. Hasta allí, los argumentos de condena por violación al artículo 13 de la Convención siguen la línea de "Canese" y "Herrera Ulloa", incluso con la cuestión del diferente umbral a aplicar en los casos de expresiones sobre interés público. Hasta el párrafo 88 de la sentencia de la Corte, nada nuevo bajo el sol. Pero a partir de párrafo 89[55], la Corte gira un poco su línea argumental y termina pidiendo a Chile la derogación del delito de desacato que queda subsistente en la legislación. Culmina en el párrafo 95 con la oración más clara que trae el fallo: "Asimismo, al haber incluido en su ordenamiento interno *normas sobre desacato contrarias al artículo 13 de la Convención,* algunas aún

o disciplinarias. En el presente caso no se analizará el contenido del deber de confidencialidad debido a que ha quedado demostrado que para escribir el libro *Ética y servicios de inteligencia* el señor Palamara Iribarne había utilizado información proveniente de 'fuentes abiertas'" (*supra* párr. 63.23).

54 Ver *supra* nota 3.

55 Los párrafos que me parecen más relevantes son los siguientes:

"88. La Corte estima que en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (…)

92. La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de 'amenaza' a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los Órganos públicos y sus integrantes.

93. Además, este Tribunal observa que la modificación legislativa establecida por medio de la ley 20.048 no abarcó todas las normas que contemplan el delito de desacato, ya que se conserva su tipificación en el Código de Justicia Militar. De esta forma se continúan estableciendo sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros y se contempla una protección mayor a las instituciones militares y sus miembros de la que no gozan las instituciones civiles en una sociedad democrática, lo cual no es compatible con el artículo 13 de la Convención Americana".

vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención" (destacado agregado).

Para concluir: nótese que el incumplimiento del artículo 2 de la Convención no se encontró ni en "Canese" ni en "Herrera Ulloa". ¿Cuál es la diferencia? Una respuesta posible es la siguiente: tanto en "Canese" como en "Herrera Ulloa", se ventilaban cuestiones referidas a delitos de calumnias, injurias, o dicho de manera genérica, de difamación tipificada penalmente. La Corte no encontró que esas leyes fueran contrarias al artículo 13 de la Convención, sin perjuicio de que la violación había sido consecuencia de su desproporcionada aplicación y sin perjuicio de los argumentos vertidos especialmente por el presidente de la Corte en "Herrera Ulloa" que se explicó más arriba. En "Palamara" el tipo penal es el de desacato, y aquí sí, la Corte sin ninguna duda pidió su derogación.

V. Conclusiones

El período 1994-2004 tiene un saldo positivo en lo referido a interpretación del derecho a la libertad de expresión por parte de los órganos del sistema interamericano.

Como he explicado más arriba, con anterioridad a 1994, la jurisprudencia del sistema era escasa. Aunque el impacto de la OC-5 en las recomendaciones de la CIDH fue indudable, sólo aquella opinión consultiva conformaba la jurisprudencia de la Corte IDH. Pero desde 1994, hay una suerte de evolución que no había ocurrido en los 10 años anteriores.

En 1995, la CIDH publicó el informe sobre la incompatibilidad de los delitos de desacato con la libertad de expresión. A partir de allí, aumentaron las recomendaciones en casos individuales sobre libertad de expresión tratados por la Comisión. En 1997, se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que comenzó a funcionar a finales de 1998. Desde ese momento, el sistema cuenta con los informes de esa Relatoría, tanto generales como específicos (ya sea por países o por temas). En el año 2000, la CIDH aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que se está asentando como una guía interpretativa en el sistema interamericano.

En febrero de 2001, la Corte decide los primeros casos donde la libertad de expresión era el centro de la discusión. Temas como la prohibición de censura previa y la evaluación de medios indirectos violatorios de la libertad de expresión quedan impresos en la interpretación que se dio al artículo 13 de la Convención. Y, finalmente, en 2004, la Corte decidió otros dos casos, en los cuales el foco de atención fue la interpretación de la imposición de responsabilidades ulteriores de índole penal a expresiones de interés público, resolviendo que en esos casos se había violado la libertad de expresión.

Para completar el balance, es necesario revisar también la situación en cuanto a las modificaciones de la legislación o prácticas judiciales que han operado a nivel del derecho interno de los Estados. Tomemos, por ejemplo, el delito de desacato: más allá de la importancia de la decisión de la Corte en el caso "Palamara" antes descrito, a partir de 1994, varios países

han derogado el delito de desacato de su legislación, comenzando por Argentina. Las leyes de difamación criminal cuando son utilizadas de igual modo que el delito de desacato, también están siendo discutidas: existen proyectos al respecto en Argentina, Costa Rica, y en 2004 El Salvador modificó su Código Penal en este sentido. Por supuesto que hay todavía países que mantienen en su legislación el delito de desacato, o que se siguen utilizando los delitos de calumnias, injurias o difamación para los mismos fines. Pero en esta última década se ha instalado una discusión que antes no existía, y los logros en muchos Estados ya están plasmados en sus leyes o decisiones judiciales.

Otro ejemplo es la vinculación del derecho al acceso a la información pública con el ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión colectiva. La CIDH por intermedio de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha dado especial tratamiento y recomendaciones generales sobre esta cuestión[56]. A partir del año 2002 se han acelerado las reformas legislativas en ese sentido, y son varios los países que han adoptado legislación específica. En materia de jurisprudencia de la Corte, es importante notar que al momento de escribir este artículo, el máximo Tribunal Interamericano conocerá un caso específicamente sobre la posible violación a este derecho[57]. Esta decisión de la Corte ampliará aún más su jurisprudencia en materia de libertad de expresión.

Los cambios producidos en esta década son notables, pero es necesario consolidarlos y profundizarlos. En muchos de nuestros países pervive una fuerte cultura autoritaria que no admite la pluralidad en las discusiones y el debate abierto y desinhibido. También una cultura de "secretismo" flota en el aire de las administraciones públicas. La libertad de expresión estará afianzada en nuestro hemisferio cuando esas prácticas se destierren. Las leyes y las decisiones judiciales respetuosas de los estándares internacionales pueden contribuir a ese proceso o pueden estar demostrando que ese proceso se está dando. Propongo entonces que hagamos un nuevo balance de lo sucedido durante la década que enfrentamos para ver los resultados.

VI. Bibliografía

Abregú, Martín y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997.

Bertoni, Eduardo, "El derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en Martín, Claudia, Rodríguez

56 Relatoría para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Información Pública en las Américas, 2004.

57 Véase *First Freedom of Information Case Reaches Americas' Court,* comunicado de prensa de Open Society Justice Initiative, Nueva York, 14 de julio de 2005. Texto del comunicado con resumen del caso en *www.justiceinitiative.org/regions/lam.*

Pinzón, Diego y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos,* Universidad Iberoamericana y Distribuciones Fontamara, México, 2004.

Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión y democracia,* Gaceta núm. 14, CEJIL, 2001.

Bidart Campos, Germán, "La autocensura en la libertad de expresión", en El Derecho, t. 83.

CIDH, "Caso Humberto Palamara Iribarne v. Chile", Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

CIDH, caso "Herrera Ulloa", Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107.

CIDH, caso "Ricardo Canese", Sentencia de 31 de agosto de 2004.

CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.

Corte IDH, "Caso Ivcher Bronstein", Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74.

Corte IDH, caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.

Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, original: español, párr. 86.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.*

Organización de Estados Americanos, OEA, Carta Democrática Interamericana, adoptada en Asamblea General, Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

Sentencias de la Corte Interamericana sobre libertad de expresión[1]

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila Ordóñez

Sumario

I. Introducción. **II.** Análisis de Casos. **2.1.** Caso 1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001. **2.2.** Caso 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001. **2.3.** Caso 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004. **2.4.** Caso 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008. **2.5.** Caso 5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009. **2.6.** Caso 6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

I. Introducción

La Convención Americana de Derechos Humanos garantiza la libertad de pensamiento y expresión en su artículo 13, al señalar que toda persona tiene derecho a *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* sin sometimiento a censura previa, a excepción de los casos en los que se trate de protección a la infancia y adolescencia, o propagandas en favor de la guerra, la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la violencia contra una persona o grupo de personas.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos Contenciosos, Internet: *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) ha desarrollado este derecho en algunos casos que presentamos, mediante extractos, a continuación. La selección de casos responde a los siguientes criterios: relevancia, desarrollo del contenido del derecho determinado en el Art. 13, argumentación de parte del Estado, Comisión y Corte.

