

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



El estado de la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana



**El estado de la libertad de expresión
en Centroamérica, México
y República Dominicana**

IIDH
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



© 2005. Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Tecnología - UNESCO. Reservados todos los derechos.

323.443

I59e Instituto Interamericano de Derechos Humanos
El estado de la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana -- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

400 p. ; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 9968-917-46-X

1. DERECHOS HUMANOS 2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN
3. MÉXICO 4. REPÚBLICA DOMINICANA 5. AMÉRICA CENTRAL I. Título

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH y UNESCO.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Coordinación académica:

Diego Iturralde

Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas, IIDH

Marisol Molestina

Coordinadora de la Unidad de Información y Servicio Editorial, IIDH

Producción editorial, diseño y diagramación:

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH

Impresión:

Masterlitho

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955

e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación <i>Roberto Cuéllar M.</i>	7
La defensa de la libertad de expresión como razón y acción en el actuar de la UNESCO <i>Alejandro Alfonzo</i>	13
La promoción del derecho a la libertad de expresión en el trabajo del IIDH <i>Marisol Molestina y Diego Iturralde</i>	23
Propuesta de principios en materia de acceso a la información pública	65
Propuesta de criterios sobre la distribución de publicidad oficial en los medios de comunicación social	85
La propuesta de ley de la UNESCO para garantizar el libre acceso a la información pública en América Latina <i>Alejandro Alfonzo</i>	101
Una agenda para la libertad de expresión en la región <i>Montserrat Solano Carboni</i>	139
El estado de la libertad de expresión en Costa Rica <i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	177

El estado de la libertad de expresión en El Salvador <i>Carlos Rafael Urquilla</i>	211
El estado de la libertad de expresión en Guatemala <i>Aylín Ordóñez</i>	249
El estado de la libertad de expresión en Honduras <i>Rigoberto Cuéllar Cruz</i>	271
El estado de la libertad de expresión en México <i>Balbina Flores Martínez</i>	293
El estado de la libertad de expresión en Nicaragua <i>Oliver Bodán</i>	319
El estado de la libertad de expresión en Panamá <i>Salvador Sánchez</i>	345
El estado de la libertad de expresión en República Dominicana <i>Juan Bolívar Díaz</i>	385

Presentación

Roberto Cuéllar M.¹

A criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la *libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática; su ejercicio es indispensable para la formación de la opinión pública; y es en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. En esta medida una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.*

Aunque se han logrado avances, en América Latina la libertad de expresión no está plenamente garantizada en todos los países. Aun cuando los Estados americanos han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han adquirido esta clara obligación internacional, no han sido eficaces en su debida protección. Existen limitaciones judiciales, legislativas, administrativas y prácticas para el ejercicio efectivo de este derecho, y persisten, más allá de los periodos de gobiernos autoritarios, la persecución, las amenazas y agresión física a quienes informan a la ciudadanía sobre cuestiones de importancia pública.

El rol contralor de la corrupción y promotor de la transparencia que han venido asumiendo una buena parte de

¹ Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

los medios de comunicación social de la región, frente a una situación persistentemente débil de la administración de justicia y una crisis recurrente de la capacidad de representación de los partidos políticos, ha incrementado la importancia de los medios y por tanto la necesidad de asegurar la libertad de expresión, proteger a los trabajadores de los medios y potenciar los mecanismos legales de reclamación ante las violaciones.

El papel emergente de los medios de comunicación en la democracia es objeto de un agudo debate, principalmente debido a los riesgos que implica esta relación, para unos y otra, de cara al debilitamiento de los partidos políticos y el aumento de la desconfianza ciudadana en las instituciones de la democracia. Estos riesgos son cada vez más preocupantes debido al acelerado desarrollo de la tecnología de las comunicaciones y de su utilización en las campañas electorales, así como en la rendición de cuentas de los gobiernos a la ciudadanía. Son cada vez más críticos factores como el alto nivel de las inversiones en publicidad para las campañas electorales y el recurrente distanciamiento entre las ofertas de los candidatos y las prácticas de gobierno.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, esta relación cada día más estrecha entre los medios y la política involucra directamente la libertad de expresión y el derecho a la información, como las dos caras de una misma moneda, tal como lo señalan la normativa internacional e interamericana, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los principios de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, entre otros instrumentos; lo mismo que un buen número de normas y sentencias nacionales sobre la materia, que han consagrado firmemente la vinculación entre estos dos derechos.

En años recientes algunos países han dado pasos importantes para asegurar la libertad de expresión, como la derogatoria de ciertas figuras penales -el desacato y otras- que fueron utilizadas para amenazar y reprimir el ejercicio

de esta libertad. Se observan avances de una tendencia -legislativa y jurisprudencial- más garantista, que recoge el sentido de la norma interamericana al respecto y aprovecha los avances de la jurisprudencia en algunos casos que han resultado emblemáticos. Sin embargo, el nivel de reconocimiento de estos estándares, por parte de los mismos periodistas y otros actores sociales, es aun incipiente. Adicionalmente, están apareciendo nuevos mecanismos de presión sobre el trabajo de los comunicadores y de los medios. Ligados, de una parte, a factores económicos y, de otra, a factores de seguridad; en los dos casos, la proximidad de este tipo de presiones y amenazas con los ambientes políticos y electorales es bastante evidente y es necesario reflexionar sobre ello. Sobre el derecho a la información hay un menor desarrollo. La incorporación constitucional del *habeas data* en algunos textos constitucionales y la protección del derecho en sentencias de la jurisdicción constitucional de algunos países, está marcando el inicio de una tendencia de protección.

Los estudios del IIDH acerca del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la región, han aspirado siempre a confrontar experiencias de los países concernidos. En los debates clásicos han surgido enfoques en torno a situaciones que gravitarán en la futura discusión como son: el acceso a fuentes, el secreto profesional y las sanciones a las que se exponen en caso de sobrepasar la responsabilidad periodística. Después de más de tres décadas en las que el periodismo dio importantes batallas para la libertad y la transparencia en la función pública, la imagen que se tiene hoy de los medios y de sus empresas, así como del comunicador profesional, atraviesa un momento sensiblemente crítico en la región: manipulación de la información, falta de transparencia de algunos medios sobre su ideario y la fragilidad laboral de amplios sectores profesionales. Sumado a ese conjunto de aspectos, hay un vacío en la forja de la deontología profesional para fijar el objetivo en el periodismo libre y responsable.

Este es un trasfondo en que aseguramos estará orientado el futuro debate acerca del derecho a la libertad de expresión y de información, y en el que el IIDH debe abrir espacios; pero la ética ni se impone ni se legaliza. Lo que queremos decir, como ha insistido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por medio de la Relatoría, es que cualquier regulación del gobierno es el peor correctivo, si lo que se quiere es mejorar la libertad de prensa y de expresión, respetando la profesión del periodismo. La responsabilidad social del periodismo y de las empresas metidas en los medios de comunicación, es un compromiso institucional y personal que ha de reflejarse diariamente; debe realizarse en sus ediciones para fortalecer la democracia y esperamos que también abarque a la contribución para la vigencia de los derechos humanos. Hoy por hoy, vemos el aumento de más medios de comunicación en los puestos de prensa y en las ondas y frecuencias de radio y de televisión que tratan de pasar por periodismo de calidad; paradójicamente este surgimiento está acompañado de una baja a la credibilidad entre el periodismo. A pesar de que nadie niega que los problemas existen y que las malas prácticas se han vuelto frecuentes, ningún gobierno debe intervenir en la libertad de expresión, de opinión y mucho menos de pensamiento. Pero la opinión pública es determinante para la vida en democracia y si hay medios que cometen sistemáticas transgresiones e irregularidades, su credibilidad sale muy dañada. Un sistema de regulación debe nacer de la misma prensa; dentro de sus empresas deben darse normas profesionales claramente establecidas, teniendo en cuenta el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la propuesta que ha preparado la UNESCO a nivel universal.

La protección de la libertad de expresión por medio de estándares internacionales es, para el IIDH, un área de trabajo fundamental y, desde el año 2000, constituye un componente principal de la estrategia institucional. En el tema de la libertad de expresión y el derecho a la información, el Instituto se ha posicionado como uno de los referentes sobre la materia en el continente.

Pero para enfrentar y sobre todo para prevenir las violaciones contra la libertad de expresión no es suficiente el recurso de la jurisdicción internacional. Se necesitan además acciones de capacitación, promoción e investigación, tareas para las que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es el organismo especializado a nivel regional.

Desde 1996 hasta 1999, hemos desarrollado seis seminarios regionales sobre medios de comunicación y sociedad democrática, para Sudamérica, Centroamérica y El Caribe. A partir del 2000 se lleva adelante el proyecto *Sistema interamericano de derechos humanos y libertad de expresión*, en Venezuela y Paraguay, (Robert R. McCormick Foundation), consistente en un proceso de entrenamiento a jueces, legisladores y representantes de la sociedad civil. En 2001 se realizó el foro *Sistema interamericano de derechos humanos y libertad de expresión en Centroamérica* y, a partir de esta experiencia, se puso en marcha un extenso programa de diagnóstico, discusión y formulación de estándares sobre riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión que comprendió todos los países de Centroamérica y Panamá (Programa de Dinamarca pro Derechos Humanos para Centroamérica - PRODECA). Finalmente en 2003 se realizaron tres eventos de capacitación de periodistas sobre temas electorales en Guatemala (Open Society y Fundación Soros).

Además de estas acciones, el IIDH ha sostenido una rica línea editorial sobre la materia, se han publicado, entre otros, los siguientes títulos: *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica* (1994); *Revista Iudicium et Vita, Jurisprudencia nacional de América Latina en derechos humanos*, número 5, (1997), que recoge fallos de diversos tribunales latinoamericanos sobre libertad de expresión y derecho a la información; *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo X, (2000), con artículos doctrinarios sobre libertad de expresión y decisiones del sistema interamericano de derechos humanos; *La libertad de expresión amenazada, Venezuela*, (2001), en coedición con la Editorial Jurídica Venezolana; *Sistema interamericano de*

derechos humanos y libertad de expresión en Paraguay, (2002), y finalmente publicamos el libro Libertad de Expresión en las Américas: los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión (2003).

Enorme es nuestra satisfacción al presentar esta obra que, con el auspicio de la UNESCO, busca fortalecer y enriquecer este proceso de debate y reflexión sobre derechos humanos y libertad de expresión. En esta publicación se recogen los informes que fueron presentados en el foro *Sistema interamericano de derechos humanos y libertad de expresión en Centroamérica*, a los que se han sumado, a fin de dar una visión regional más amplia, los informes, resultado de nuevas investigaciones, de México y República Dominicana. Asimismo, contiene el resumen de dos propuestas marco para Centroamérica (sobre la distribución de publicidad oficial en los medios de comunicación social, y sobre el acceso a la información pública) y la propuesta de Ley Modelo de la UNESCO sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública en América Latina, que sin duda abonan a este proceso de reflexión. Consideramos que esta publicación constituye un importante esfuerzo por contribuir con el estudio y promoción del derecho a la libertad de expresión, y un ejemplo de las acciones que se pueden promover con el objeto de incidir positivamente en su efectiva vigencia en los países de la región.

La defensa de la libertad de expresión como razón y acción en el actuar de la UNESCO

*Alejandro Alfonzo*¹

Tenemos la firme convicción de que estamos entrando colectivamente en una nueva era que ofrece inmensas posibilidades; es decir, la era de la sociedad de la información y la expansión de la comunicación humana. En esta sociedad incipiente es posible generar, intercambiar, compartir y comunicar informaciones y conocimientos entre todas las redes del mundo. Si tomamos las medidas necesarias, pronto todos los particulares podrán colaborar para construir una nueva sociedad de la información basada en el intercambio de conocimientos y asentada en la solidaridad mundial y una mejor comprensión entre los pueblos y las naciones. Confiamos en que estas medidas abran una vía hacia el futuro desarrollo de una verdadera sociedad del conocimiento.

*Declaración de Principios de la Cumbre Mundial
de la Sociedad de la Información.
Ginebra, 12 de diciembre del 2003*

1. Al cumplir sus 60 años de fundada, la UNESCO ha reiterado su inalterable y cada vez más urgente compromiso con la instauración de la paz, la pluralidad, la tolerancia, así como la motivación y el amor por la búsqueda, obtención y

¹ Consejero de Comunicación e Información de la UNESCO para América Latina, sede San José.

difusión del conocimiento. De igual forma, sus acciones están dirigidas a estimular al debate serio, respetuoso, en especial ante el disenso y la diversidad, acerca de cualquier materia en su ámbito de competencia, y es, sin duda, uno de ellos la libertad de expresión como derecho humano fundamental y base de la cultura y del régimen democráticos.

En efecto, con vehemencia la UNESCO promueve y alienta el libre flujo de ideas e información mediante la palabra y la imagen, sin restricciones. Tal conducta de la Organización sigue siendo hoy más imperativa, así como vigente, debido a que, en la práctica, en el mundo cada vez más globalizado y por las características y la naturaleza de algunas realidades sociales, económicas y políticas marcadas por las conductas excluyentes, autoritarias e injustas de algunos regímenes y la falta de equidad en bastas regiones del mundo, no todos los individuos ni grupos tienen acceso a la justicia, la educación y la salud, pero tampoco a la información y a las fuentes, medios y mecanismos que la originan y distribuyen y, por tanto, se ven privados de expresar con entera libertad sus ideas, expresiones culturales, necesidades, demandas, y aun su derecho a disentir de cualquier acción, medida o actuación de los centros que detentan los poderes formales e informales en sus respectivos países. Estos conglomerados constituyen los marginados por razones étnicas, sociales, religiosas, económicas, como los grandes “desposeídos de información y comunicación” en el mundo.