La intención de presentar estas sentencias es múltiple. En primer lugar, difundir la doctrina desarrollada por la Corte. En segundo lugar, demostrar que el derecho a la libertad de expresión es exigible. En tercer lugar, se ha transcrito las partes relevantes para poder apreciar el debate judicial y la argumentación de la Corte, que puede ser útil para los operadores de justicia y para las personas que litigan tanto a nivel nacional como internacional. En último lugar, para poder determinar el alcance y los límites del derecho a la libertad de expresión. En este último aspecto, la mayor problemática que se presenta respecto a este derecho se refiere a las responsabilidades ulteriores que se pueden generar cuando, en su ejercicio, se vulneran otros derechos o la reputación de los demás, o bien para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, circunstancias éstas que deben estar claramente establecidas mediante ley. Sin embargo, en la mayoría de conflictos, ha resultado ser que las responsabilidades ulteriores se presentan camufladas como censura previa o como mecanismo para restringir su ejercicio.

Se han seleccionado siete casos y cada extracto de caso tiene tres partes: (1) Introducción a la causa que consiste en una síntesis de los hechos del caso, para que se entienda el contexto fáctico del análisis jurídico de la Corte, (2) análisis jurídico del derecho a la libertad de expresión, que contiene los alegatos de la Comisión, el Estado y la argumentación de la Corte, y (3) la parte resolutiva exclusivamente con relación al Art. 13, que incluye lo resuelto en el aspecto reparatorio.

II. Análisis de Casos

2.1. Caso 1

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001 (*fondo, reparaciones y costas*)

2.1.1. Introducción de la Causa

El enero de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra la República de Chile que se originó en una denuncia recibida en la Secretaría de la Comisión en 1997 por la censura de la película "La última tentación de Cristo". La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Chile, de los artículos 13 (Libertad de pensamiento y de expresión) y 12 (Li-

bertad de conciencia y de religión) de la Convención. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, como consecuencia de las supuestas violaciones a los artículos antes mencionados, declare que Chile incumplió los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

2.1.2. Análisis Jurídico

Artículo 13 (Libertad de pensamiento y de expresión)

2.1.2.1. Alegatos de la Comisión

En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión **alegó** que:

> El artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile permite la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas. Además, el Poder Ejecutivo, a través del Consejo de Calificación Cinematográfica ha establecido en múltiples oportunidades censuras a la exhibición de películas. La prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, ratificada por la Corte Suprema de Justicia, viola el artículo 13 de la Convención, ya que ésta señala que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión no puede estar sujeto a censura previa si no a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias 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. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas. En este caso no se utilizó este tipo de restricción, sino que se censuró la obra cinematográfica en forma previa a su exhibición, a pesar de que en un inicio se permitió el acceso de la película a los mayores de 18 años, sin embargo, con posterioridad a esta calificación, los tribunales internos procedieron a prohibir su exhibición.
>
> El rechazo a la exhibición de la película se fundamentó en que supuestamente resultaba ofensiva a la figura, honor y reputación de Jesucristo, y por tanto afectaba a quienes peticionaron ante la Justicia, a los creyentes y "demás personas que lo consideran como su modelo de vida".

2.1.2.2. Alegatos del Estado

a. No tiene discrepancias sustantivas con la Comisión.

b. El presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en mensaje al Congreso, ha señalado la posición del Gobierno de Chile en contra de la censura previa.

c. El Gobierno no comparte la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile en el sentido de dar preferencia al derecho a la honra sobre el derecho a la libertad de expresión.

d. Un proyecto de reforma constitucional ya fue aprobado por la Cámara de Diputados. Dicho proyecto consagra como garantía constitucional la libertad de crear y difundir las artes sin censura previa y sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades; reemplaza la censura en la exhibición de la producción cinematográfica por un sistema de calificación de dicha producción; y elimina la censura en la publicidad de la producción cinematográfica.

2.1.2.3. Consideraciones de la Corte

El artículo 13 de la Convención Americana **dispone** que:

> 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.
>
> La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: 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. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la 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. En este sentido, 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. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos 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.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana.

2.1.2.4. Puntos Resolutivos

La corte, por unanimidad…

1. Declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. Declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

3. Declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

5. Decide, por equidad, que el Estado debe pagar la suma de US$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6. Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

2.2. Caso 2

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (*reparaciones y costas*)

2.2.1. Introducción de la Causa

El Estado privó arbitrariamente del título de nacionalidad al señor Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, Director y Presidente del Directorio del Canal 2 —Frecuencia Latina— de la televisión peruana, con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho Canal y de coartar su libertad de expresión, la cual se manifestaba por medio de denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de actos de corrupción.

La Comisión presentó esta demanda con el propósito de que la Corte decidiera si el Estado violó, en perjuicio del señor Baruch Ivcher Bronstein los artículos 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de pensamiento y de expresión), 20 (Derecho a la nacionalidad), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial), todos ellos en relación con el artículo 1.1 (Obligación de respetar los derechos) de la Convención.

2.2.2. Análisis Jurídico

Violación del artículo 13 (Libertad de pensamiento y de expresión)

2.2.2.1. Alegatos de la Comisión

En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión alegó que:

> a) La privación de la nacionalidad del señor Ivcher Bronstein no fue producto de una revisión rutinaria para verificar el estado de todos los expedientes de peruanos naturalizados; su finalidad primordial fue coartar el derecho del señor Ivcher a la libertad de expresión;
>
> b) El hecho de que el Canal 2, bajo la dirección del señor Ivcher, trasmitiera noticias críticas al Gobierno y de que, al ser separado aquél, los periodistas que producían dichos programas fueran despedidos, cesando así la transmisión de noticias de esa naturaleza, demuestra que la privación de la nacionalidad del señor Ivcher operó como un medio de represalia y sirvió para silenciar al periodismo de investigación;
>
> c) En el Perú se realizan prácticas represivas sistemáticas dirigidas a silenciar a periodistas de investigación que han denunciado irregularidades en la conducta del Gobierno, las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional;
>
> d) El ejercicio de la libertad de expresión en el Perú no está amparado, en la práctica, por garantías judiciales efectivas que permitan investigar, sancionar y reparar los abusos y crímenes contra periodistas;
>
> e) La evaluación en conjunto de los ataques al periodismo de investigación refleja la existencia de un plan dirigido a la persecución y el hostigamiento, por parte de los Servicios de Inteligencia, las Fuerzas de Seguridad y otras instituciones del Estado, de los periodistas de investigación.

2.2.2.2. Alegatos del Estado

No presentó argumento alguno sobre la materia.

2.2.2.3. Consideraciones de la Corte

El artículo 13 de la Convención Americana **dispone,** en sus numerales 1, 2 y 3, que:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El 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: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

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.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, 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. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la 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 la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos 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[2].

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención[3]. La importancia de este derecho destaca aún más al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.

Asimismo es fundamental que los periodistas que laboran en dichos medios gocen de la protección y de la independencia necesaria para realizar sus funciones

2 Cfr. Caso *"La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 66.

3 Cfr. Caso *"La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros), *supra* nota 6, párr. 67.

a cabalidad, ya que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad.

Así lo ha entendido este Tribunal, al señalar 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[4].
> La Corte Europea ha puesto énfasis en que el artículo 10.2 de la Convención Europea, referente a la libertad de expresión, deja un margen muy reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público[5]. Según dicho Tribunal,
>
> > los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública[6].
>
> En el contexto de los hechos señalados, esta Corte observa que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana, restringiendo no sólo el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino también afectando el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.
> Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

4 Cfr. *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 95, párr. 69.

5 Cfr. *Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra* nota 102, párr. 60.

6 Cfr. *Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, supra* nota 102, párr. 60.

2.2.2.4. Puntos Resolutivos

Por tanto, la Corte por unanimidad…

1. Declara que el Estado violó el derecho a la nacionalidad consagrado en el artículo 20.1 y 20.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

2. Declara que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

3. Declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

4. Declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

5. Declara que el Estado violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein.

6. Declara que el Estado incumplió la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. Decide que el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas.

8. Decide que el Estado debe facilitar las condiciones para que Baruch Ivcher Bronstein pueda realizar las gestiones necesarias para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., en los términos de la legislación interna.

9. Decide, por equidad, que el Estado debe pagar a Baruch Ivcher Bronstein una indemnización de US$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago por concepto de daño moral.

10. Decide, por equidad, que el Estado debe pagar a Baruch Ivcher Bronstein, como reintegro de las costas y gastos generados en la jurisdicción interna y en la jurisdicción internacional, la suma de US$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda peruana al momento de efectuar el pago.

11. Decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.

2.3. Caso 3

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*)

2.3.1. Introducción de la Causa

El Estado de Costa Rica emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó el artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho tratado, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser.