La esencia del libro de cuya presentación se ocupa esta nota está constituida por el justificado afán y la válida preocupación de promover la reflexión sobre la libertad de expresión, así como el agregar nuevos testimonios de cómo esta se puede ver seriamente lesionada, amenazada y constreñida aun por disposiciones provenientes de actos legítimos en su forma. Por ello, lo pertinente del llamado de atención a la comunidad internacional del Director General de la UNESCO, Koïchiro Matsuura, en el sentido de que *los riesgos que afectan a los periodistas no se limitan a los*

existentes en tiempos de guerra. Traducir en hechos el principio de la libertad de prensa no es tarea fácil. A veces, esa libertad es reprimida por la ley y la acción coercitiva ejercida por la Policía y por los tribunales. En otras ocasiones es reprimida por la violencia, las amenazas y la intimidación ilegítimas².

De forma permanente los organismos pro defensa de los derechos humanos y, en particular, los que agrupan a los periodistas y propietarios, así como a directivos de los medios de comunicación, demandan para que la normativa legal sea promotora y fomentadora de la libertad de expresión de los ciudadanos y ciudadanas sobre todos los temas y asuntos públicos; de la defensa de la libertad de prensa pluralista e independiente, pero que también promueva, asegure y proteja el derecho a la comunicación de las gentes y el acceso de estas a todas las fuentes del conocimiento, la información, la cultura y la educación.

Por su parte, la UNESCO advierte acerca del surgimiento de riesgos y amenazas, ligados a la utilización de los nuevos medios de comunicación, como la incitación a la violencia, la intolerancia y el odio o el aumento de la ciberdelincuencia. Además, la concentración y las megafusiones cada vez más numerosas entre los grandes operadores de medios de comunicación pueden restringir la libertad de expresión y pensamiento e imponer límites a la libre circulación de las ideas y al acceso a la información³.

2. El trabajo que tenemos la satisfacción de comentar es el resultado de una inteligente y bien realizada investigación que llevó a cabo el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos (IIDH) como parte de un proyecto que, para una de sus etapas, contó con el apoyo financiero e institucional de la

² Matsuura, Koichiro. Mensaje con ocasión del Día Mundial de la Libertad de Prensa 2003 (versión en español). 3 de mayo del 2003.

³ Estrategia a plazo medio (220/2007): Contribución a la paz y al desarrollo humano en una era de mundialización mediante la educación, las ciencias, la cultura y la comunicación. Publicado en el 2002, París, págs. 47-48.

UNESCO mediante el Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación (PIDC). Esta iniciativa, que fue aprobada en el año 2004 por la Organización, se denominó *Fortalecimiento y promoción de la libertad de expresión y la libertad de prensa en Centroamérica, México y República Dominicana*. Los objetivos principales de esta actividad fueron la elaboración de dos estudios sobre el estado de la libertad de expresión en México y República Dominicana, así como la actualización de los diagnósticos que el IIDH ya había llevado a cabo en cada uno de los países de Centroamérica. Como complemento, el proyecto planteó y adelantó dos temas por demás relevantes: el acceso a la información pública y la distribución de la publicidad oficial a los medios de comunicación.

El IIDH, desde 1997, se ha involucrado en actividades para promover los contenidos y desarrollo del artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y es reconocido como institución clave especializada en el estudio y aplicación de este instrumento jurídico internacional. Entre las principales actividades del Instituto en el área de la comunicación cabe señalar las siguientes: (i) seis seminarios regionales sobre medios y sociedad democrática; (ii) dos proyectos pilotos para capacitación de jueces, legisladores, periodistas y representantes de la sociedad civil sobre el sistema interamericano de derechos humanos y libertad de expresión; (iii) seis ejercicios iniciales como ayuda a la definición e implementación de un sistema de indicadores para medir el progreso de la libertad de expresión en América Central.

3. El texto producido y editado por el IIDH en varios de sus apartes señala situaciones que contradicen el espíritu democrático y constriñen el ejercicio de la libertad de expresión, y específicamente la de prensa, así como el desenvolvimiento normal de los medios de comunicación en la región latinoamericana. Los diagnósticos en algunos casos detectaron serias restricciones y, en otros, acciones intimidatorias que reducen el libre funcionamiento de los medios.

Entre estas dificultades y anomalías, el IIDH anota:

- a) La existencia de previsiones legales –tales como normas de desacato– que exponen a los medios y a los periodistas a procedimientos legales por informar o expresar opiniones sobre la conducta y actuaciones de funcionarios públicos.
- b) La presencia de previsiones legales que permiten que informaciones de instituciones públicas puedan ser mantenidas ocultas o no ser puestas a disposición de cualquier ciudadano o medio de comunicación.
- c) Muchos jueces, abogados y otras autoridades de la administración de justicia ignoran normas internacionales, así como jurisprudencia, relativas a la libertad de expresión y de prensa.

A todo lo anterior debe agregarse la arremetida de la violencia contra diarios, estaciones de radio, canales de televisión y periodistas en América Latina, al punto de que en los últimos 17 años se han perpetrado, según el especialista Ricardo Trotti, de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), **289** asesinatos de periodistas en el desempeño de sus funciones. La mayoría de los crímenes se cuentan en Colombia, con 118. Le sigue México con 48, Brasil con 29, y Guatemala y Perú con 18 casos cada uno. Y lo peor de todo es que más del 95% de todos esos casos permanece en la impunidad⁴. La UNESCO, mediante inmediatas reacciones de su Director General, ha denunciado estas situaciones y ha protestado ante tales atentados contra los derechos humanos.

El aceptar de forma franca esta realidad y cooperar para cambiarla demanda tanto decisiones políticas como transformaciones democráticas de los sistemas, marcos jurídicos mediante mecanismos apropiados. Ello supone disposiciones y ordenamientos legales idóneos y, de manera urgente, reformas del Estado, que ubique o posibilite las condiciones

⁴ Trotti, Ricardo. Conferencia dictada en la *Reunión regional sobre asesinatos de periodistas e impunidad en América Latina: Vigencia de la Resolución 29 de la UNESCO*. Este encuentro fue organizado por la UNESCO y el Centro para la Libertad de Expresión de la República Dominicana (CLERD), con la cooperación de la Fundación Global Democracia y Desarrollo (FUNGLODE). Santo Domingo, República Dominicana, 12 y 13 de septiembre del 2005.

para que las sociedades y sus integrantes estén en mejor capacidad de responder adecuadamente y con propiedad a la compleja realidad del mundo actual. Es imperativo, además, el que se contribuya con decisión e inteligencia a la disminución de lo que algunos autores denominan la **brecha de la legitimidad** y que los Gobiernos deben fomentar mediante la protección de los derechos y *las libertades básicas de su pueblo, garantizar el Estado de derecho y permitir una amplia participación en los procesos políticos*⁵.

Interpretando las tremendas realidades que impone la globalización y los profundos cambios que están provocando las nuevas tecnologías de la comunicación e información, la UNESCO antes de las deliberaciones de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) que se realizó en Ginebra en diciembre del 2003, y durante ellas, insistió con toda su fuerza moral y sólida argumentación para que el tema de la libertad de expresión fuera establecido como base y eje de la Sociedad de la Información. Precisamente en un documento elaborado por la Organización poco antes de la Cumbre se expresaba que *la libertad de expresión, tal y como ha sido establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la condición sine qua non para la realización misma de la democracia y la participación por parte de los ciudadanos en un entorno democrático, para promover la diversificación, para el progreso científico y para la conservación de la paz. Efectivamente, la libertad de expresión y su corolario, la libertad de prensa, representan pilares de toda sociedad democrática. Ellas deben permanecer como una preocupación principal de la Sociedad de la Información, la cual debe crear nuevos enfoques para asegurar la libertad de expresión, el acceso para todos y el libre flujo de*

⁵ Stuart Eizenstat, John Edward Porter y Jeremy Weinstein. En “La reconstrucción de Estados débiles”, *Foreign Affairs en Español*, abril-junio 2005.

*información y conocimiento dentro del nuevo entorno de medios creado por los ICT*⁶.

4. De allí el llamado –y su acción– de la UNESCO para que se amplíen las posibilidades de interconexión entre individuos y comunidades y facilitar el acceso a la información, las ideas y el saber, para que las tecnologías de la información y la comunicación permitan que esos grupos superen la exclusión y salgan de su aislamiento. Asimismo, esas tecnologías aumentan y amplían las posibilidades de participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública y los procesos de decisión.

En la Declaración de Principios aprobada al final de la CMSI⁷ se hacen unas claras indicaciones en relación con este vital aspecto privilegiado por la UNESCO partiendo del principio de que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, y este incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Se afirman, por otra parte, los siguientes aspectos que son definitivos en cuanto a la vinculación que de manera esencial la Declaración establece entre la libertad de expresión con una Sociedad de la Información incluyente:

- La libertad de prensa y libertad de información, así como la independencia, el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación. También es importante la libertad de buscar, recibir, divulgar y utilizar la información para la creación, recopilación y divulgación del conocimiento.

⁶ Contribución de la UNESCO a la primera reunión del Comité Preliminar (1-5 de julio del 2002) de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Versión en español no oficial.

⁷ Resumen elaborado por el autor con base en la Declaración de Principios (WSIS -03/Geneva/DOC C/4-S. 12 de siembre del 2003. Original en inglés).

- El importante papel de los medios de comunicación tradicionales, en todas sus formas, y el apoyo que deben recibir de las tecnologías de comunicación e información.
- El fomento de la diversidad de regímenes de propiedad de los medios de comunicación, de acuerdo con la legislación nacional y habida cuenta de los convenios internacionales pertinentes.
- La necesidad de reducir los desequilibrios internacionales en materia de medios de comunicación, en particular en lo que respecta a la infraestructura, los recursos técnicos y el desarrollo de capacidades humanas.
- El espectro de frecuencias radioeléctricas debe gestionarse en favor del interés público y de conformidad con el principio de legalidad, respetando cabalmente las legislaciones y reglamentaciones nacionales, así como los correspondientes acuerdos internacionales.
- El acceso sin dificultad a la información del dominio público y la protección de dicha información contra toda apropiación indebida.
- La contribución y el acceso de todos a la información, las ideas y el conocimiento.
- La sociedad de la información debe fundarse en el respeto de la identidad cultural, la diversidad cultural y lingüística, las tradiciones y las religiones, y estimular ese respeto, además de promover un diálogo entre las culturas y las civilizaciones.

5. Otro de los aspectos clave de la libertad de expresión es la transparencia en el manejo de los asuntos públicos y la abierta documentación a todo acto que sustenta las decisiones de interés común. Ambos procedimientos democráticos pasan necesariamente por el libre acceso a la información pública como un derecho de los ciudadanos y como un acto que legitima las actuaciones de la administración pública y otras ramas del Estado. Como ya señalamos, este aspecto es también abordado en la presente publicación del IIDH.

Sobre este tema es oportuno mencionar la Carta de Santo Domingo, la cual considera que *el libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa* y que tal acto contribuye *al combate la corrupción y la cultura del secreto como práctica y asegura un mayor grado de eficiencia en el manejo de la cosa pública*⁸.

En este orden de ideas, la UNESCO ha efectuado una importante contribución en Latinoamérica al elaborar una propuesta de **ley modelo** o **marco** sobre el libre acceso a la información pública, que desde mediados del 2004 ha presentado como sugerencia a los poderes ejecutivos y legislativos de los estados latinoamericanos.

Este derecho a la información pública debe implicar, entre otros aspectos, que las personas conozcan todos aquellos actos relevantes que motiven las decisiones que toman los organismos del Estado, particularmente de la administración en todos sus niveles, así como la definición de sus programas y acciones u otras gestiones en el manejo de los asuntos que le han sido confiados por los ciudadanos, y, en especial, en lo atinente al diseño, ejecución y evaluación de las **políticas públicas**.

Saludamos esta iniciativa conjunta de la UNESCO y del IIDH que constituye, sin duda, un valioso aporte a las acciones necesariamente permanentes que las sociedades democráticas latinoamericanas y sus instituciones deben llevar a cabo en defensa y por el fortalecimiento de la libertad de expresión como derecho humano fundamental.

⁸ La *Carta de Santo Domingo por el Libre Acceso a la Información Pública* fue elaborada, discutida y aprobada por los participantes en las jornadas sobre *Marcos legales que garantizan y promueven el libre acceso de los ciudadanos y de los medios de comunicación a las fuentes de información pública: Análisis de casos en América Latina*. Este encuentro fue organizado por la UNESCO, el diario El Día y la revista Ahora, y tuvo lugar en julio del 2002 en la capital de la República Dominicana.

Expresamos igualmente nuestra complacencia por compartir este trabajo con una institución que nos merece el mayor respeto, admiración y aprecio, y cuyo papel en la región ha sido no solo relevante, sino indispensable.