2.3.2. Análisis Jurídico

Violación del artículo 13, en relación con los artículos 1.1 y 2 (Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión)

2.3.2.1. Alegatos de la Comisión

Respecto del alcance del Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión y su rol dentro de una Sociedad democrática la Comisión **alega** que:

a) El art. 13 engloba dos dimensiones: la individual, que se realiza mediante el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ambas deben garantizarse simultáneamente. Los artículos del

periodista Mauricio Herrera Ulloa abarcaron ambas dimensiones de la libertad de expresión.

b) Las restricciones a la libertad de expresión deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido, y la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica; y

c) No es suficiente que la restricción de un derecho protegido en la Convención sea meramente útil para la obtención de un fin legítimo, "sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo".

2.3.2.2. Consideraciones de la Corte

El artículo 13 de la Convención Americana **dispone** 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 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 libertad 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.

En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.

Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa, dado que la restricción al ejercicio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo.

2.3.2.3. Puntos Resolutivos

Por tanto, la Corte por unanimidad **declara:**

1. Que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

2. Que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 de la misma, y en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

3. Que esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y por unanimidad, **dispone:**

4. Que el Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José.

5. Que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma.

6. Que el Estado debe pagar al señor Mauricio Herrera Ulloa, por concepto de reparación del daño inmaterial, la cantidad de US$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda costarricense

7. Que el Estado debe pagar al señor Mauricio Herrera Ulloa, por concepto de gastos para solventar su defensa legal ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad de US$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda costarricense.

8. Que ninguno de los rubros mencionados de este fallo podrán ser objeto de impuesto o tasa actualmente existente.

9. Que en caso de que el Estado incurriese en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada que corresponderá al interés bancario moratorio en Costa Rica.

10. Que las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales ordenadas quedan reemplazadas por las que se ordenan en la presente Sentencia.

11. Que el Estado deberá cumplir las medidas de reparación y de reembolso de gastos dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de ésta.

12. Que dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos señalados en el párrafo 206 de la misma.

13. Que la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma.

2.4. Caso 4

Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008 (*fondo, reparaciones y costas*)

2.4.1. Introducción de la Causa

El 23 de junio de 2007 los señores Gastón Chillier, Andrea Pochak, Santiago Felgueras y Alberto Bovino del CELS, y la señora Liliana Tojo de CEJIL, representantes de la presunta víctima presentaron su escrito. Alegaron que el Estado "ha violado el derecho de que gozan los individuos a expresar sus ideas a través de la prensa y el debate de asuntos públicos, al utilizar ciertos tipos penales como medio para criminalizar esas conductas. Agregaron que no se respetaron las garantías judiciales que integran el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por ello, solicitaron se declare al Estado responsable por la vulneración de los derechos consagrados en los artículos, 13, 8.1, 8.2.h y 25 de la Convención, todos ellos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

El 24 de agosto de 2007 el Estado presentó su escrito de contestación y "asumió su responsabilidad internacional" por la violación de los artículos 8.1 y 13 de la Convención;

* El 7 de mayo de 2007 el juez Leonardo A. Franco, de nacionalidad argentina, informó al Tribunal de su inhibitoria para conocer el presente caso. Esta inhibitoria fue aceptada ese mismo día por la Presidencia, en consulta con los Jueces de la Corte. En virtud de lo anterior, el 7 de mayo de 2007 se informó al Estado que, dentro del plazo de 30 días, podía designar un juez *ad hoc* para que participara en este caso. Dicho plazo venció sin que el Estado efectuara tal designación.

realizó algunas observaciones a la violación del artículo 8.2.h de dicho tratado y a la violación del derecho a ser oído por un juez imparcial:

> El Estado argentino asume responsabilidad internacional y sus consecuencias jurídicas, por la violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales de respeto y garantía, como así también de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos, de conformidad con los artículos 1 (1) y 2 de la Convención.
>
> Asimismo, el Estado argentino asume responsabilidad internacional y sus consecuencias jurídicas, por la violación del artículo 8 (1) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1(1) de dicho instrumento, en tanto el señor Eduardo Gabriel Kimel no fue juzgado dentro de un plazo razonable.

2.4.2. Análisis Jurídico

Artículo 13 (Libertad de pensamiento y de expresión)[7] y artículo 9 (Principio de Legalidad)[8] en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos)[9] y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)[10] de la Convención Americana

7 El artículo 13 de la Convención señala en lo pertinente 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 a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. […]

8 El artículo 9 de la Convención establece: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

9 El artículo 1.1 de la Convención establece que: "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".

10 El artículo 2 de la Convención dispone que: "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".

2.4.2.1. Alegatos de la Comisión

La Comisión solicitó a la Corte que "declare que el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias —incluida la sanción accesoria civil— a los que se vio sometido el señor Eduardo Kimel por realizar una investigación, escribir el libro y publicar información, necesariamente inhiben la difusión y reproducción de información sobre temas de interés público, desalentando además el debate público sobre asuntos que afectan a la sociedad argentina.

La Comisión solicitó a la Corte que determine que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales al incurrir en la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 13 (Libertad de Expresión) de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Asimismo, solicitó que se ordenaran determinadas medidas de reparación o se allane a las pretensiones de las partes señalando que la sanción penal al señor Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión y que la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento del artículo 2 de la Convención.

2.4.2.2. Alegatos de la Corte

La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos.

La Corte ha precisado las condiciones que se deben cumplir al momento de suspender, limitar o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención[11]. En particular, ha analizado la suspensión de garantías en estados de excepción[12] y las limitaciones a la libertad de expresión[13], propiedad privada[14], libertad de locomoción[15] y libertad personal[16], entre otros.

11 Cfr. *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.

12 Cfr. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, y *Caso Zambrano Vélez, supra* nota 11, párrs. 45 a 47.

13 Cfr. *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; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párrs. 68 y 79, y *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 88 a 91.

14 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein, supra* nota 12, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 145; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 17, párr. 93, y *Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 14, párr. 127.

Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa[17].

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario[18].

En razón de todo lo expuesto y teniendo en cuenta la confesión de hechos y el allanamiento del Estado, el Tribunal considera que éste violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel.

2.4.2.3. Puntos Resolutivos

Por tanto, la Corte por unanimidad **declara** que:

> 1. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y manifiesta que existió violación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel.
>
> 2. Acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 18 a 28 de esta Sentencia, y manifiesta que

15 Cfr. *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párrs. 113 a 135.

16 Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra* nota 17, párrs. 51 a 54.

17 Cfr. *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 12, párr. 120; *Caso Ricardo Canese, supra* nota 44, párr. 95, y *Caso Palamara Iribarne, supra* nota 12, párr. 79.

18 La sanción pecuniaria impuesta al señor Kimel ascendió a $ 20.000,00 (veinte mil pesos argentinos). Cfr. sentencia de 17 de marzo de 1999, *supra* nota 36, folio 138. Según el tipo de cambio vigente en ese momento, este monto era equivalente a la misma cantidad en dólares estadounidenses. Según lo afirmado por los representantes y no controvertido por el Estado, la ejecución de esta pena "importaría, sin más, [la] quiebra económica" del señor Kimel, quien "perdería todas sus pertenencias, y quedaría endeudado por un largu[í]simo período".

existió violación al derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Eduardo Kimel.

3. El Estado violó el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Eduardo Kimel.

4. Acepta el retiro de alegaciones de los representantes relativas al derecho a ser oído por un juez imparcial, contemplado en el artículo 8.1, al derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, consagrado en el artículo 8.2.h), y al derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

Y **decide,** por unanimidad que:

6. El Estado debe realizar los pagos de las cantidades establecidas en la presente Sentencia por concepto de daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 110, 119 y 133.

7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma.

8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia.

9. El Estado debe realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 125 de esta Sentencia, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la misma.

10. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 126 de la misma.

11. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (*supra* párrafos 18, 127 y 128) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

12. Supervisará la ejecución íntegra de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

2.5. Caso 5

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*)

2.5.1. Introducción a la causa

El caso se refiere a una serie de actos y omisiones, ocurridos entre octubre de 2001 y agosto de 2005, consistentes en declaraciones y actos de hostigamiento y agresiones físicas y verbales, así como obstaculizaciones a las labores periodísticas, cometidos por agentes estatales y particulares, en perjuicio de 44 personas vinculadas al canal de televisión Globovisión, entre periodistas, personal técnico asociado, empleados, directivos y accionistas, así como a algunas investigaciones y procedimientos penales abiertos o realizados a nivel interno en relación con esos hechos.