La promoción del derecho a la libertad de expresión en el trabajo del IIDH

*Marisol Molestina y Diego Iturralde*¹

En su labor de apoyo al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, mediante acciones de promoción, investigación y capacitación, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se ha acercado de diversas maneras al campo del derecho a la libertad de expresión. Como en todo su trabajo, estas aproximaciones están enmarcadas en su mandato de promover los derechos establecidos en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y otros instrumentos del sistema, a la luz de los avances doctrinarios que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte y de las actividades de la Comisión, órganos oficiales respecto de los cuales cumple una función complementaria.

Las labores del IIDH a lo largo de veinticinco años de existencia, en este y otros temas, se orientan principalmente a generar conocimientos y capacidades en los actores del escenario regional de los derechos humanos para comprender y aprovechar los avances normativos y los recursos

¹ Los autores de este artículo son los Coordinadores de la Unidad de Información y Servicio Editorial y de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del IIDH, respectivamente. Tuvieron a cargo la dirección de la última etapa de los esfuerzos sobre el tema a que se refieren en este artículo y la preparación del presente libro.

jurisdiccionales –internos e interamericanos– para la protección de los derechos; incluyendo la búsqueda y formulación de soluciones innovadoras que sean puestas en práctica para enfrentar el cambiante panorama de la democracia.

Con los propósitos antes indicados, en el tema de la libertad de expresión el Instituto se ha acercado a los periodistas y los empresarios de medios de comunicación; a funcionarios públicos que tienen responsabilidades en este campo y a jueces que conocen causas relacionadas; a organizaciones civiles que hacen seguimiento de la observancia de los estándares y a expertos sobre estas cuestiones. Su trabajo, como se reseña más adelante, ha incluido en el pasado decenio actividades de formación, de investigación y de promoción de nuevas ideas para atender los problemas recurrentes. Los resultados de varios de estos esfuerzos han sido publicados, así como amplias colecciones de artículos y documentos especializados.

En el marco de la estrategia de trabajo del IIDH, el tema de la libertad de expresión se asocia con dos campos temáticos prioritarios: acceso a la justicia y participación política, y con una perspectiva transversal: la interacción entre sociedad civil y Estado. Los proyectos desarrollados en los pasados cuatro años además han sido objeto de aplicación de un enfoque de investigación orientado hacia la medición de progresos en la protección jurídica de los derechos humanos y de una política de difusión basada en el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación².

En este artículo se da cuenta, como antecedente necesario, del desarrollo que el tema ha tenido en los instrumentos y en la actividad de los órganos del sistema interamericano. Se reseñan brevemente las principales

² Una explicación detallada de estos componentes puede leerse en el texto “Marco para el desarrollo de la estrategia institucional 2003-2005”, abril de 2003.

acciones desarrolladas por el IIDH en este campo en el último decenio y, con mayor detalle, los tres pasos sucesivos impulsados en Centroamérica, ampliados –con apoyo de UNESCO– a México y República Dominicana, que arrojan como resultados una visión diagnóstica de la situación en la región vista a la luz de los principios de la Relatoría Interamericana de Libertad de Expresión y dos propuestas marco sobre aspectos críticos identificados por los participantes en estas acciones: el acceso a información pública y el uso de la publicidad oficial.

Una reflexión final anuncia un nuevo punto de vista para examinar estas cuestiones. Como el otro lado de una moneda, aparece el tema del ejercicio ético y responsable de este derecho.

La configuración de la problemática en el sistema

La base jurídica

Los instrumentos internacionales, jurisprudencia y órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos reconocen ampliamente el rol esencial de la libertad de expresión, tanto en sus dimensiones individual y colectiva –la expresión de las propias ideas y el derecho a conocer las de los demás– como en su carácter de elemento básico y prerequisite para el buen funcionamiento de una sociedad democrática. Más aún, la protección de este derecho tiene en su marco tal importancia que la CIDH creó, en 1997, una relatoría permanente dedicada al mismo.

En cuanto a los instrumentos internacionales, los elementales en la definición y alcances de este derecho en la región son la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, la *Convención*, la *Declaración de principios sobre libertad de expresión* y la *Carta democrática interamericana*. Este derecho está amparado por otros instrumentos internacionales; sin embargo, la mayoría de las peticiones a la CIDH y la Corte se sustentan en

distintos artículos de la *Declaración americana* y la *Convención*³.

En 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, Colombia) se aprobó la *Declaración americana*, en cuyo Artículo IV se reconoce el derecho de toda persona a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión⁴. La *Convención*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entrando en vigor en 1978, reconoce este derecho en su Artículo 13⁵ y amplía su alcance.

3 Navarrete Monasterio, Juan, "Libertad de expresión en el sistema interamericano", en: *El sistema interamericano de protección a los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004, Tomo II, págs. 252-3. IIDH, *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003, pág. 253 y ss.

4 *Artículo IV.- Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión*. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.

5 *Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión*. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan

El mandato de la Relatoría incluía la elaboración de un proyecto de Declaración de principios sobre libertad de expresión, la cual fue aprobada en el 108° período ordinario de sesiones de la CIDH, en octubre de 2000.

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. [...] Dicha declaración constituye un instrumento 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 de este derecho⁶.

El 11 de septiembre de 2001, con la firma de la Declaración de Lima (Perú) o *Carta democrática interamericana*, durante el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, los Estados de las Américas subrayan la relación esencial entre democracia y libertad de expresión⁷.

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.

⁶ IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 51.

⁷ *Artículo 4.* 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. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

El marco interpretativo fundamental de estos instrumentos lo constituyen las opiniones consultivas, sentencias y medidas cautelares de la Corte, junto con los informes de la CIDH. Éste ha sido complementado y analizado en cada uno de los informes de la Relatoría.

Los casos sobre libertad de expresión ante el sistema

Es a partir de 1965 que empieza a desarrollarse en las Américas la jurisprudencia en materia de derechos humanos, en cuanto la CIDH fue autorizada por los Estados para evaluar demandas o peticiones relativas a casos concretos de violación a estos derechos, de acuerdo a la *Declaración americana*. La entrada en vigor de la *Convención* no solo define el alcance de la protección de estos derechos, sino que la Corte se crea a partir de la misma. Sigue una síntesis de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte en materia de libertad de expresión⁸.

La CIDH recibió pocas peticiones en materia de libertad de expresión antes de la entrada en vigor de la *Convención*. Más, los casos iniciales no contienen mayores explicaciones sobre el fundamento de los argumentos conclusivos. La primera vez que la CIDH evaluó una denuncia por la violación a este derecho fue en una serie de casos contra Guatemala⁹, en 1975, en los que los peticionarios alegaban violación al Art. IV de la *Declaración americana*, entre otros, sosteniendo que el Estado guatemalteco era responsable por la desaparición, muerte y detención arbitrarias de cientos de personas, en el marco de un período de estado de

⁸ Basada en la jurisprudencia de la Corte, disponible en <http://www.corteidh.or.cr>, y en los informes anuales de la CIDH, disponibles en <http://www.cidh.org>, así como en la información que sobre el tema se desarrolla en: IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, págs. 253 a 303. También en: Navarrete Monasterio, Juan, "Libertad de expresión en el sistema interamericano", en: *El sistema interamericano de protección a los derechos humanos...*, págs. 241-82.

⁹ Casos 1702, 1748 y 1755, Guatemala, 1975.

sitio. Sin mayores explicaciones la CIDH consideró que este artículo en particular no había sido violado.

Recién doce años después la CIDH consideró que se había violado el Art. IV de la *Declaración americana*, en un caso contra Paraguay¹⁰ en el que se alegaba que una estación de radio había sido víctima de hostigamiento constante, durante varios años:

*En cuanto a la infracción del artículo IV, señaló que es inaceptable la restricción del derecho a la expresión mediante métodos indirectos, refiriéndose a lo estipulado en el artículo 13 de la Convención Americana [que a esa fecha ya había entrado en vigor; Paraguay la había firmado y la ratificó posteriormente, en 1989]. La Comisión también manifestó que la libertad de expresión constituye una de las garantías más sólidas de la democracia y el desarrollo moderno [...]*¹¹.

La tabla que sigue presenta los casos en que la CIDH o la Corte han considerado al Estado en cuestión responsable por la violación del Art. 13 de la *Convención*¹² o, en caso de tratarse de una opinión consultiva de la Corte, ésta considera que ante determinada situación, un Estado estaría violando dicho artículo¹³:

¹⁰ Caso 9642, Resolución No. 14/87, Paraguay, 1987.

¹¹ IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 257.

¹² Y el artículo 14, en la medida que “está relacionado con el derecho a la libertad de expresión y ofrece un recurso para reparar los daños que puedan ocasionarse a una persona en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sin interferir indebidamente en el ejercicio del mismo”. IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 286.

¹³ No se han incluido en la tabla, medidas cautelares y provisionales. Además, aparecen señalados con un asterisco los casos en que la Corte no consideró que se había dado la violación del Artículo 13 de la CADH o, considerando que sí se dio, estima que esa violación se subsume en la violación de otros artículos de la misma.

El estado de la libertad de expresión

Año	País	Caso	Categoría ¹⁴
1982	Guatemala	CIDH, 7778, Resolución No. 16/82	Restricciones indirectas de la libertad de expresión
1985	Costa Rica	Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 (Serie A No. 5)	Colegiación obligatoria para el ejercicio del periodismo profesional
1986	Costa Rica	Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 (Serie A No. 7)	Derecho de réplica
1988	Haití	CIDH, 9855, Resolución No. 20/88	Restricciones indirectas de la libertad de expresión
1994	Argentina	CIDH, 11.012, Informe No. 22/94 (solución amistosa)	Responsabilidades ulteriores por declaraciones
1996	Grenada	CIDH, 10.325, Informe No. 2/96	Censura previa
1996	Chile	CIDH, 11.230, Informe No. 11/96	Censura previa
1996	Guatemala	CIDH, 11.303, Informe No. 29/96	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1997	Perú	CIDH, 10.548, Informe No. 38/97	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1998	Colombia	CIDH, 11.221, Informe No. 3/98	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1998	Chile ¹⁵	CIDH, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, Informe No. 25/98	Derecho a la verdad ¹⁶
1998	Guatemala*	Corte IDH, Caso Blake Vs. Guatemala. Serie C No. 36	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1999	El Salvador ¹⁷	CIDH, 10.480, Informe No. 1/99	Derecho a la verdad
1999	México	CIDH, 11.739, Informe No. 5/99	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1999	Perú	CIDH, 11.317, Informe No. 20/99	Responsabilidades ulteriores por declaraciones
1999	México	CIDH, 11.740, Informe No. 130/99	Violencia o asesinato de comunicadores sociales
1999	El Salvador	CIDH, 10.488, Informe No. 136/99	Derecho a la verdad
2000	El Salvador	CIDH, 11.481, Informe 37/00	Derecho a la verdad
2000	Guatemala*	Corte IDH, Caso Bárnaca Velásquez Vs. Guatemala, Serie C No. 70	Derecho a la verdad
2001	Chile	Corte IDH, Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo bustos y otros) Vs. Chile, Serie C, No. 73	Censura previa
2001	Perú	Corte IDH, Caso Ivesher Bronstein Vs. Perú, Serie C No. 74	Restricciones indirectas de la libertad de expresión
2001	Perú*	Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Serie C No. 75	Derecho a la verdad
2003	Guatemala*	Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Serie C No. 103	Intimidación, amenazas y hostigamiento a consecuencias de expresiones
2004	Costa Rica	Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Serie C No. 105	Responsabilidades ulteriores por declaraciones
2004	Paraguay	Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Serie C No. 111	Responsabilidades ulteriores por declaraciones
2004	Guatemala	Corte IDH, Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, Serie C No. 117	Violencia o asesinato de comunicadores sociales

¹⁴ Los casos resueltos por la CIDH y la Corte al amparo del Art. 13 de la CADH han sido categorizados por la Relatoría para la Libertad de Expresión así: violencia o asesinato de comunicadores sociales; intimidación, amenazas y hostigamiento a consecuencias de

La información provista en la tabla enmarca la realidad regional relativa a la garantía de la libertad de expresión y su relación con el manejo responsable y ético de la información. De la misma nos interesa resaltar dos aspectos. Por un lado, el sustancial aumento en el número de casos ante el sistema interamericano por violación a este derecho. Si agrupamos los casos por décadas, de 1982 al 89 solo se presentan cuatro, dos de los cuales son opiniones consultivas de la Corte; del 90 al 99 se presentan trece casos; en lo que va de la presente década ya contamos con nueve casos. Es evidente el impulso que ha dado a la garantía de este derecho la existencia de la Relatoría.

Por otro lado, de acuerdo a categorías sobresale que de 24 casos –sin considerar las dos opiniones consultivas– ocho estén relacionados con hostigamiento, intimidación, violencia o muerte a comunicadores. Si juntamos éstos con los tres casos de restricciones indirectas a la libertad de expresión resulta que el 50% de los casos ante el sistema han tenido que ver con algún tipo de restricción al ejercicio de la libertad de expresión. El segundo lugar lo ocupan los seis casos que tienen que ver con el llamado derecho a la verdad,

expresiones; censura previa; responsabilidades ulteriores por declaraciones; colegiación obligatoria para el ejercicio del periodismo profesional; restricciones indirectas de la libertad de expresión; derecho a la verdad, y derecho a réplica. IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 257-8.

- 15 En estos casos la CIDH señaló que el derecho a la verdad emana, entre otros, del Art. 13 de la CADH; sin embargo, no manifiesta de manera expresa que se haya infringido este artículo.
- 16 “[El] ‘derecho a la verdad’ [es] un concepto que ha evolucionado durante los últimos años en el sistema interamericano. Inicialmente, la Comisión consideró que se trata del derecho de las familias a conocer la suerte de sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales [...] actualmente se considera [...] que el derecho a la verdad pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención”. IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 280-1.
- 17 Ver Nota 15.

concepto que ha ido evolucionando en los últimos años en el sistema interamericano, y que va más allá del artículo 13 de la CADH¹⁸.

El trabajo del IIDH sobre libertad de expresión 1996-2005

La labor del IIDH en materia de libertad de expresión se ha intensificado desde 1996, cuando, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), emprendió un programa de tres años de capacitación en toda América Latina y el Caribe, con la realización de seis seminarios regionales sobre medios de comunicación y sociedad democrática. Los seminarios reunieron a periodistas, empresarios de medios de comunicación, abogados, actores clave, funcionarios judiciales y legislativos así como a expertos en materia de libertad de expresión de la región.

Entre septiembre de 2000 y noviembre de 2001, con el auspicio de la fundación Robert McCormick Tribune, el IIDH realizó un proyecto enfocado a Venezuela y Paraguay, *Libertad de expresión y sistema interamericano de derechos humanos en Paraguay y Venezuela*. El objetivo de la iniciativa era facilitar la incorporación de estándares internacionales de protección a la libertad de expresión en el derecho interno, mediante un proceso de entrenamiento y capacitación en materia de libertad de expresión y derecho internacional de derechos humanos dirigido, por una parte a funcionarios públicos clave (jueces y legisladores) y, por otra, a representantes de la sociedad civil, universidades, sindicatos y trabajadores y empresarios de medios de comunicación. Estos seminarios tuvieron un seguimiento mediante el apoyo vía electrónica por parte de un equipo de trabajo del IIDH integrado por Cecilia Medina Quiroga, actual jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Hernán Víctor Gullco, ex secretario letrado de la Corte Suprema de Argentina. El proyecto contó con el

¹⁸ Ver Nota 16.

acuerdo de las cortes supremas de justicia de ambos países, el Congreso del Paraguay y las organizaciones más destacadas de la sociedad civil de ambos países¹⁹.

Durante el 2001, bajo el auspicio del Programa de Dinamarca pro Derechos Humanos en Centroamérica (PRODECA), emprendió una experiencia piloto de evaluación de la libertad de expresión en Centroamérica y Panamá, mediante la preparación, por parte de expertos, de informes nacionales sobre los marcos legales de la libertad de expresión. Los primeros borradores de esos reportes fueron evaluados durante una reunión el 23 y 24 de agosto de 2001, a la que asistieron 20 personas clave del istmo, entre juristas, legisladores, trabajadores y empresarios de medios, organizaciones de prensa, entre otros.

Este plan piloto dio paso, al año siguiente, al *Proyecto de promoción de la libertad de expresión en Centroamérica*, que replicó esos esfuerzos a escala nacional en cada país de la región, y que también contó con el apoyo de PRODECA. Así, se realizó un seminario sobre libertad de expresión en cada uno de los países, convocando a actores clave como diputados, magistrados de cortes supremas, jueces, periodistas, directores y empresarios de medios, y organizaciones de la sociedad civil. El proyecto culminó con una reunión regional en Panamá, en julio de 2003, a la que asistió el Relator Especial para la Libertad de Expresión así como participantes destacados de cada país. Los esfuerzos de todos los seminarios fueron sistematizados en una agenda regional que fue circulada entre actores clave de toda la región.

El éxito de esa iniciativa también llevó a ampliar algunos de sus esfuerzos hacia México y República Dominicana, con la preparación y validación de informes nacionales, los cuáles se incluyen en esta publicación. Esta tercera etapa contó con el auspicio de la UNESCO.

¹⁹ IIDH, *Sistema interamericano de derechos humanos y libertad de expresión en Paraguay*. San José, Costa Rica, 2002, pág. 11.

El IIDH también ha contribuido con la promoción de la libertad de expresión a través de varias publicaciones. La primera de ellas vio la luz en 1994, cuando se publicó *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*. En 1997, se publicó una compilación de decisiones de tribunales nacionales relacionados con el tema de libertad de expresión en la *Revista Iudicium et Vita*, No. 5. En el año 2000, el IIDH tomó la decisión de dedicar uno de los tomos de su serie *Estudios Básicos de Derechos Humanos* al tema de libertad de expresión, en el que se incluyó una serie de valiosos aportes doctrinarios sobre el tema de prestigiosos expertos del hemisferio, así como un compendio de las decisiones del sistema interamericano emitidas hasta ese momento.

En octubre de 2001, y como consecuencia de la sentencia dictada por el Estado venezolano conocida como Sentencia 1013, y otras resoluciones del Supremo Tribunal de Justicia de Venezuela, que fueron consideradas como restrictivas a la libertad de expresión, el IIDH, en conjunto con la Editorial Jurídica Venezolana, publicó el libro *La libertad de expresión amenazada*. En ella participaron como autores varios juristas venezolanos.

Por otra parte, como cierre al proyecto mencionado de promoción y capacitación en Paraguay, se publicó el libro *Libertad de expresión y sistema interamericano de derechos humanos en Paraguay*, en el año 2002, con el apoyo de la McCormick Tribune Foundation.

En el año 2004, el IIDH, en conjunto con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, compiló los aportes teóricos de ésta en el libro *Libertad de expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, gracias a la colaboración de PRODECA.

Finalmente, esta publicación cierra el conjunto de esfuerzos del *Proyecto de promoción de libertad de expresión en Centroamérica*, realizado entre 2001 y 2003, en el cual se reúne un conjunto de análisis sobre la situación de la

libertad de expresión en cada país del istmo, además de México y República Dominicana. Este esfuerzo ha visto la luz gracias al valioso aporte de la UNESCO.

Las investigaciones en América Central, México y República Dominicana

Enfoques de investigación e informes sobre libertad de expresión

Los resultados de las investigaciones realizadas en 2001 permitieron identificar un amplio conjunto de obstáculos y avances para el ejercicio de la libertad de expresión, que son recurrentes en los seis países de América Central: legislación restrictiva, violencia, amenazas y presiones judiciales a periodistas y a medios, dificultades para el acceso a la información pública, medios indirectos de presión y censura a la prensa (impuestos, distribución de publicidad oficial, intimidación), inequidades en la concesión de frecuencias radioeléctricas y, por supuesto, una larga lista de periodistas asesinados y de medios intervenidos. Se reportaron incipientes avances en términos de proyectos de reforma legal para despenalizar el desacato, establecer mecanismos que hagan más transparente la información del sector público, así como discusiones alrededor de la concesión de frecuencias para medios alternativos o comunitarios.

El foro que conoció y discutió los informes de los seis países recomendó realizar un esfuerzo adicional con un triple propósito: (i) considerar los resultados de esta primera experiencia de investigación frente a otros informes, regionales y nacionales, para determinar nuevos enfoques de investigación, en el campo específico de la promoción de los derechos humanos y la democracia y en el marco del mandato del IIDH; (ii) relacionar de manera más directa los hallazgos de las investigaciones con las disposiciones del artículo 13 de la *Convención* y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte, la experiencia de la Comisión y las recomendaciones del Relator; y (iii) explorar la pertinencia de formular propuestas de alcance regional para

impulsar avances normativos que mejoren las condiciones de ejercicio del derecho²⁰.

Con los propósitos antes indicados el IIDH encargó un estudio comparado sobre un conjunto de diez experiencias sistemáticas de medición de la situación de la libertad de expresión. Fueron examinados los informes periódicos preparados por la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Reporteros sin Frontera (RSF); Sociedad Interamericana de Prensa (SIP); Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA); Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia en Costa Rica; Asociación Independiente para la Defensa del Periodismo (ADPI), Argentina; Instituto Prensa y Sociedad - Foro del Periodismo Independiente (IPYS), Perú; Article 19: The Global Campaign For Free Expression, Inglaterra; y The World Press Freedom Committee (WPFC).

El estudio²¹ puso especial atención en el tipo de variables e indicadores utilizados en estos informes para dar cuenta de la situación de la libertad de expresión y procuró establecer los principales enfoques de investigación que de tales informes se podrían colegir. La tabla que aparece en la página 37, resume de manera muy sintética los principales hallazgos de este estudio.

El enfoque más antiguo y más extendido en la investigación de temas de derechos humanos es el que privilegia la identificación de casos de violación, los documenta, discute los aspectos legales y procesales, busca establecer responsabilidades y, en última instancia contribuye a denunciarlos y perseguirlos. Por la naturaleza del

²⁰ Esta etapa del proyecto, al igual que las actividades anteriores en Venezuela y Paraguay, fueron coordinadas por Javier Mariezcurrena, abogado argentino, en ese momento funcionario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

²¹ Este estudio fue preparado por Isolda Salvatierra, especialista venezolana, investigadora visitante del IIDH entre 2001 y 2002.

Estudio comparado: Diez experiencias de medición de la situación de la libertad de expresión

Informe	Principales variables y/o tipos de indicadores utilizados
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	Régimen legal y prácticas judiciales que favorecen u obstroen el disfrute de la libertad de expresión. Preeminencia de figuras penales como desacato, difamación, injuria vs. sanciones civiles por responsabilidad con "real malicia". Atención sobre condiciones de acceso a la información pública.
Reporteros sin Fronteras - RSF www.rsf.fr/rapport2001	Amenazas, detenciones y agresión a periodistas. Amenazas, intervenciones y censura a medios de comunicación. Intimidaciones expresadas a través del discurso oficial. Represión e intimidación por medio de legislación. Otorgamiento o no de publicidad oficial.
Sociedad Interamericana de Prensa SIP www.sipiapa.org/espafiol.cfm	Hostigamiento judicial y agresiones a periodistas y periódicos. Agresiones verbales directas a la prensa, hechas desde el gobierno. Leyes que prevén penas de prisión por delitos de prensa. Requerimiento de licencia previa para ejercer el periodismo. Proyectos de ley que permitan el libre acceso a la información pública.
Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos PROVEA www.derechos.org	Derechos protegidos por la Constitución y la Ley de Telecomunicaciones: la libre expresión, acceso a la información, a la réplica y a la rectificación, responsabilidades ulteriores. Restricciones a la libertad de expresión incluidas en la Constitución y la Ley de Telecomunicaciones. Suspensión de transmisiones y contenidos, censura previa, críticas públicas y abiertas desde el Ejecutivo.
Auditoría Ciudadana sobre la Calidad de la Democracia, Costa Rica www.estadonacion.org.cr	Oportunidad de que las y los habitantes expresen libre y oportunamente su opinión sobre los asuntos públicos de su interés. Existencia de un escrutinio responsable y comprensivo de los asuntos públicos por los medios de comunicación colectiva. Los medios de comunicación colectiva como foros abiertos e independientes para una opinión pública pluralista.
Asociación Independiente para la Defensa el Periodismo - ADPI, Argentina	Amenazas, intimidación política y agresiones a periodistas y medios. Restricciones legales e intimidación judicial. Presión por medios legales e indirectos.
Instituto Prensa y Sociedad - IPYS, Perú www.ipyspe.org.pe	Monitoreo de la libertad de expresión. Denuncias de agresión a periodistas y medios. Transparencia informativa y acceso a la información oportuna.
Article 19: The Global Campaign For Free Expression, Inglaterra www.article19.org	Discriminación, xenofobia, intolerancia, discriminación racial. Acceso a medios de comunicación como Internet.
The World Press Freedom Committee	Régimen legal y actuaciones judiciales que favorecen u obstroen la libertad de expresión. Restricciones a la libertad de expresión en general. Acceso a la información pública.

objeto de investigación, su metodología es fundamentalmente casuística y es y continúa siendo muy apropiada para trabajar en el terreno de los derechos civiles y políticos.

Este tipo de investigación ha sido y es crucial para denunciar casos específicos de vulneración de derechos, lo cual permite poner en marcha procesos jurídicos y socio-políticos dirigidos a esclarecer la verdad sobre las violaciones, castigar a los violadores, y ofrecer justicia y reparación a las víctimas, así como para prevenir futuras violaciones. A lo largo de los años, las investigaciones enfocadas sobre violaciones de derechos humanos han diversificado y especializado sus campos temáticos, han desarrollado instrumentos metodológicos cada vez más agudos y han avanzado desde el trabajo sobre casos hacia la identificación de tendencias y de causas estructurales. Evidentemente este enfoque se ha visto favorecido por la ampliación del acceso a la información ligado a la recuperación de la democracia.

En el caso del derecho a la libertad de expresión este enfoque de violación se ha centrado principalmente en casos de agresión a la vida y la integridad de los periodistas, así como de ataques contra los medios de comunicación. Por extensión, este tipo de investigaciones e informes atienden además la recurrencia de amenazas e intimidaciones que provienen del Estado y de otros agentes heterónomos como los grupos armados irregulares y el crimen organizado²².

Por lo regular este enfoque también aborda otras formas de presión sobre los profesionales y los medios, que proviene del discurso de las autoridades públicas, sea como crítica abierta o como intimidación y amenaza, así como otras formas de agresión consistente en la intervención arbitraria de los medios y la confiscación de productos informativos²³.