2.5.2. Análisis jurídico

2.5.2.1. Artículo 13.1 (Libertad de pensamiento y de expresión)

El artículo 13 de la Convención reconoce a todas las personas los derechos y libertades de expresar su pensamiento, de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, así como el derecho colectivo a recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La libertad de expresión, particularmente en asuntos de interés público, "es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática". No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población. Tales son las demandas del

pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

Es así como en el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana se reconoce que: "son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, los que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.

2.5.2.1.1. Alegatos de la Comisión

En sus Informes anuales e Informes sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, emitidos entre 2003 y 2006, la Comisión constató la existencia de un clima de agresión y amenaza contra la libertad de expresión y, en particular, contra la integridad personal de periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de la comunicación social. Al identificar las áreas de especial atención en la materia, la Comisión observó la existencia de actos de "amenazas, ataques y actos de hostigamiento, contra comunicadores sociales, especialmente aquellos que trabajan en la calle, así como también la falta de investigación en relación a dichas amenazas y ataques". También se refirió a la falta de investigación de tales actos e hizo notar que en varias oportunidades solicitó al Estado la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de periodistas, camarógrafos y fotógrafos atacados.

Entre las recomendaciones hechas por la Comisión en sus informes, destacó "mantener desde las más altas instancias del Gobierno la condena pública a los ataques contra los comunicadores sociales, con el fin de prevenir acciones que fomenten" la privación de la vida, ataques, amenazas e intimidaciones a aquéllos. La Comisión también recibió información sobre agresiones a medios y comunicadores fuera del contexto del conflicto político y social, un aumento de procesos penales en contra de comunicadores sociales y de actos que podrían configurar formas de restricción indirecta en el ejercicio de la libertad de expresión. La Comisión manifestó su preocupación porque esos hechos podían obstaculizar el libre ejercicio

del periodismo, tanto de los medios que se perciben como opositores, como los pertenecientes a los medios oficiales.

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, mediante sus comunicados e informes, ha hecho diversos señalamientos acerca de la situación en Venezuela y se ha referido a expresiones emitidas por altos funcionarios "que podrían considerarse amedrentadoras a los medios de comunicación y periodistas". Asimismo, refirió que esas declaraciones podían "contribuir a crear un ambiente de intimidación hacia la prensa que no facilita el debate público e intercambio de opiniones e ideas, necesarios para la convivencia en democracia".

Es oportuno recordar que en los períodos en que ocurrieron los hechos del presente caso, la Corte dictó varias resoluciones en que ordenó a Venezuela que adoptara medidas provisionales de protección a favor de personas vinculadas con medios de comunicación social. Durante esa época, la Corte constató varias veces el incumplimiento de las órdenes sobre medidas provisionales.

2.5.2.1.2. Alegatos de la Corte

En el presente caso, la Corte observa que la mayoría de los hechos alegados en la demanda como violatorios de los artículos 5 y 13 habrían sido cometidos por particulares, en perjuicio de periodistas y miembros de equipos reporteriles de Globovisión, así como de los bienes y sede del canal.

La Corte ha señalado que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos violatorios cometidos por terceros, que en principio no le serían atribuibles. Esto ocurre si el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes de derechos humanos, las obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La Corte también ha señalado que un Estado no es responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto de particulares. Debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato.

El Tribunal ha señalado que "es indispensable […] la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto a ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar".

2.5.2.2. Artículos 13.1 y 13.3 (Libertad de pensamiento y de expresión) y 24 (Igualdad ante la ley) en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

2.5.2.2.1. Alegatos de la Comisión

La Comisión consideró que los pronunciamientos del Presidente de la República y el Ministro del Interior y Justicia, en los que se refirieron a la línea informativa de los medios de comunicación privados en Venezuela, al uso del espacio radioeléctrico de propiedad estatal por Globovisión, y a vías de intervención que podría utilizar el Estado, "pueden tener el efecto de polarizar a la sociedad e influir mediante presiones arbitrarias los contenidos, las líneas informativas y, en general, las ideas y los pensamientos que transmite el medio de comunicación". Sostuvo que una fuerte crítica a la línea informativa del medio de comunicación, seguida de posibles consecuencias por mantenerla, proveniente de una autoridad con poder decisorio sobre ellas, de las cuales dependen las posibilidades reales de funcionar, constituyen formas de restricción indirecta a la libertad de expresión. Por ello la Comisión solicitó a la Corte que declare responsable al Estado por la violación del artículo 13.1 y 13.3 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

Los representantes coincidieron con lo anterior y señalaron que a partir del año 2001 el Presidente de la República y otros funcionarios estatales realizaron una serie de declaraciones "amenazando a las televisoras privadas —específicamente a Globovisión— con el cierre o revocatoria de las concesiones, como una sanción contra su línea editorial independiente y crítica al gobierno", las cuales en su criterio constituyen un mecanismo de presión y de restricción indirecta a la libertad de expresión e información de los medios privados críticos al gobierno nacional "y de todos los venezolanos".

Asimismo, afirmaron que las continuas y reiteradas amenazas de cierre de Globovisión constituyen "un supuesto claro de desviación de poder, contra Globovisión". Según los representantes, la motivación de estas amenazas de terminar o revocar la concesión de Globovisión nada tiene que ver con el régimen de las concesiones para las emisoras de televisión abierta ni con la interpretación del derecho administrativo aplicable, sino pretenden acallar un medio si continúa como un canal de televisión cuya independencia y expresiones críticas perturban el proyecto político del gobierno. Para los representantes esto es inaceptable en una sociedad democrática e incompatible con el sistema de principios y valores consagrado en la Convención, en la Carta de la OEA y en la Carta Democrática Interamericana.

La Comisión señaló cinco declaraciones del Presidente de la República y los representantes consideraron que otros dos pronunciamientos del Presidente de 9 de noviembre de 2003 y 16 de agosto de 2004, que se encuentran dentro del marco fáctico de la demanda, también deben ser analizados. Se refieren a la concesión con base en la cual operan los medios de comunicación y en algunas se menciona la posibilidad de cancelarla.

Además, los representantes señalaron cuatro pronunciamientos del Presidente realizados en el año 2006 y diez pronunciamientos de otras autoridades públicas entre 2006 y 2007

no contenidos en la demanda que a su entender permiten explicar los hechos reseñados en la misma y que evidenciarían que "el Presidente de la República y otros altos funcionarios no han dejado de amenazar a las televisoras independientes de Venezuela, con la no renovación o revocatoria de la concesión". Si bien en principio los hechos que expliquen y aclaren los contenidos en la demanda son admisibles la Corte considera que estas últimas declaraciones no son explicativas de esos hechos, toda vez que no hacen referencia a los mismos sino que son nuevas declaraciones, distintas y posteriores a las allí referidas.

Así, el 9 de noviembre de 2003 el Presidente sostuvo en referencia a cuatro canales de televisión privados que "en el momento en que pasen la raya de la ley serán cerrados indefectiblemente para asegurar la paz a Venezuela, para asegurarle a Venezuela la tranquilidad".

2.5.2.2.2. Alegatos del Estado

El Estado negó haber incurrido en una violación a la libertad de expresión y sostuvo, *inter alia,* respecto a los supuestos expresamente mencionados en el artículo 13.3 de la Convención como mecanismos indirectos de restricción, que "estas prácticas ilegales fueron frecuentes en Venezuela antes del año 1999; sin embargo, estas prácticas ilegales han sido proscritas por el Estado".

2.5.2.2.3. Alegatos de la Corte

El artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que "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". Una interpretación literal de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de "vías o medios indirectos" para restringirlas. La enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar "cualesquiera otros medios" o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías. Además, el artículo 13.3 de la Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también "controles... particulares" que produzcan el mismo resultado.

Este Tribunal estima que para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinja efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Las declaraciones señaladas, examinadas en el contexto en que se produjeron, contienen opiniones sobre la supuesta actuación o participación de Globovisión, o de personas vinculadas a éste, en eventos desarrollados bajo circunstancias de alta polarización política y con-

flictividad social en Venezuela, lo cual se halla fuera del objeto del presente caso. Independientemente de la situación o motivación que generaron esas declaraciones, en un Estado de derecho las situaciones conflictivas deben abordarse por medio de las vías establecidas en el ordenamiento jurídico interno y conforme a los estándares internacionales aplicables. En el contexto de vulnerabilidad enfrentado por las presuntas víctimas, ciertas expresiones contenidas en las declaraciones *sub examine* pudieron ser percibidas como amenazas y provocar un efecto amedrentador, e incluso autocensura, en aquéllas, por su relación con el medio de comunicación aludido.