²² Entre los informes analizados, los de Reporteros sin Fronteras, Sociedad Interamericana de Prensa y Asociación Independiente para la Defensa del Periodismo, abundan en esta dirección.

²³ Los informes de las organizaciones antes indicadas y los de PROVEA ofrecen información en este sentido.

Otro enfoque recurrente para la investigación privilegia el análisis de situaciones de derechos humanos. Este enfoque pone atención, principalmente, en los efectos políticos y sociales acumulados del comportamiento del sector público respecto de sus obligaciones de respetar determinadas condiciones y garantías, o de promover medidas que hagan posible el acceso a los derechos fundamentales sin discriminación. Es un tipo de investigación que combina consideraciones sobre los estándares de derechos humanos con información sobre legislación y prácticas judiciales y con estadísticas que describen o analizan situaciones generales, o reflejan opiniones generalizadas.

Esta segunda forma de medición privilegia el análisis de correlaciones entre resultados estadísticos y medidas de política pública en campos relacionados con derechos humanos, y se auxilia muy bien con el uso de sistemas de indicadores y con la construcción de índices. Se aplica con ventaja para los campos relacionados con los derechos políticos. Este estilo de investigación caracteriza el trabajo de varios órganos de los sistemas internacional e interamericano de protección de los derechos humanos, en particular el que realizan las Comisiones, los Comités especializados y los Relatores especiales, así como algunos informes de entidades no gubernamentales internacionales y regionales. En años recientes, este tipo de investigación se viene aplicando sistemáticamente para el examen de la calidad de la democracia, combinando información estadística de los procesos electorales, con opiniones de especialistas o de paneles de expertos e, inclusive, con resultados de encuestas.

Este enfoque, que se puede denominar situacional, aparece en por lo menos siete de los informes sobre libertad de expresión examinados, en tanto identifican condiciones más o menos permanentes que afectan las posibilidades de ejercicio del derecho. Tales condiciones tienen que ver, de una parte, con la disposición de normas que lo garantizan expresamente y limitan o regulan la capacidad de interven-

ción de las instituciones públicas; y, por otra con la existencia de mecanismos legales y/o administrativos que directa o indirectamente pueden ser utilizados para interferir o condicionar tal ejercicio. En este segundo rango llaman la atención la persistencia de regímenes que penalizan los llamados “delitos de prensa” en un afán de proteger la imagen y prestigio de los funcionarios públicos, diversas prácticas de censura previa, el control del acceso a las frecuencias radioeléctricas, y en general varios medios indirectos como las políticas de distribución de publicidad oficial, el régimen fiscal, y la colegiación obligatoria de los periodistas.

Este tipo de enfoque puede ser útil como herramienta de planificación, en la medida que ofrece resultados diagnósticos basados en situaciones generalizadas y buenas pistas sobre la relación entre causas y efectos. Los resultados de las investigaciones así concebidas facilitan la formulación de recomendaciones de acción pública, muchas de las cuales tienen que ver con aspectos legales, institucionales y de asignación de inversión pública. En años recientes, este enfoque se complementa eficazmente con la documentación de buenas prácticas y experiencias exitosas.

Un enfoque de progresos en la protección jurídica

Otro enfoque posible, desarrollado a partir de la acumulación y comparación de resultados de investigaciones de situación, busca establecer las variaciones producidas a lo largo del tiempo en determinados campos de derechos humanos. Por asociación con el principio de progresividad de la realización de los derechos –principalmente los económicos y sociales–, se ha denominado a éste un enfoque de progreso. Un enfoque de progreso pretende determinar en qué medida los esfuerzos de la sociedad civil, del Estado y de la comunidad internacional están consiguiendo el objetivo común de lograr el imperio de la democracia y del Estado de derecho. No se trata de establecer índices de violaciones de derechos humanos, sino más bien logros, pero siempre

apuntando hacia la urgencia de alcanzar metas, de adelantar etapas en el proceso de modificar la legislación y promover la adopción e implantación de políticas públicas que favorezcan el entorno para que la protección de los derechos humanos sea más abarcadora.

A criterio del IIDH este enfoque de medir progresos no sustituye al de vigilancia, denuncia y defensa frente a las violaciones, ni pretende ocultar los rezagos en el logro de las metas deseables. Su novedad reside en el potencial que tiene para comprender las cuestiones de derechos humanos como *procesos*, es decir, como fenómenos que cambian en el tiempo y no sólo como situaciones, o estados propios de un momento determinado. Este enfoque contribuye a identificar no únicamente las carencias, sino también las posibilidades para superarlas en el mediano y largo plazos, y ayuda a establecer prioridades y estrategias de trabajo compartidas y complementarias entre los diversos actores del escenario social.

De manera consistente con su mandato como promotor de los derechos humanos, y a partir de la estrategia impulsada por su actual Director Ejecutivo, Roberto Cuéllar M., el IIDH viene desarrollando una metodología inspirada en el tercer enfoque mencionado, orientada a medir progresos —o la ausencia de progresos— en materia de derechos humanos, tomando como referente los principales instrumentos internacionales que los consagran y que definen las obligaciones de los Estados para hacerlos realidad. Para ello se ha empeñado en construir un sistema de monitoreo objetivo y continuo, que facilite la elaboración de informes o relatorías periódicas sobre distintos derechos humanos, complementarios a los informes generados por otros organismos especializados, pero atendiendo más hacia factores de cambio y mejoramiento de esos derechos que a establecer estados de situación²⁴.

²⁴ El desarrollo de esta metodología se inició en 2000, un semestre antes del arranque del primer proyecto sobre libertad de expresión en América Central. Aplicaciones de esta metodología a varios campos temáticos y para varios

Para salvar las distancias entre el carácter general y abstracto de las normas y la naturaleza particular y concreta de las prácticas sociales, y compararlas con fines de medición, esta metodología utiliza un *sistema de indicadores* –o *indicios mensurables*– que permiten establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. Para averiguar si estas distancias se están o no acortando, se aplica el sistema a momentos distintos bajo condiciones equivalentes. El resultado es una medida de las variaciones que se han producido entre uno y otro momento histórico y una evidencia de las tendencias que están presentes en ese proceso. Aún cuando la definición de indicadores no es unívoca, no hay duda de la utilidad práctica de esa herramienta para mostrar la dirección de algún fenómeno, su signo o síntoma. Es por ello que el IIDH ha centrado esfuerzos en el diseño de indicadores utilizando como directriz la progresividad de los derechos humanos.

Sobre la base de esta experiencia en desarrollo, teniendo a la vista los primeros estudios sobre la situación de la libertad de expresión en Centroamérica y los resultados del examen de varios informes sobre el tema, se preparó una matriz de indicadores de progreso en libertad de expresión, que atendiera al mismo tiempo a los conceptos centrales de la norma interamericana tal como se expresa en el artículo 13 de la *Convención* y a las condiciones legales, políticas y prácticas que facilitan u obstruyen el ejercicio de la libertad de expresión. Esta primera matriz fue aplicada entonces por los autores de los seis informes nacionales, a partir de los hallazgos de sus investigaciones²⁵.

países de la región se pueden ver en los *Mapas de Progresos en Derechos Humanos* y los *Informes Interamericanos de la educación en derechos humanos (I a IV)*, disponibles en la página electrónica del IIDH (<http://www.iidh.ed.cr>; http://www.iidh.ed.cr/mapas_cont.htm; http://www.iidh.ed.cr/informes_i_cont.htm).

²⁵ La segunda versión de los informes nacionales, incluyendo la aplicación de esta matriz de indicadores, fue generada a mediados del 2002. Los mismos se encuentran publicados a la fecha (noviembre de 2005) en la sección sobre libertad de expresión de la página

La matriz quedó formulada en los siguientes términos:

Domínio I: Acceso a la información	
Variables	Tipos de Indicadores ²⁶
Adopción de normas sobre libertad de expresión y acceso a la información	Instrumentos Internacionales relacionados con Libertad de Expresión ratificados por los países hasta 1990 y hasta 2000. Normas sobre libertad de expresión y acceso a la información: leyes, decretos, resoluciones modificadas o adoptadas entre 1990 y 2000.
Acceso de información en poder del Estado	Variaciones (1990-2000) en las prácticas de los gobiernos en relación al acceso de los medios y la ciudadanía a la información en poder del Estado, para garantizar o no la transparencia de la acción gubernamental.
Acceso de la prensa a juicios penales y órganos del Poder Legislativo	Prácticas del Poder Judicial y los parlamentos en sus relaciones con los medios y los periodistas.

Domínio II: Relación poder político y medios de comunicación	
Variables	Tipos de Indicadores
Penalización del desacato	Existencia/derogación de Leyes de Desacato. Medios de comunicación y periodistas sancionados por desacato.
Medios indirectos de restricción de la libertad de expresión	Régimen fiscal: leyes y proyectos de ley aumentando impuestos a los medios, como forma de restricción indirecta a la libertad de expresión .
	Publicidad oficial: uso de la publicidad oficial como instrumento de presión medido en porcentajes de la publicidad asignado a los medios como premio/castigo.
	Asignación de frecuencias televisivas y radiofónicas.
	Existencia de monopolios y/o oligopolios en la propiedad de los medios audiovisuales.
	Televisoras y radios comunitarias, de medios audiovisuales en poder de otros grupos organizados de la sociedad.
	Intimidación y autocensura.
	Medidas de amparo solicitadas por el Estado para favorecer funcionarios, recursos de amparo solicitados por dueños de medios y periodistas; censura y autocensura, etc.
Prohibición de la propaganda a favor de la guerra y el odio nacional, racial y religioso	Colegiación obligatoria: promulgación o derogación de leyes de colegiación obligatoria. Censura previa de espectáculos públicos: Normas sobre censura previa a los espectáculos públicos. Normativa internacional y nacional.

Domínio III: Ejercicio ciudadano de la libertad de expresión	
Variables	Indicadores
Expresión libre y oportuna sobre asuntos de su interés	Existencia de programas radiales y televisivos de opinión, desde diversas tendencias, incluyendo organizaciones y grupos minoritarios de la sociedad. Número de programas de opinión con participación del público. Número de participantes por programa. Encuestas a la población en los medios sobre temas de interés público.
Derecho de réplica	Existencia de secciones de cartas a los medios impresos. Cartas enviadas y publicadas. Existencia de normas en defensa del derecho de réplica. Número de casos de ejercicio del derecho de réplica.

electrónica del IIDH (<http://www.iidh.ed.cr>). Un ejercicio de comparación de los resultados fue preparado por Gustavo Berganza, especialista guatemalteco en comunicaciones y libertad de expresión, y sirvió de documento de trabajo para la siguiente etapa de discusión y promoción en el ámbito nacional.

²⁶ Todos los indicadores están referidos, cuando aplicables, a la variación experimentada entre los años 1990 y 2000.

Agenda regional y propuestas marco

Dando continuidad al trabajo sobre el tema, entre 2002 y 2003 se llevó adelante el *Programa de estudios, capacitación y promoción activa del derecho a la libertad de expresión y de prensa en América Central* que, como se ha indicado antes, replicó la discusión regional en cada país hasta conseguir sistematizar una agenda regional que fue circulada entre actores clave de toda la región.

Cuatro asuntos fueron destacados especialmente en esta etapa del trabajo entre los muchos problemas comunes identificados para la región: (i) la situación de las leyes de desacato y otras similares; (ii) la necesidad de promover la adopción de legislación y políticas sobre acceso a la información pública; (iii) la discusión de medidas adecuadas para evitar el uso de la publicidad oficial como un mecanismo de presión sobre los medios; y (iv) la conveniencia de iniciar una discusión sistemática, de contra balance, acerca de las responsabilidades de los medios de comunicación y de los periodistas en el ejercicio de la libertad de expresión, frente al desarrollo de la democracia y la promoción de los derechos humanos²⁷.

Para el año 2000, diecisiete países de América tenían vigentes normas que tipificaban como delito la difusión de información que pudiera ser considerada difamatoria o injuriosa por parte de los funcionarios públicos por referirse a su desempeño como tales. Este tipo de normas, conocidas genéricamente como *Leyes de Desacato*, fueron consideradas por la Comisión Interamericana como incompatibles con la *Convención* (artículo 13), la misma que recomendó que fueran derogadas y reformadas, porque, tal como lo señala el Relator en su informe del año 2000, “Se utilizan las Leyes de Desacato y Difamación para castigar a periodistas por difundir información que el público tiene legítimo

²⁷ Asuntos que están estrechamente relacionados con los principios de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, propuestos por el Relator y adoptados por la CIDH.

derecho de conocer en una sociedad democrática”²⁸. Una tendencia favorable a la derogación de este tipo de penalización se viene desarrollando en la región, y si bien los debates al respecto son muy lentos, ya existen iniciativas legislativas que tienden a desplazar este asunto hacia la adopción universal de sanciones civiles en los casos de ataques intencionales al honor y la reputación de un funcionario público, aun en los casos en los que se compruebe la *real malicia* del comunicador o del medio de comunicación²⁹.

Como se señala más adelante en este libro, la cuestión del acceso a la información en poder del Estado y sus repercusiones están relacionadas tanto con el principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno, como con el *habeas data*, considerados ambos como derechos fundamentales de los individuos y debe ser observado desde una perspectiva dinámica con el derecho a la libertad de expresión; no obstante, no debe quedar circunscrito a la potenciación del acceso por parte de los periodistas y los medios a la información pública, sino también de todas las personas.

Bajo estas consideraciones, los participantes en las discusiones nacionales y regional consideraron oportuna la preparación y difusión de una propuesta marco de principios para los Estados, que sirva de guía para legislar y adaptar políticas públicas en materia de acceso a la información pública, tema que fue identificado como de alto interés y sobre el cual se lograron coincidencias importantes que se recogen en el documento extenso que argumenta y discute esta propuesta de principios y que hace parte de este libro³⁰.

²⁸ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Año 2000, Capítulo III. CIDH, OEA, Washington DC.

²⁹ En los últimos años este tipo de iniciativas ha prosperado en algunos órganos legislativos de los países de América Central.

³⁰ El documento final fue preparado por Alfredo Chirinos para el IIDH, a partir de los trabajos y discusiones organizados por el *Programa de estudios, capacitación y promoción activa del derecho a la libertad de expresión y de prensa en Centroamérica*.

Otro punto destacado en la agenda regional es el relativo a la distribución de la publicidad oficial, en el cual quedó claro que tal distribución no puede ni debe utilizarse con fines de control de las libertades de expresión y de prensa. Sin embargo, en el debate emergió la problemática sobre los criterios que sí pudieran emplearse para que la publicidad oficial cumpla los fines comunicacionales que deben perseguirse en una sociedad democrática. Un extenso documento que refleja los antecedentes doctrinarios, explica los argumentos de esta propuesta y da cuenta del estado del debate, fue preparado a partir de los comentarios de los participantes en los diversos eventos³¹. El mismo propone criterios destinados a garantizar el derecho a la libertad de expresión mediante la prohibición de la distribución de la publicidad oficial basada en criterios arbitrarios o discriminatorios, que permita que tal distribución de publicidad sea utilizada como un mecanismo de premio o castigo hacia los medios de comunicación social por ocasión de las líneas editoriales e/o informativas que ellos ejercitan.

El asunto del manejo responsable y ético de la información por parte de los periodistas y los medios de comunicación estuvo siempre presente desde el inicio de estas investigaciones y discusiones. Afloró como un tema en sí mismo en el contexto del *Foro sobre fortalecimiento de la democracia, participación política y su vinculación con el tema de libertad de expresión* realizado como parte del programa, bajo la dirección del Centro de Asesoría y Promoción Electoral del IIDH (CAPEL). Esta actividad de capacitación para periodistas involucrados en la cobertura informativa de procesos electorales se llevó a cabo en las pasadas elecciones guatemaltecas. Con la misma el IIDH probó un sistema de entrenamiento a periodistas en derecho electoral, con el fin de orientar un trabajo más profesional. Asimismo, inauguró una nueva discusión y fue ocasión para

³¹ El documento final, que hace parte de este libro, fue preparado por Carlos Urquilla para el IIDH.

la preparación de una propuesta de manual, que aun permanece inédito.

Un sistema de indicadores sobre los principios de la Relatoría

La última etapa del proceso, realizada con el respaldo de la Oficina Regional de Comunicaciones de UNESCO, se propuso actualizar los seis estudios nacionales sobre América Central e impulsar nuevas investigaciones y discusiones similares sobre México y República Dominicana, como un medio para establecer si las tendencias identificadas van más allá de la región y si se han producido cambios significativos en los últimos años. Al mismo tiempo se aplicó un nuevo sistema de indicadores, esta vez diseñado sobre los principios de la Relatoría.

Los resultados de los estudios actualizados forman el cuerpo central de este libro. Los de la aplicación del sistema de indicadores, constan en las tablas siguientes³².

Leyenda de las tablas	
✓	= Si/si hay/si existe.
x	= No/No hay/no existe (situación, ley o caso)/contenido legal es ambiguo o contradictorio.
>	= Existe un proyecto de ley.
n.d.	= No se dispone de información o la información proporcionada no es explícita.

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.								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Reconocimiento constitucional de la libertad de expresión.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

³² Estas tablas fueron preparadas por Byron Barillas, colaborador del IIDH, a partir de los insumos provistos por los autores de los informes nacionales. El Principio 2 no puede ser medido objetivamente, por lo que no fue incluido en el sistema de indicadores.

Respecto al primer indicador, todos los países mantienen un reconocimiento constitucional de la libertad de expresión. Se constata igualmente que todos los países analizados han ratificado la *Convención*.

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.								
Indicadores	GUA	KSV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Existencia de normas que garanticen el recurso de hábeas data.	>	×	>	>	>	✓	n.d.	×

Solo en Panamá se registra la existencia de normas que garanticen el recurso de hábeas data; en Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica existen proyectos de ley al respecto.

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.								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Reconocimiento constitucional del acceso a la información en poder del estado.	✓	×	×	×	✓	×	×	✓
Garantías legales al derecho de acceso a la información en poder del Estado.	>	×	×	×	✓	✓	✓	✓
Límites o restricciones legales para acceder a la información en poder del Estado.	✓	✓	n.d.	×	✓	✓	✓	✓
Jurisprudencia que garantice el derecho de acceso a la información en poder del Estado.	×	n.d.	×	×	✓	✓	×	×

Se observa en primera lugar, que en cinco países no hay reconocimiento constitucional del acceso a la información en poder del Estado, mientras que sí es reconocido en Guatemala, Costa Rica y México. Por otra parte, Costa Rica, Panamá, República Dominicana y México cuentan con garantías legales a este derecho; en tres países esas garantías están ausentes en el ordenamiento legal y en uno existe como proyecto de ley. En tercer lugar, seis países muestran la existencia de límites o restricciones legales para acceder a la información en poder del Estado. En cuanto a jurisprudencia

que garantice este derecho, solo se cuenta con ella en Costa Rica y Panamá.

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.								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Prohibición constitucional de la censura previa.	✓	n.d.	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Prohibición legal de la censura previa.	✓	n.d.	×	n.d.	×	×	✓	×
Normas que sancionen la restricción a la libre circulación de ideas y opiniones y la imposición arbitraria de información.	✓	n.d.	✓	×	×	×	×	×
Jurisprudencia referida a la restricción a la libre circulación de ideas y opiniones y/o a la imposición arbitraria de información.	×	n.d.	n.d.	×	✓	×	×	×

En la mayoría de los países existe la prohibición constitucional de la censura previa; legalmente, esta prohibición solo se observa en tres países. Tres países cuentan con normas que sancionan la restricción a la libre circulación de ideas, mientras que en cinco de los países hay normas de esa naturaleza. Solo Costa Rica reporta la existencia de jurisprudencia al respecto.

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.								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Normas que exijan la colegiación obligatoria o la titulación para el ejercicio del periodismo.	×	×	✓	✓	×	×	×	×
Derogación de normas que exijan la colegiación obligatoria o la titulación para el ejercicio del periodismo.	✓	×	×	×	✓	✓	✓	×
Desarrollo jurisprudencial que garantice este principio o se relacione con recursos resueltos o pendientes al respecto.	×	n.d.	×	✓	✓	✓	n.d.	×

Solo en Honduras y Nicaragua está normada la colegiación obligatoria; curiosamente ésta norma se reporta derogada en cuatro países donde la normativa no existía antes. De los tres países donde hay desarrollo jurisprudencial sobre la colegiación obligatoria, solo en uno está normada y derogada en los otros dos.

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.

Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	CR	PAN	R. D.	MEX
Normas que impongan condicionamientos previos.	×	n.d.	×	×	×	✓	×	×
Derogación de normas que impongan condicionamientos previos.	×	n.d.	×	×	×	×	n.d.	×

En cuanto a normas que impongan condicionantes previos, solo existen en el caso de Panamá. Los datos anteriores están correlacionados casi automáticamente y en similar proporción, con la inexistencia de normas derogadas sobre condicionantes previos.

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

Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Reconocimiento constitucional o legal del derecho al secreto profesional del periodista.	×	n.d.	×	×	×	✓	×	>
Jurisprudencia que garantice el respeto al secreto profesional del periodista.	n.d.	n.d.	×	×	×	✓	×	×

En cinco países el secreto profesional del periodista no está reconocido constitucional ni legalmente, excepto en Panamá y como proyecto de ley en México. Respecto a este tema, excepto Panamá, no hay jurisprudencia en cinco países y no se dispone de información para dos de los países.

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.

Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Casos de asesinatos de comunicadores sociales.	✓	n.d.	✓	✓	✓	×	×	✓
Reporte de casos de amenazas a comunicadores sociales.	✓	n.d.	✓	✓	×	n.d.	×	✓
Reporte de casos de destrucción de material de medios de comunicación	×	n.d.	✓	✓	×	n.d.	×	✓
Investigación por parte de las autoridades judiciales de los casos o alguno de los casos antes mencionados.	✓	n.d.	×	✓	✓	n.d.	✓	✓
Existencia de condenas a los responsables.	×	n.d.	×	✓	×	n.d.	×	×

La existencia de casos de asesinato de comunicadores sociales en Centroamérica y México es significativa, así como los casos de amenazas. Mientras los casos de destrucción material de medios de comunicación solo se reportan para tres países, en cuatro de los países con casos de asesinatos y amenazas se reportan investigaciones judiciales. Finalmente, solo en Nicaragua se ha condenado a los responsables.

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								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Exclusión de la sanción penal para la protección de la reputación de funcionarios públicos o personas públicas en casos de asuntos de interés público.	x	n.d.	x	x	x	√	x	x
Posibilidades de consideración en sede civil de la intención del comunicador de infligir daño o de haber actuado con un grosero menosprecio por la verdad.	x	n.d.	x	x	x	√	x	x

En seis de los países existe cláusula penal para la protección de la reputación de funcionarios públicos y no hay consideración en sede civil de la intención del comunicador de infligir daño, con excepción de Panamá.

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" sientan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.								
Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R. D.	MEX
Existencia de normas o leyes de desacato.	√	√	√	√	x	x	x	x
Derogación de normas o leyes de desacato.	x	x	>	x	√	√	x	x

Cinco países cuentan con normas o leyes de desacato; solo en Costa Rica y Panamá se han derogado ese tipo de normas, mientras en Honduras hay intención derogatoria mediante un proyecto de ley.

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.

Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	CR	PAN	R. D.	MEX
Existencia de leyes antimonopólicas de acuerdo con este principio.	x	n.d.	x	x	n.d.	x	x	x
Posibilidad de aplicación de criterios democráticos en la asignación de frecuencias radioeléctricas.	x	x	x	√	n.d.	x	n.d.	x

En la mayoría de países no existen leyes antimonopólicas respecto a propiedad y control de los medios de comunicación, ni posibilidad de aplicar criterios democráticos para asignar frecuencias radioeléctricas; la excepción es Nicaragua.

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.

Indicadores	GUA	ESV	HON	NIC	C.R.	PAN	R.D.	MEX
Reporte de casos de utilización de medios indirectos de censura.	x	x	x	x	x	√	x	√
Existencia de normas de control de uso de fondos públicos que puedan aplicarse en contra de este tipo de prácticas.	√	n.d.	x	x	>	√	x	x

Con excepción de Panamá y México, el resto de países no reportan casos de utilización de medios indirectos de censura; en lo referente a normas de control sobre el uso de fondos públicos aplicados a ese tipo de práctica, solo existen en Panamá y Guatemala, en Costa Rica como proyecto de ley.

Nuevos retos: ética y responsabilidad de los medios

Los medios de comunicación e información

Los medios de comunicación han sido importantes actores en el panorama de los derechos humanos y de la democracia, pero su papel ha ganado cada vez más protagonismo. En el caso de la política esto es claro, pues

ésta es cada vez más un fenómeno de medios. Actualmente, los gobiernos son verdaderos gobiernos “de opinión”. Entre elección y elección, es a través de los medios de comunicación que se da una canalización de aspiraciones y demandas de la ciudadanía hacia los titulares del poder y de las respuestas de éstos hacia los administrados.

En el tema del combate a la corrupción se ha reivindicado el papel de la prensa, especialmente del periodismo investigativo y responsable, como un actor esencial como medio de control ciudadano e independiente. Hoy, la labor noticiosa de los medios de comunicación, y su omnipresencia, nos permite vivir en un ambiente político más diáfano, con una óptica más amplia.

Coincidentemente, se ha dado en el hemisferio un mayor desarrollo de temas relacionados con libertad de expresión, que comienza a calar en los países con reformas legislativas que eliminan cortapisas al periodismo de investigación, a las denuncias de la sociedad civil y, en general, al libre debate de ideas y opiniones necesario en un sistema democrático. El mayor protagonismo de los medios conlleva a su vez un mayor debate sobre su papel en la democracia, especialmente cuando en esta relación se tiende a contrariar el más fundamental de sus mandamientos: la independencia.

Por otra parte, el tratamiento de los temas de derechos humanos en los medios se da, la mayor parte de las veces, como un reporte de violaciones, y no se miran los derechos humanos como un lente a través del cual se pueda leer y analizar la realidad. Los medios sufren limitaciones para trascender el “hecho”, la “noticia del día”, y para ver procesos y dramas que deben ser enfrentados como problemas colectivos y, como tales, deben insertarse en la agenda de la opinión pública.

Los medios de comunicación, a través de su labor informativa, pero las más de las veces, a través de otro tipo de manifestaciones de su trabajo, como el entretenimiento, tienden a masificar; y hay dificultad para encontrar en los

medios mensajes que promuevan la diversidad, la tolerancia y la inclusión. Esta consecuencia se profundiza cuando los sistemas educativos actuales tienen serias deficiencias para lograr educar a ciudadanos críticos, y cuando los medios de comunicación han terminado siendo uno de los principales formadores de las futuras generaciones.