2.5.2.3. Artículos 13.1 y 21 (Derecho de propiedad) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

El artículo 21 de la Convención establece:

> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
>
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
>
> 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

2.5.2.3.1. Alegatos del Estado

El Estado no presentó un alegato específico respecto de la alegada violación del derecho a la libertad de expresión en este sentido. En cuanto a la alegada violación del derecho a la propiedad, el Estado reiteró que los hechos y alegatos objeto del litigio internacional son aquellos delimitados en la demanda de la Comisión, por lo que solicitó que aquello no sea analizado. Además, alegó que no hay soporte probatorio de este alegato, pues la única prueba ofrecida serían los dichos de las presuntas víctimas. Manifestó que los mismos denunciantes han reconocido que los supuestos ataques en contra de bienes de Globovisión habrían sido perpetrados por personas desconocidas, de manera aislada.

Finalmente, el Estado alegó que los bienes que supuestamente sufrieron daños o incautación serían propiedad de una persona jurídica, esto es, Globovisión, siendo que la Convención es clara en cuanto a que los derechos tutelados son los de las personas humanas, bajo el artículo 1.2 de la misma.

2.5.2.3.2. Alegatos de la Corte

Respecto de la alegada violación del artículo 21 de la Convención, este Tribunal ha entendido en su jurisprudencia que la propiedad es un concepto amplio que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Este no es un derecho absoluto y puede ser objeto de restricciones y limitaciones. Ciertamente la Corte ha considerado en casos anteriores que, si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo número 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, eso no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pueda acudir al Sistema Interamericano para hacer valer sus derechos, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.

Una vez establecido el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de garantía (artículo 1.1) de los derechos consagrados en los artículos 5.1 y 13.1 de la Convención, y a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia del Tribunal sobre la naturaleza y alcances de la obligación de reparar, la Corte considerará las pretensiones de la Comisión y los representantes y los argumentos del Estado.

2.5.3. Puntos resolutivos

Por tanto, la Corte **declara,** por seis votos contra uno, que:

> El Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención de garantizar la libertad de buscar, recibir y difundir información y el derecho a la integridad personal, reconocidos en los artículos 13.1 y 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Alfredo José Peña Isaya, Aloys Emmanuel Marín Díaz, y otros en los términos y por las razones expuestas en la presente Sentencia. Además, el Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención de garantizar la libertad de buscar, recibir y difundir información, reconocida en el artículo 13.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ademar David Dona López, Carlos José Tovar Pallen, Félix José Padilla Geromes, Jesús Rivero Bertorelli, José Gregorio Umbría Marín, Wilmer Jesús Escalona Arnal, y Zullivan René Peña Hernández, en los términos y por las razones expuestas en esta Sentencia.
>
> No ha sido establecido que el Estado haya violado el derecho a igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
>
> No ha sido establecido que el Estado haya violado el derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, en los términos y por las razones señaladas.

No ha sido establecido que el Estado haya violado el derecho a buscar, recibir y difundir información, en los términos del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones señaladas.

Y **dispone,** por seis votos contra uno, que:

Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

El Estado debe adoptar las medidas necesarias para evitar restricciones indebidas y obstaculizaciones directas o indirectas al ejercicio a la libertad de buscar, recibir y difundir información de las personas que figuran como víctimas en el presente caso.

El Estado debe pagar la cantidad fijada en el párrafo 419 de la presente Sentencia, por concepto de reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo.

Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

2.6. Caso 6

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004 (*fondo, reparaciones y costas*)

2.6.1. Introducción de la Causa

El 12 de junio de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Paraguay debido la condena y las restricciones para salir del país impuestas al señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial durante el debate de la contienda electoral para las elecciones presidenciales del Paraguay de 1993. El señor Ricardo Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que "fue el prestanombre de la familia Stroessner en CONEMPA" (Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas). Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos. A raíz de estas declaraciones el señor Canese fue procesado y condenado en primera instancia y segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de US$1.400". Además como consecuencia del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país.

2.6.2. Análisis jurídico

Violación del Artículo 13 en relación con los Artículos 1.1 y 2 (Libertad de pensamiento y de expresión)

2.6.2.1. Alegatos de la Comisión

En cuanto al artículo 13 de la Convención, la Comisión **alegó** que:

> a) el artículo 13 de la Convención dispone claramente las limitaciones a la libertad de expresión, las cuales deben ser excepcionales. Asimismo, y sin perjuicio de la expresa prohibición de cualquier modo de censura previa, el artículo 13 también prevé la aplicación de responsabilidades ulteriores. La imposición de dichas responsabilidades resulta excepcional: deben estar fijadas por la ley y, además, ser necesarias para el respeto de derechos o la reputación de los demás, entre otros;
>
> b) "el libre discurso y debate político son parte esencial para la consolidación de la vida democrática de las sociedades". Dado el interés social imperativo que rodea a "este tipo de debates", las justificaciones permisibles al Estado para restringir la libertad de expresión en este ámbito son mucho más estrictas y limitadas, ya que el derecho a la libertad de expresión e información es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público;
>
> c) la libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción. Además, la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción;
>
> d) el artículo 13 de la Convención prohíbe la restricción a la libertad de expresión por vías o medios indirectos. Las sanciones penales como consecuencia de determinadas expresiones podrían ser consideradas en algunos casos como métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión.
>
> e) los tipos penales de calumnias, injurias y difamación tienden a proteger derechos garantizados por la Convención. El bien jurídico honor está consagrado en el artículo 11 de la Convención, por lo que no podría afirmarse que los tipos penales de calumnias e injurias vulneran la Convención. Sin embargo, en los casos en los que la sanción penal que se persigue se dirige a cuestiones de interés público o a expresiones políticas. La no punibilidad debería establecerse en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda

electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia;

f) al condenar al señor Ricardo Canese como consecuencia de la expresión de sus ideas, el Paraguay violó en perjuicio de éste la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención. Ello es así tanto si se considera la condena penal como una limitación indirecta a la libertad de expresión, dado el carácter intimidatorio que provoca, o como una limitación directa, dado que no es necesaria;

g) el Código Penal del Paraguay continúa siendo un instrumento utilizado para generar un "ambiente intimidatorio que inhibe las expresiones en cuestiones de interés público".

2.6.2.2. Consideraciones de la Corte

1) El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

La Corte ha señalado, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, 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 eso la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social que 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[19].

2) La libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática

La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85 hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

> la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia 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

19 Cfr. *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 15, párr. 108; *Caso Ivcher Bronstein.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; y *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.

> 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[20].

3) La importancia de la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una campaña electoral

La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

Al respecto, la Corte Europea ha expresado que:

> La libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos (ver, *mutatis mutandis, el Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía,* sentencia de 30 de enero de 1998, informes 1998-I, p.22, párr.46). Ellos representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por lo tanto, las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, como el solicitante, deben ser cuidadosamente examinadas por la Corte[21].

En el presente caso, al emitir las declaraciones por las que fue querellado y condenado, el señor Canese estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República.

20 Cfr. *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 15, párr. 112; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra* nota 114, párr. 70.

21 *Eur. Court H.R., Case of Incal vs. Turkey,* judgment of 9 June, 1998, Reports 1998-IV, para. 46.

4) Las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática

El proceso penal y la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y la restricción para salir del país aplicada durante ocho años y casi cuatro meses, hechos que sustentan el presente caso, constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral, respecto de otro candidato a la Presidencia de la República y sobre asuntos de interés público; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral. De acuerdo con las circunstancias del presente caso, no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal, pues se limitó desproporcionadamente la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima sin tomar en consideración que sus declaraciones se referían a cuestiones de interés público. Lo anterior constituyó una restricción o limitación excesiva en una sociedad democrática al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Ricardo Canese, incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana.

Asimismo, el Tribunal considera que, en este caso, el proceso penal, la consecuente condena impuesta al señor Canese durante más de ocho años y las restricciones para salir del país durante ocho años y casi cuatro meses constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Canese. Al respecto, después de ser condenado penalmente, el señor Canese fue despedido del medio de comunicación en el cual trabajaba y durante un período no publicó sus artículos en ningún otro diario.

Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Canese.

2.6.2.3. Puntos Resolutivos

Por tanto, la Corte **declara** por unanimidad que:

> 1. el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, en los términos de los párrafos 96 a 108 de la presente Sentencia;
>
> 2. el Estado violó el derecho de circulación consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, en los tér-

minos del los párrafos 119 a 135 de la presente Sentencia;

3. el Estado violó el principio del plazo razonable, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa consagrados, respectivamente, en el artículo 8.1, 8.2 y 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein;

4. el Estado violó el principio de retroactividad de la norma penal más favorable consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, en los términos de los párrafos 182 a 187 de la presente Sentencia.