Frente a esto, surge la otra dimensión: la necesidad de construir lo que UNESCO llama las sociedades del conocimiento. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han modificado la manera de comprender el mundo, de aprender, estableciendo nuevas formas de participación. Con frecuencia se argumenta que el desarrollo de las TIC ha profundizado la exclusión de quienes no tienen acceso a ellas. Los datos respaldan esta argumentación: para el año 2003, Chile era el país con la tasa más alta de acceso a Internet en América Latina, con más de 20,1 usuarios por cada 100 habitantes; le seguían, Argentina, Costa Rica, Perú y Uruguay en un rango de 7,6 a 20,09 usuarios por cada 100 habitantes. Brasil, México, Panamá, Venezuela contaban entre 3,4 y 7,59 usuarios por cada 100 habitantes. El resto de países de la región registraba menos de 3,39 usuarios por cada 100 habitantes³³.

No hay duda que se requiere reducir la brecha digital, asegurando las garantías para la libre difusión de información y el acceso equitativo a los datos y la información, lo que requiere a su vez de nuevos instrumentos jurídicos para asegurarlos, así como una mayor capacitación a la población para el uso de las TIC. Sin embargo, hay que analizar también la otra cara de la moneda: el creciente acceso que determinados grupos y poblaciones tienen a las TIC potencialmente produce un “efecto derrame”, con el importante resultado de beneficiar, indirectamente, a grupos poblacionales más amplios. Es el caso de las instituciones académicas, ONG y otras que, mediante un buen aprovechamiento de las tecnologías de la información y comu-

33 UNESCO, *Measuring and Monitoring the Information and Knowledge Societies: a Statistical Challenge*, pág. 21. En: <http://portal.unesco.org/ci/en/file>

nicación, fortalecen el trabajo en redes, comparten el conocimiento y, finalmente, potencian exponencialmente los resultados de su labor³⁴.

La cuestión de la ética y responsabilidad de los medios

Sigue una breve descripción de los contenidos de la *Declaración de principios*³⁵. Según se estipula en esta declaración, la libertad de expresión está en la base de una sociedad democrática en la medida que su sola existencia garantiza la participación plena de toda persona ciudadana de un país en la vida política, económica, pública y social. Esto se hace efectivo mediante el derecho de toda persona a dar y recibir información, a controlar su información personal y acceder a toda base de datos que la contenga, así como a acceder a la información en poder del Estado³⁶.

La libertad de expresión no debe verse coartada por medidas de censura previa, colegiación obligatoria de periodistas o condicionamientos tales como la exigencia de que la información que se emite sea verdadera, oportuna o imparcial. Aún más: un comunicador social tiene derecho a

34 En derechos humanos, y particularmente en una institución dedicada a la educación, como el IIDH, que, además, ha fomentado y desarrollado en los últimos cinco años la formación de redes académicas (y otras), el desarrollo de un sitio web de contenido, con posibilidades mucho más que informativas (cursos en línea, bases de datos de instrumentos internacionales, entre otros) ayuda a reducir la brecha digital porque permite llegar, por intermedio de organizaciones de base, centros académicos y otros, a una población muy amplia. Aunque indirectamente en muchos casos, éstas se benefician del buen uso que el IIDH hace de las TIC. Esa diferencia promueve la disminución de la brecha digital y fortalece la labor de promoción y educación en derechos humanos que realiza la institución.

35 La *Declaración de principios sobre libertad de expresión* se encuentra, en texto completo, en el sitio web del IIDH, en la siguiente dirección: http://www.iidh.ed.cr/Buscadores/Buscador_OEA.htm. Una interpretación de estos principios se encuentra en: IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*

36 Esto último dentro de ciertas restricciones que deben estar claramente establecidas por ley, tan solo aplicables ante una amenaza real e inminente a la seguridad nacional, en el marco de una sociedad democrática.

la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales. Cualquier medida dirigida a limitar este derecho debe considerarse una restricción o condicionamiento previo. Ni estas restricciones indirectas ni aquellas directas y de carácter violento (intimidación, amenazas, asesinato, entre otras) pueden suceder impunemente en una sociedad respetuosa de la libre expresión.

Adicionalmente, en los tres últimos principios se tocan importantes elementos relativos a este tema. Por un lado, se subraya que los funcionarios públicos deben estar sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, es decir, no son aceptables las leyes que penalizan alguna ofensa o supuesta ofensa a un funcionario público, en muchos países conocidas como leyes de desacato. Por otro lado, se debe garantizar el acceso a la información mediante leyes antimonopólicas, en la medida que el monopolio de los medios de comunicación resulta en una carencia de pluralidad en la información, lo cual es un serio obstáculo para el buen funcionamiento democrático. Por último, debe también estar expresamente prohibido por ley cualquier acto estatal que tenga como fin presionar o castigar, así como premiar o privilegiar, tanto a comunicadores sociales como a medios de comunicación en función de sus líneas informativas.

Es en el sexto de los trece principios que componen la declaración que encontramos una referencia a las conductas éticas:

*6. Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio o 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.** (Subrayado por los autores.)*

Pero la Relatoría desarrolla mejor el tema y le da forma a su posición relativa al mismo en su informe anual de 2001,

donde dedica un capítulo a la ética en los medios de difusión³⁷.

La Relatoría aborda este tema debido a la preocupación que suscitó entre muchos Estados e integrantes de la sociedad en la región que ésta abogara por un amplio respecto a la libertad de expresión, subrayando que éste derecho solo podía ser acotado por *las muy limitadas circunstancias previstas en la Convención Americana*³⁸, sin entrar a considerar las responsabilidades de los medios de comunicación. Para comprender el alcance de la posición de la Relatoría es esencial recordar que lo que sobresale es que, a modo de cumplir con las obligaciones convencionales, los gobiernos deben abstenerse de imponer restricciones legales al ejercicio de este derecho.

Los medios son responsables ante el público y no ante el gobierno, indica la Relatoría en este informe, en consideración a que la función principal de los medios *consiste en informar al público las medidas adoptadas por el gobierno*³⁹. En ese sentido, no puede ser el gobierno el llamado a hacer efectiva la responsabilidad en los medios de comunicación. Esta tarea corresponde a jueces y tribunales a partir de regulación legal dirigida a *proteger y salvaguardar otros derechos básicos que pueden estar en peligro o hayan sido dañados por un uso indebido de la libertad de expresión*⁴⁰.

¿Cuáles deben ser las características de esa regulación gubernamental convencionalmente aceptada? Ésta emana de los incisos 2 y 5 del Art. 13 de la Convención, así como del Art. 14. En cuanto al primero, indica que: “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar

³⁷ CIDH, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Capítulo V. En: *Informe anual 2001*, Vol. II. OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev. 1, 16 de abril de 2002.

³⁸ IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 141.

³⁹ *Ibidem*, pág. 142.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 143.

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”. ¿Cómo se establece el requisito de necesidad? La Corte lo define en su Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas

[...] 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 aquélla 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 objetivo⁴¹.

Por su parte, el inciso 5 del Art. 13 señala:

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

El Art. 14 completa el alcance de la regulación gubernamental especificando el derecho de respuesta de las

⁴¹ 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, párr. 46.

partes afectadas por informaciones difundidas por los medios⁴².

A partir de estos derechos señalados en la *Convención*, un Estado puede tomar, de acuerdo al informe de la Relatoría, las siguientes medidas concretas:

- Para garantizar la protección de los derechos y la reputación de las personas, *se pueden aplicar sanciones civiles por difamación, calumnias e injurias contra integrantes de los medios de comunicación que propalen información perjudicial para la reputación o el derecho a la privacidad de las personas*⁴³.

Si la persona perjudicada es un funcionario público, se debe aplicar el criterio de la “real malicia” a modo de determinar la responsabilidad; es decir, la carga de la prueba recae en el ofendido, quien debe probar que hubo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se trata de una información falsa. Una persona puede recibir protección mediante su derecho de rectificación o respuesta (Art. 14 de la *Convención*). El Estado puede intervenir y sancionar legalmente a los responsables de infligir el Art. 13.5, ante expresiones que inciten a la violencia. Por último, puede recurrir a leyes de aplicación general, por ejemplo, aquellas que sancionan la penetración a un inmueble de propiedad privada sin el debido permiso.

- Para garantizar la seguridad nacional, el orden público y la salubridad o la moral públicas el Estado, de acuerdo al

⁴² Artículo 14.- Derecho de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

⁴³ IIDH, *Libertad de expresión en las Américas...*, pág. 145.

Art. 13.2 de la CADH, puede imponer sanciones ulteriores siempre que éstas estén fijadas por la ley. Asimismo, el Estado puede *proteger la moral de los niños y adolescentes regulando su acceso a los espectáculos públicos que puedan ser inadecuados para ellos*⁴⁴.

- Para garantizar la exactitud de la información, la vía son las medidas positivas y no la imposición de sanciones, que podrían más bien generar un efecto de autocensura. El debate libre de ideas y opiniones es la forma correcta de aproximarse a la verdad en una sociedad democrática. *Esto puede lograrse a través de diversos mecanismos, como la prevención de monopolios u oligopolios y el uso de criterios democráticos para la concesión de frecuencias de radiodifusión [...] El Estado puede también promover una mayor exactitud de la información de los medios procurando que los periodistas tengan acceso a la mayor información posible*⁴⁵.

Pero, subraya la Relatoría, no tiene sentido discutir sobre ética o responsabilidad de los medios si no existe un respeto amplio a la libertad de expresión. Y es que, según se concluye de lo anterior, un comportamiento ético y responsable de los medios nace principalmente de los medios mismos, considerando además que estos *tienen presente la necesidad de mantener su credibilidad con el público para perdurar y frecuentemente adoptan distintos tipos de medidas para promover un comportamiento más ético por parte de los profesionales de los medios de comunicación*⁴⁶.

Más allá de cualquier posibilidad de regulación gubernamental existen, indica la Relatoría en su informe, varios mecanismos, puramente voluntarios, que ayudan a promover un comportamiento ético de los medios de comu-

⁴⁴ *Ibídem*, pág. 151.

⁴⁵ *Ibídem*, págs. 152-4.

⁴⁶ *Ibídem*, pág. 148.

nicación. Sin recomendar ninguno en particular, pero acotando que muchos de ellos están siendo utilizados en diversos países de América, la Relatoría señala los siguientes:

- Códigos de ética relativos a la recopilación o comunicación de noticias, que pueden ser desarrollados tanto por asociaciones de periodistas como por medios de comunicación.
- Capacitación universitaria y pos-universitaria en responsabilidad periodística y ética.
- Consejos de prensa, que son asociaciones formadas por medios de comunicación y el público, que consideran quejas de los ciudadanos y proceden de manera similar a la judicial. No pueden aplicar de manera coercitiva sus decisiones, se basan en el desprestigio público para el cumplimiento de normas éticas.
- Crítica a los medios, facilitada por lo medios mismos de diversas formas, como, por ejemplo, cartas al editor. Otro mecanismo de este tipo son las publicaciones sobre periodismo, análisis periodísticos en línea o publicaciones especializadas producidas por expertos u ONG dedicadas al tema. El público también puede ejercer presión para tratar de influir colectivamente sobre los medios. La autocrítica es también posible; tiene por objeto aumentar el profesionalismo en una organización. Se logra mediante el nombramiento de un ombudsman o defensor del lector, quien por lo general es un periodista respetado y con experiencia, que recibe quejas de los lectores y televidentes, resolviendo en algunos casos controversias, en otros redactando columnas de reflexión sobre temas pertinentes.

Como hasta aquí se ha visto, el tema de la ética y responsabilidad de los medios de comunicación y los comunicadores no es fácilmente abordable desde la perspectiva de los derechos humanos. De acuerdo a las declaraciones, la legislación, la jurisprudencia, y los informes que ha producido el sistema interamericano de protección de los

derechos humanos, la defensa y garantía de la libertad de expresión son suficientes para generar un interés por parte de medios y comunicadores en ejercer su quehacer profesional de manera ética y responsable.

Partimos de la convicción de que el sistema interamericano de derechos humanos centra su atención en el lugar correcto: la mínima intervención gubernamental. Sin embargo, creemos que es necesario redefinir de alguna manera el papel del sistema interamericano respecto a este asunto, pues insistir en la no-intervención del Estado y servir como contralor de que esto se cumpla, aunque son acciones que le corresponden y, por demás, necesarias, no son suficientes. Más allá de garantizar la libertad de expresión, el sistema interamericano podría incidir de manera más directa en la garantía de un manejo responsable y ético de la información, definiendo de manera más proactiva su rol en el ámbito de la capacitación, por ejemplo. Exploramos en lo que sigue por qué consideramos que esto es necesario y cómo podría implementarse.

Al evaluar la importancia del manejo ético y responsable de la información, es esencial considerar la siguiente premisa: el papel de los medios de comunicación es decisivo en la relación entre el Estado y la sociedad civil. Hace 30 años cayó Richard M. Nixon, entonces Presidente de los Estados Unidos, por el papel determinante del periódico Washington Post, por ejemplo. Por eso cabe preguntarse, ¿en qué ha cambiado la manera de informar durante estos años en las Américas? ¿qué imagen se tiene del periodismo, de los medios y sus empresas y del comunicador profesional?