Y **dispone** por unanimidad que:

Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

5. El Estado debe pagar la cantidad de US$ 35.000,00 (treinta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda paraguaya, por concepto de indemnización del daño inmaterial ocasionado al señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein.

6. El Estado debe pagar al señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein la cantidad total de US$ 5.500,00 (cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de las costas y gastos. De este monto total, la cantidad de US$ 1.500,00 (mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a los gastos en que incurrió el señor Canese Krivoshein ante la Comisión Interamericana y la cantidad de US$ 4.000,00 (cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América) corresponderá a las costas y gastos que el señor Canese Krivoshein deberá reintegrar a sus representantes por los gastos asumidos en el procedimiento internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

7. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutiva de la misma.

8. El Estado deberá cumplir las medidas de reparación y de reembolso de costas y

gastos dentro del plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia.

9. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Paraguay deberá rendir a la Corte un primer informe sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a esta sentencia.

IV

Instrumentos y doctrina internacional

Declaración conjunta del décimo aniversario: diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*

El Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el 3 de febrero de 2010 emitieron una declaración conjunta en la que señalaron los principales desafíos para la libertad de expresión en la próxima década.

Los relatores destacaron los avances registrados en el campo de la libertad de expresión durante la última década, pero también expresaron su preocupación por los enormes desafíos que aún persisten para el pleno ejercicio de este derecho. En particular enfatizaron los problemas que surgen por la existencia de sistemas jurídicos restrictivos, las presiones políticas, comerciales y sociales sobre los medios de comunicación, la falta de tolerancia al pensamiento crítico por parte de los gobiernos y la necesidad de implementar más y mejores mecanismos para lograr la inclusión al proceso comunicativo de los sectores excluidos.

Los retos más importantes mencionados en la Declaración se refieren a los siguientes asuntos: 1) la existencia de mecanismos ilegítimos de los gobiernos para controlar los medios de comunicación; 2) la existencia de leyes penales que criminalizan la crítica; 3) la creciente violencia contra periodistas y comunicadores; 4) la necesidad de reforzar la vigencia e implementación del derecho de acceso a la información; 5) la discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; 6) las presiones económicas que limitan la libertad de expresión; 7) la falta de un marco regulatorio que garantice la existencia, independencia y el adecuado sostenimiento de las emisoras públicas y comunitarias; 8) las restricciones desproporcionadas a la libertad de expresión en nombre de la seguridad nacional, 9) los riesgos

* Texto disponible en el sitio web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH: *http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/18-10sp.htm.*

que existen sobre las nuevas tecnologías y, en particular, sobre Internet; y 10) la urgencia de garantizar el acceso de todos a Internet.

En la reunión participaron representantes de Artículo 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión, y del Centro para la Libertad y la Democracia.

A continuación, la Declaración Conjunta.

Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión

DECLARACIÓN CONJUNTA DEL DÉCIMO ANIVERSARIO: DIEZ DESAFÍOS CLAVES PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA PRÓXIMA DÉCADA

El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Reunidos en Washington, D.C. el 2 de febrero de 2010, con la colaboración de *ARTÍCULO 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión (ARTICLE 19, Global Campaign for Free Expression) y el Centro para la Libertad y la Democracia (Centre for Law and Democracy);*

Recordando y reafirmando nuestras Declaraciones Conjuntas del 26 de noviembre de 1999, 30 de noviembre de 2000, 20 de noviembre de 2001, 10 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003, 6 de diciembre de 2004, 21 de diciembre de 2005, 19 de diciembre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 10 de diciembre de 2008 y 15 de mayo de 2009;

Enfatizando, una vez más, la importancia fundamental de la libertad de expresión, que incluye los principios de diversidad y pluralismo, tanto en sí misma como en cuanto herramienta esencial para la defensa de todos los demás derechos y elemento fundamental de la democracia;

Reconociendo que en los últimos diez años, desde la adopción de nuestra primera Declaración Conjunta en noviembre de 1999, se han logrado significativos avances encaminados a lograr el respeto de la libertad de expresión, incluso en lo que respecta al derecho de acceso a la información y al acceso masivo a Internet;

Preocupados ante los enormes desafíos que aún persisten para el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como la existencia de sistemas jurídicos restrictivos, presiones comerciales y sociales, así como la falta de tolerancia a la crítica de parte de los sectores que detentan el poder;

Advirtiendo que algunos de los desafíos históricos de la libertad de expresión aún no han sido abordados con éxito, y a la vez han surgido nuevos obstáculos como resultado de cambios tecnológicos, sociales y políticos;

Conscientes del gigantesco potencial que ofrece Internet como herramienta para ejercer la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información;

Atentos a las medidas adoptadas por algunos gobiernos para restringir el acceso a Internet y su negativa a reconocer el carácter único de este medio, así como a la necesidad de que las normas que lo regulen respeten la libertad de expresión y otros derechos humanos;

Destacando que, si bien en los últimos diez años se han incrementado notablemente los esfuerzos globales de protección y promoción de la libertad de expresión, resulta necesario que los gobiernos y otros actores oficiales, las organizaciones de derechos humanos y de la sociedad civil y los organismos de cooperación internacional presten más atención a estos esfuerzos;

Celebrando el significativo desarrollo de los estándares internacionales relativos a la promoción y protección de la libertad de expresión durante los últimos diez años alcanzado por las organizaciones internacionales y la sociedad civil;

Adoptamos, el 3 de febrero de 2010, la siguiente Declaración sobre Diez Desafíos Claves para la Libertad de Expresión en la Próxima Década:

1. Mecanismos ilegítimos de control gubernamental sobre los medios de comunicación

El ejercicio de facultades ilegítimas que permiten la indebida injerencia de los gobiernos en los medios de comunicación, pese a ser una modalidad histórica de restricción a la libertad de expresión, continúa representando un grave problema. Si bien este control se manifiesta de diversas maneras, algunos de los aspectos más preocupantes incluyen:

a) Influencia o control político sobre los medios de comunicación públicos, de modo que éstos funcionen como portavoces del gobierno en lugar de medios independientes encargados de fomentar el interés público.

b) Los requerimientos de registro para los medios impresos o para el uso o acceso a Internet.
c) El control directo del gobierno sobre el otorgamiento de licencias o la regulación de la radiodifusión, o la supervisión de estos procesos por un organismo que no mantiene, tanto en la ley como en la práctica, una real independencia respecto del gobierno.
d) El abuso en la distribución de la publicidad del Estado o en el ejercicio de otras facultades estatales para influir en la línea editorial.
e) La propiedad o control significativo de los medios de comunicación por parte de líderes políticos o partidos.
f) Los procedimientos abiertos contra medios de comunicación independientes basados en motivaciones políticas.
g) El mantenimiento de normas obsoletas —como las leyes de sedición o la exigencia de la "veracidad" de las noticias— destinadas a criminalizar las críticas al gobierno.

2. Difamación penal

Otra amenaza habitual a la libertad de expresión son las leyes penales que criminalizan la difamación, como las leyes de desacato, o las que penalizan la calumnia y la injuria. Pese a que la difamación ya ha sido despenalizada en cerca de diez países, estas normas aún continúan vigentes en otros Estados. Si bien todas las leyes que criminalizan la difamación son problemáticas, los principales rasgos de estas leyes que nos preocupan son los siguientes:

a) Estas normas no suelen exigir a quienes las invocan que prueben elementos claves del delito, como la falsedad de las afirmaciones y la intención dolosa.
b) Se trata de leyes que sancionan incluso declaraciones respecto de hechos verdaderos, la mera publicación de reportes fieles sobre declaraciones de entes oficiales, o la simple expresión de opiniones.
c) Algunas de estas leyes protegen la 'reputación' de organismos públicos, de símbolos patrios o del Estado mismo.
d) Estos regímenes jurídicos no exigen a las figuras y funcionarios públicos que muestren frente a la crítica un grado de tolerancia mayor al que se espera de los ciudadanos comunes.
e) En otras oportunidades, las leyes de difamación protegen creencias, escuelas de pensamiento, ideologías, religiones o símbolos religiosos, e ideas.
f) El uso del concepto de difamación colectiva para penalizar expresiones que no se encuadren en la categoría estrecha de instigación al odio.

g) La existencia de sanciones excesivamente severas, como penas de prisión o condenas en suspenso, pérdida de derechos civiles —incluyendo el derecho a ejercer el periodismo— y multas exorbitantes.

3. Violencia contra periodistas

La violencia contra periodistas continúa representando una amenaza muy grave para la libertad de expresión. En 2009 se registraron más asesinatos de periodistas por razones políticas que en cualquier otro año de la última década. Particularmente, se encuentran en riesgo los periodistas que cubren problemas sociales, incluyendo crimen organizado o narcotráfico, que critican al gobierno o a los sectores de poder, que cubren violaciones a los derechos humanos o corrupción, o que trabajan en zonas de conflicto. Reconociendo que la impunidad genera más violencia, estamos particularmente preocupados por lo siguiente:

a) Estas agresiones no reciben la atención que merecen y no se asignan recursos suficientes que permitan prevenirlas o —cuando se producen— investigarlas y juzgar a quienes las perpetran.
b) No se reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales para abordar estas agresiones, que no sólo suponen un ataque contra la víctima sino que además vulneran el derecho de las demás personas a recibir información e ideas.
c) La ausencia de medidas de protección para periodistas que han sido desplazados como resultado de estas agresiones.

4. Límites al derecho de acceso a la información

Durante los últimos diez años, el derecho de acceso a la información ha sido reconocido ampliamente como un derecho humano básico, incluso por los tribunales regionales de derechos humanos y otros organismos autorizados. Actualmente, existe una cantidad récord de países que han sancionado leyes que hacen efectivo este derecho. La adopción de cerca de 50 leyes en los últimos diez años demuestra que esta tendencia positiva continúa. No obstante, aún subsisten importantes desafíos. Las cuestiones que nos preocupan particularmente son:

a) El hecho de que la mayoría de los Estados no ha aprobado leyes que garanticen el derecho a la información.
b) Las leyes deficientes que se encuentran vigentes en numerosos Estados.
c) El enorme desafío que supone la implementación práctica del derecho a la información.

d) La falta de transparencia en torno a las elecciones, en un contexto electoral en el que la necesidad de transparencia es particularmente importante.
e) El hecho de que muchas organizaciones intergubernamentales no han hecho efectivo el acceso a la información respecto de la información que poseen en tanto organismos públicos.
f) La aplicación de leyes de reserva a periodistas u otras personas que no son funcionarios públicos, por ejemplo, para responsabilizarlos por publicar o diseminar información reservada que les ha sido entregada.

5. Discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

La igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, en tanto los grupos históricamente menos favorecidos —como mujeres, minorías, refugiados, personas indígenas y minorías sexuales— aún luchan para que se tengan en cuenta sus opiniones y para poder acceder a la información que les concierne. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Los obstáculos a la creación de medios de comunicación por grupos históricamente menos favorecidos.
b) El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes.
c) La ausencia de medidas de autorregulación adecuadas para abordar:
    i. La reducida proporción de miembros de los grupos históricamente menos favorecidos entre los trabajadores de los principales medios de comunicación, incluidos los medios públicos.
    ii. La cobertura insuficiente por parte de medios de comunicación y otras organizaciones de temas relevantes para los grupos históricamente menos favorecidos.
    iii. La difusión masiva de información estereotipada o peyorativa respecto de grupos históricamente menos favorecidos.

6. Presiones económicas

Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.
b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación.
c) El riesgo de que los beneficios de la transición a las frecuencias digitales sean absorbidos en gran parte por los medios existentes, y de que otros usos, como las telecomunicaciones, operen en detrimento de una mayor diversidad y acceso, y de los medios de interés público.

7. Apoyo a emisoras públicas y comunitarias

Las emisoras públicas y comunitarias pueden desempeñar un rol sumamente importante al ofrecer una programación de interés público y complementar el contenido ofrecido por las emisoras comerciales. De este modo pueden contribuir a la diversidad y responder a la necesidad de información del público. Sin embargo, ambas enfrentan obstáculos. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Los obstáculos cada vez más frecuentes al financiamiento público de las emisoras públicas.
b) La existencia de numerosos medios públicos que no tienen una misión pública claramente definida.
c) La falta de reconocimiento legal específico para el sector de las emisoras comunitarias sobre la base de criterios adecuados para dicho sector.
d) La decisión de no reservar frecuencias suficientes para las emisoras comunitarias ni crear mecanismos adecuados de financiamiento.

8. Seguridad y libertad de expresión

Si bien históricamente se ha abusado del concepto de seguridad nacional con el fin de imponer restricciones injustificadamente amplias a la libertad de expresión, este problema se ha agravado como resultado de los atentados de septiembre de 2001 y las consiguientes iniciativas de lucha contra el terrorismo. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las definiciones vagas y/o excesivamente amplias de términos clave como seguridad y terrorismo, así como de las actividades que se prohíben (como brindar apoyo

en materia de comunicaciones al "terrorismo" o al "extremismo"), la "apología" o "promoción" del terrorismo o extremismo, y la mera repetición de las declaraciones formuladas por terroristas.

b) El abuso de términos vagos con el fin de restringir expresiones críticas u ofensivas, como la protesta social, que no suponen incitación a la violencia.
c) Las presiones formales e informales a los medios para que no difundan información sobre terrorismo, con el argumento de que esto podría promover los objetivos de los terroristas.
d) El uso más amplio de técnicas de vigilancia y un menor control de los operativos de vigilancia, que inhiben la libertad de expresión y vulneran el derecho de los periodistas a proteger a sus fuentes confidenciales.

9. Libertad de expresión en Internet

El inmenso potencial que ofrece Internet como herramienta para promover el libre intercambio de información e ideas aún no ha sido aprovechado plenamente dados los esfuerzos de algunos gobiernos para controlar o limitar este medio. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La fragmentación de Internet a través de la imposición de cortafuegos (firewalls) y filtros, y de requisitos de registro.
b) El bloqueo estatal de sitios Web y de dominios que permiten el acceso a contenidos generados por usuarios o redes sociales, por razones sociales, históricas o políticas.
c) El hecho de que ciertas corporaciones que proveen servicios de búsqueda, acceso, mensajería instantánea, publicación u otros servicios de Internet no realizan esfuerzos suficientes para respetar el derecho de quienes usan esos servicios a acceder a Internet sin interferencias, por ejemplo, por razones políticas.
d) Las normas que permiten que ciertos casos, particularmente sobre difamación, puedan ser juzgados en cualquier sitio, lo cual conduce a una situación de "mínimo común denominador".

10. Acceso a tecnologías de información y comunicación

Si bien Internet ha ofrecido a miles de millones de personas posibilidades de acceso a la información y a herramientas de comunicación sin precedentes, la mayoría de los ciudadanos en todo el mundo aún no tienen acceso a Internet o sólo tienen un acceso limitado. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Las estructuras de precios que imposibilitan el acceso de los sectores pobres a Internet.
b) La omisión de extender la conectividad a todo el territorio, lo que deja a los usuarios rurales sin acceso.
c) La asistencia limitada a centros de tecnologías de la información y comunicación comunitarios y otras opciones de acceso público.
d) Esfuerzos insuficientes de capacitación y educación, en especial en sectores pobres, rurales y entre la población mayor.

Frank LaRue
Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión

Miklos Haraszti
Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación

Catalina Botero
Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión

Faith Pansy Tlakula
Relatora Especial de la CADHP sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información

Nota biográfica de autoras y autores

Ramiro Ávila Santamaría
Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); máster en Derecho por Columbia University (New York). Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar y la PUCE. Entre los libros que ha escrito y editado se encuentran *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario* (junto con José Valencia Amores, CICR, 2006); *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad* (PUCE, 2007); *Neoconstitucionalismo y sociedad* (MJDH, 2008); *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de doctrina y el derecho comparado* (MJDH, 2008); *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (junto con Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, MJDH, 2008); *La protección judicial de los derechos sociales (junto con Christian Courtis,* MJDH, 2009); *El género en el derecho. Ensayos críticos* (junto con Judith Salgado y Lola Valladares, MJDH, 2009); *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del Derecho Penal* (MJDH, 2009); *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (junto con María Belén Corredores, MJDH, 2010).

María Paz Ávila Ordóñez
Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador). Abogada de los Tribunales de Justicia de Ecuador por la Universidad del Azuay. Becaria de la Universidad del Azuay y de la Universidad Andina Simón Bolívar por mérito académico; asesora jurídica del Consultorio de la Universidad del Azuay; asistente de la Fiscalía Penal y de Antinarcóticos del Azuay; asesora del Consultorio Jurídico Avila&Avila asociados. Analista de proyectos de ley del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Coeditora del libro *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva compresión y protección* (junto con María Belén Corredores, MJDH, 2009) y coautora del *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del Derecho Penal* (junto con Ramiro Ávila Santamaría *et al.,* MJDH, 2010).

Eduardo Andrés Bertoni
Abogado por la Universidad de Buenos Aires y ex becario del Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York, donde realizó estudios de su especialidad. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde ha impartido cursos de grado y postgrado sobre libertad de expresión y derecho penal. Asesor legal en varias organizaciones no gubernamentales en su país. Fue asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina. Autor de varias publicaciones sobre el derecho a la libertad de expresión.

Catalina Botero Marino
Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. Abogada y estudios de posgrado en Gestión Pública y Derecho Administrativo por la Universidad de los Andes, Bogotá. Posgrado en Derechos Humanos del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, España; postgrado en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diploma y doctorado de Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad Carlos III de Madrid. Magistrada auxiliar, Corte Constitucional de Colombia. Autora, coautora y coordinadora de varias publicaciones.

Miguel Carbonell
Licenciado en Derecho por la UNAM, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, así como coordinador del Área de Derecho Constitucional del mismo instituto. Autor de 36 libros y coordinador o compilador de otras 42 obras. Ha publicado más de 370 artículos en revistas especializadas y obras colectivas de varios países de América y Europa. Coordinó las obras colectivas más importantes de México en materia jurídica: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada" (5 tomos), "Enciclopedia Jurídica Mexicana" (15 tomos), "Enciclopedia Jurídica Latinoamericana" (10 tomos) y "Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones" (25 tomos). Miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.

Alfredo Chirino Sánchez
Abogado de Universidad de Costa Rica. Realizó un curso superior de especialización en Ciencias Penales en la Universidad Complutense de Madrid. Maestría en Derecho (legum magíster) de la Universidad Johann- Wolfgang Goethe de la ciudad de Francfort del Meno, República Federal de Alemania (summa cum laude) y Doctor en derecho de la misma Universidad. Ha sido catedrático de la Universidad de Costa Rica, consultor del proyecto de ley de prensa (libertad de expresión y prensa) de Costa Rica, profesor invitado de diversas maestrías y doctorados a nivel centroamericano y costarricense, juez propietario del Tribunal de Casación Penal de II Circuito Judicial de San José, miembro del Consejo científico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Owen Fiss M.
Experto en derecho constitucional. Educado en las universidades de Dartmouth, Oxford y Harvard. Fue secretario letrado de la Corte Suprema de Estados Unidos y enseñó en las universidades de Chicago y Stanford. Actualmente es profesor de Derecho en la Universidad de Yale. Es autor de numerosos artículos y publicaciones, por ejemplo: "Liberalismo dividido", "Una comunidad de iguales", y "La ironía de la libertad de expresión", donde cuestiona las concepciones clásicas sobre libertad de expresión y reflexiona sobre el papel que el Estado puede y debe cumplir para garantizar un debate público robusto, plural y democrático. Es Doctor Honoris Causa por la Universidad de Palermo, Argentina, junio de 2008.

Roberto Gargarella
Abogado, sociólogo y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Ciencia política por la Flacso de Buenos Aires. *Master of Laws* y doctor en Jurisprudencia por la University of Chicago Law School. Estudios postdoctorales en el Balliol College, Oxford. Profesor e investigador de varias universidades de Europa, EE. UU. y Argentina. Ha publicado, entre otros libros, *The Scepter of Reason, La justicia frente al gobierno y Los fundamentos legales de la desigualdad;* coeditor de *Nuevas ideas republicanas y Razones para el socialismo.*

Gustavo Gómez Germano
Investigador uruguayo, consultor y profesor universitario. Director Nacional de Telecomunicaciones (DINATEL) del Ministerio de Industria, Energía y Minería de Uruguay. Especialista en marcos regulatorios y políticas públicas sobre radiodifusión, libertad de expresión y derechos a la comunicación. Profesor en la Carrera en Comunicación Social de la Universidad Católica del Uruguay. Fue director del Programa de Legislaciones y Derecho a la Comunicación de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) para América Latina y el Caribe. Ha realizado presentaciones sobre el derecho a la libertad de expresión ante los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corredactor de varias leyes y proyectos de ley relacionados con la libertad de expresión y medios de comunicación en Uruguay. Ha investigado, asesorado y elaborado recomendaciones sobre políticas públicas y marcos regulatorios en radiodifusión en varios países de América Latina y el Caribe, por invitación de gobiernos, Congresos y organismos internacionales.

Juan Fernando Jaramillo
Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Heildelberg, Alemania; magíster en Administración Pública por la Escuela Superior de Administración Pública de Speyer, Alemania; abogado por la Universidad Externado de Colombia. Ha estado dedicado al servicio público en entidades como la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la Universidad Nacional de Colombia, y a la investigación sobre temas electorales, derechos humanos y derecho constitucional. Miembro fundador del centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad,

Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Autor y coautor de libros y artículos sobre asuntos electorales, derecho constitucional y derechos humanos.

Frank La Rue
Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión. Ha trabajado sobre los derechos humanos durante los últimos 25 años. Fundador del Centro de Acción Legal para los Derechos Humanos, que se convirtió en la primera ONG de Guatemala para llevar los casos de violaciones de derechos humanos al sistema interamericano. Como activista de los derechos humanos, su nombre fue presentado al Comité del Premio Nobel en la categoría "Paz" 2004. Se desempeñó como comisionado Presidencial para los derechos humanos en Guatemala; asesor de derechos humanos ante el Ministro de Relaciones Exteriores de Guatemala; presidente de la Junta de Gobierno del Instituto Centroamericano de Ciencias Sociales y la Democracia; consultor de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

Marco Navas Alvear
Doctor en jurisprudencia, magíster en estudios latinoamericanos y Ph.D. en Ciencias Políticas de la Freie Universitaet Berlin (parte de la *German Excellence Initiative*). Docente de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE, y consultor de varias instituciones en temas de derechos humanos, democracia, reforma constitucional, ciudadanía y comunicación política. Ha publicado varios libros y artículos en Ecuador, Argentina, México, Alemania y España.

Roberto Saba
Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Doctor y máster en Derecho por la Yale Law School. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y Palermo. Ex director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (2001-2009); ex director Ejecutivo de la Fundación Poder Ciudadano, Capítulo Argentino de Transparencia Internacional (1995-1998). Senior Fellow, Ashoka Foundation. Director Académico del Centro de Estudios de Postgrado en Derecho de la Universidad de Palermo. Actualmente, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

Rodrigo Uprimny Yepes
Abogado por la Universidad Externado, maestría en sociología del desarrollo (Universidad de París I), doctorado en economía (Universidad Amiens, Francia) y diploma de posgrado en resolución de conflictos (Universidad de Uppsala, Suecia). Tiene larga trayectoria académica e investigativa. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia en temas constitucionales, de teoría del Estado y de derechos humanos. Profesor visitante de otras universidades colombianas (Andes, Santo Tomás, etc.) y extranjeras como la American University de Washington (Estados Unidos) o la Universidad de Grenoble (Francia). Fue ma-

gistrado auxiliar de la Corte Constitucional durante 11 años; ha sido perito de la Corte Interamericana. Actualmente es conjuez de la Corte Constitucional, profesor asociado de la Universidad Nacional. Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Ha publicado numerosos artículos y libros en temas constitucionales, de administración de justicia y de derechos humanos.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2011
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador

Esta obra recoge el trabajo de grandes pensadores y connotados juristas nacionales e internacionales comprometidos con la defensa de los derechos y la democracia, como lo son Eduardo Bertoni, Miguel Carbonell, Alfredo Chirino, Roberto Gargarella, Juan Fernando Jaramillo, Marco Navas, Rodrigo Uprimny, Owen Fiss, Roberto Saba y los Relatores para la libertad de expresión de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Frank La Rue y Catalina Botero respectivamente.

El libro se divide en cuatro partes. La primera presenta las características y fundamentos del derecho a la libertad de expresión. Comienza con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el propósito de presentar de manera resumida los principales temas que abordan los estándares internacionales en esta materia. En los demás artículos, los autores desarrollan temas clave como el constitucionalismo contemporáneo, la importancia y la incidencia del derecho en la estructura social, los fundamentos jurídicos, el derecho en el marco de la democracia y la relación compleja entre libertad de expresión y el uso de las leyes para evitar su abuso.

En la segunda parte se plantea la nueva agenda de la libertad de expresión, donde se presentan algunos desafíos relacionados con la distribución de frecuencias, la diversidad y pluralismo en los medios de comunicación, la censura previa y el alcance del Estado en el control o regulación del sistema mediático. En la tercera parte se expone la jurisprudencia generada en cortes tanto nacionales como internacionales en materia de libertad de expresión. Este capítulo inicia con la sentencia clásica de la Corte Suprema de los Estados Unidos, New York Times contra Sullivan, que marcó, sin duda alguna, un hito en la comprensión del derecho en el contexto de la democracia. Luego, se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha sido paradigmática en su función de máximo intérprete de la Constitución y de controlador de poderes y, por último, en el cuarto capítulo se presentan instrumentos y doctrina internacional.