A modo de conclusión señalamos las que son, según Roberto Cuéllar M., Director Ejecutivo del IIDH, algunas tendencias preocupantes en este campo:

- Lamentablemente vemos cómo el surgimiento de más medios de comunicación parece estar acompañado de una menor credibilidad. Aumenta el número de medios, pero las audiencias son cautivas, exclusivas, no llegan a las grandes masas.

- En segundo lugar, esta brecha informativa tiende a profundizarse a medida que se profundiza la brecha tecnológica. La prensa electrónica excluye a quienes no tienen acceso: un factor más en contra del acceso a la información de los sectores marginales.
- Se detecta también la tendencia de los medios a ofrecer la materia prima informativa como hechos consumados y resultados finales, lo que genera parcialidad y repetición.
- No hay claridad en las normas éticas de los medios ni de la publicidad que los respalda y la pregunta surge inevitablemente: ¿cuánta publicidad soporta la libertad de expresión, el derecho a la información? En ese sentido la fuerza de los medios de comunicación es relativa, crece y baja de acuerdo a la credibilidad que genera, que se basa en los intereses que se pueden detectar detrás de ella: sociales, particulares, políticos, empresariales... los derechos humanos ¿figuran en este abanico de intereses?

Estos son factores a considerar para comprender en toda su magnitud e implicaciones lo que significa que el derecho a la libertad de expresión es una piedra angular de la democracia. Esto abre desde ya nuevos rumbos para la investigación y la promoción de la libertad de expresión.

Propuesta de principios en materia de acceso a la información pública¹

Introducción

Este resumen recoge una versión abreviada de una propuesta marco de principios para los estados, que sirva de guía para legislar y adaptar políticas públicas en materia de acceso a la información pública, tema que fue identificado como de alto interés durante la realización de una serie de foros nacionales todos los países de Centroamérica.

El tema de acceso a la información, junto con sus repercusiones, debe ser observado desde una perspectiva dinámica con el derecho a la libertad de expresión, no obstante, no quedará circunscrito, únicamente, a la potenciación del acceso por parte de los periodistas y los medios a la información pública, sino también de todas las personas. La garantía del acceso a la información pública será vista, entonces, como un medio de crear condiciones de participación democrática en las actuales condiciones de desarrollo de las sociedades centroamericanas.

El documento extenso que argumenta y discute esta propuesta de principios fue preparado por Alfredo Chirinos para el IIDH, a partir de los trabajos y discusiones organizados por el *Programa de estudios, capacitación y*

¹ La propuesta fue preparada por Alfredo Chirino Sánchez, consultor del IIDH para el proyecto y relator de la reunión regional. Una versión completa de su informe, está disponible en la página electrónica del IIDH (www.iidh.ed.cr), y contiene una extensa bibliografía de referencia preparada por el consultor.

promoción activa del derecho a la libertad de expresión y de prensa.

Resumen de la propuesta

El acceso a la información es un requisito indispensable para alcanzar un verdadero Estado Democrático de Derecho, basado en valores tales como la transparencia y el respeto a la dignidad esencial de la persona.

Este derecho fundamental no es más que una parte esencial del derecho a la información, y no puede entenderse separado de este.

Los países de la región tienen una cultura administrativa reacia al acceso a la información, producto, principalmente, de una larga tradición de secreto y de reserva. Para romper esta circunstancia, resulta indispensable no solo un cambio de cultura administrativa, sino también la realización práctica de los principios de acceso sugeridos.

Junto al desarrollo de la libertad de información y del derecho a expresar libremente el pensamiento, tiene un papel importante en el reconocimiento de estas garantías democráticas el respeto a la autodeterminación informativa. Este último derecho es una reivindicación indispensable en una coyuntura histórica donde las democracias se definen por la intensidad y dinamismo del flujo de informaciones: La persona también debe ser protegida en una sociedad que se automatiza.

Un listado de principios de acceso a la información debe contener, al menos, una declaración especial sobre el valor del acceso para combatir la corrupción y alcanzar una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos de gobierno. Además deben reconocerse procedimientos ágiles para que las personas accedan a las informaciones y no sean abrumadas por las ingentes cantidades de datos que pueden ser proveídos sobre cualquier materia de interés público.

El costo razonable y proporcional al tipo de informaciones solicitadas es otro requisito esencial.

La administración pública debe ir creando una cultura de acceso, haciendo transparentes a los ciudadanos sus trámites y giros de actividad competencial, con el fin de que puedan permitir un control público de su gestión.

La rendición de cuentas, la transparencia y la participación civil parten de una base común: el acceso a la información, por lo cual deben estructurarse responsabilidades de los funcionarios para incentivar y propiciar el acceso a la información y la protección de los datos sensibles. Las sanciones pueden ser de carácter penal, sin embargo, no deben dejarse de lado las posibilidades de un derecho de intervención, que saque provecho de las opciones normativas provenientes del derecho civil y del mismo derecho administrativo.

La eficacia, en todo caso, de las leyes de acceso a la información pública, como la de cualquier otra legislación, depende de la voluntad de ponerlas en vigencia y del compromiso de los ciudadanos por hacerlas valer en la cotidianidad, rasgos indiscutibles de la lucha por la vigencia y realización de los derechos humanos, en general.

Principios rectores en material de acceso a la información

Un acercamiento a los principios orientadores

Cualquier regulación sobre este derecho debería orientarse hacia las alcanzar las siguientes metas, las cuales, además, han sido recogidas por diversas regulaciones jurídicas recientes:

- a) Una regulación sobre acceso a las informaciones públicas debe apuntar hacia un mejoramiento efectivo de la calidad de vida de las personas a través del ejercicio de la libertad de acceso.
- b) El conjunto regulativo debe permitir, también, la utilización sistemática de medios de participación comunitaria en la toma de decisiones.

- c) Los procedimientos que se establezcan para permitir el acceso deben ser sencillos y expeditos.
- d) Debe instarse a las administraciones a promover una cultura de transparencia, mediante la difusión de informaciones que promuevan el conocimiento por parte de la ciudadanía de sus proyectos y orientaciones
- e) La difusión de informaciones debe ser proveída por todos los medios tecnológicos disponibles, en concordancia práctica con las condiciones reales de la población que es receptora de las informaciones.
- f) Las administraciones obligadas deben garantizar, además del acceso a las informaciones, también la tutela de las personas frente a eventuales tratamientos de sus datos personales.
- g) Las políticas de difusión de información deben orientarse a generar una amplia rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos, de tal manera que los ciudadanos puedan valorar su desempeño.
- h) Contribuir a una mejor organización, clasificación y manejo de los documentos en posesión de las entidades públicas.
- i) Un sistema de acceso a las informaciones públicas debe contribuir a la democratización de la sociedad y a la vigencia del Estado de Derecho.
- j) Debe establecerse un régimen de sanciones administrativas y penales que garanticen el cumplimiento de los objetivos de la legislación.

Análisis de los principios rectores

Calidad de vida y acceso a la información

Reducir la corrupción, generar más transparencia y crear condiciones para evaluar el desempeño de los funcionarios públicos son metas valiosas a las cuales tienden las regulaciones sobre acceso a la información pública. Sin embargo, no debe entenderse que esta normativa se

circunscribe a un mero efecto “anticorrupción” sino que provee un importante elemento para una vida de convivencia más abierta, más responsable y conciente de las necesidades de todos.

La calidad de vida de las personas no se circunscribe, simplemente, a tener información, sino que también es necesario que estén en condiciones de aquilatar el impacto de las mismas en sus vidas. Por ello, es indispensable que estas leyes y regulaciones se enmarquen en un plan más amplio de los países por mejorar los estándares de salud, educación y acceso a otras condiciones esenciales de vida de los y las habitantes. Mal haría un país en pretender mejorar la publicidad de los actos de gobierno e impulsar una política de transparencia, cuando sus ciudadanos no tienen posibilidades ni de acceder a la tecnología necesaria para conocer estos datos e informaciones, ni tampoco los instrumentos básicos para poder entender y responsabilizarse en el proceso democrático de seguimiento a sus gobernantes.

El status *civitatis* de las personas en una sociedad orientada a la información no se alcanza simplemente ofreciendo las informaciones por Internet, o por cualquier otro medio tecnológicamente avanzado, sino mediante un adecuado desarrollo humano, donde la educación, la salud, las oportunidades de trabajo y las condiciones reales de participación estén garantizadas y sean posibles.

Participación comunitaria y acceso a las informaciones públicas

Los mecanismos de participación comunitaria deben poder actuarse para que el acceso a las informaciones públicas tenga algún sentido. No es posible pretender mayor responsabilidad por parte de las personas si estas no tienen medios efectivos de participación en los asuntos públicos. Es probable, que junto a los mecanismos de acceso, el Estado promueva la participación de los ciudadanos en los problemas comunitarios. La creación de estos mecanismos no es un mero ejercicio de poder o una graciosa concesión de

los poderes públicos, sino que es el complemento jurídico de una política de transparencia.

Puede ser que la comunidad ya tenga mecanismos informales de participación en asuntos públicos, sin embargo, estos mecanismos deben ser asumidos y actuados también por el Estado, como un elemento adicional de su compromiso de apertura a los administrados.

El acceso debe ser lo más amplio posible, sin embargo, algunas limitaciones al acceso deben ser tomadas en cuenta tomando como punto de partida el tipo de informaciones de las que se trate, así por ejemplo, debe discutirse legislativamente si las siguientes informaciones y datos tienen que estar excluidos del acceso:

- a) Informaciones clasificadas como secretases. Con el fin de que las definiciones de secreto no se refieran exclusivamente a definiciones antojadizas de los propios funcionarios públicos, se ha sugerido que se introduzcan en las leyes exámenes compulsorios del “peligro” que entraña la revelación de los datos solicitados. Estos exámenes de peligro indican que la Administración tiene la carga de la prueba de definir cuando los datos que han sido solicitados podrían causar peligro de daño a intereses estatales protegidos. No se trata de autorizar que los funcionarios se respalden en criterios tales como: “esto siempre se ha hecho así” o “en el pasado dicha información no se ha entregado” o que se basen simplemente en daños especulativos que no resisten el menor examen lógico de razonabilidad.
- b) Informaciones que puedan afectar al sistema bancario o financiero. Informaciones reservadas, secretos industriales e informaciones privilegiadas. Dentro del amplio marco de informaciones aquí contenidas, tenemos dos grandes rubros: las informaciones de índole financiero, y las informaciones que merecen tutela por su vinculación con la propiedad intelectual. Estas últimas se refieren, por supuesto, a los secretos industriales y las informaciones

de carácter privilegiado, que forman parte de actas y expedientes administrativos, y cuya revelación por un imperativo legal, podría dejar en desprotección los intereses de quienes intentan gestionar ante el Estado la tutela de su propiedad intelectual.

Es evidente que el derecho a la confidencialidad de información privilegiada no es un derecho absoluto y debe soportar algunas limitaciones. Principalmente, la tutela de la información privilegiada es en el sentido de los trámites ante la administración y no puede solicitarse mayor tutela que la misma que se espera de este tipo de gestiones.

Tampoco se puede exigir más tutela que la misma que la compañía ha empleado ya en público, cuando da a conocer parcialmente ciertos aspectos de su negocio. En general, debe comprenderse en la excepción los datos e informaciones que realmente puedan causar un daño substancial a las posibilidades de competencia del negocio, dándole a compañías rivales la ocasión de producir mejor y vender más fácilmente.

- c) Datos e informaciones procedentes de actos deliberativos, consejos o decisiones en el trámite de algún acto de la administración. Al respecto debe establecerse cuándo el acceso a la información realmente interferirá con la capacidad del gobierno de desarrollar una política. Toda otra información o dato que no afecte esa capacidad debe estar abierto a los ciudadanos.

La tramitación de algunas cuestiones relacionadas con la discusión de una política y la forma de llevarla adelante, en términos de discusiones sobre posibles estrategias, o consideraciones de cómo reaccionaran algunos ministros, consejeros u otros entes u órganos decisorios, no deberían de ser puestos a la luz pública, por lo menos antes de que dichas propuestas o políticas sean consideradas si quiera factibles por quienes participan en el proceso de su discusión. Esto podría afectar los procesos de nuevo

pensamiento y podría inhibir a aquellos que participan en el proceso decisorio.

- d) Informaciones de carácter personal. La sensibilidad de la información personal debe ser definida por las leyes de protección de datos, utilizando diversos criterios.

No debería de haber un privilegio especial a favor de la información laboral en el sector público, a la cual deberían tener acceso los ciudadanos, así como también los servidores. Con ellos se puede alcanzar objetivos de gran importancia: apoyar la neutralidad política de los funcionarios y evitar represalias en contra de las personas que dan noticias de casos de corrupción; asegurar el acceso a aquellos funcionarios cuyos deberes públicos los exponen al peligro, y demostrar a los funcionarios públicos que también ellos pueden hacer uso de los beneficios del derecho al acceso.

- e) Informaciones que deben ser conservadas para el deber de sigilo. Lo correcto es que las excepciones al derecho al acceso sean sumamente reducidas, y que la decisión sobre el secreto o el sigilo sea objeto de una consideración basada en el peligro de su publicidad. Por ejemplo, en el caso de las informaciones provenientes de la policía y otros agentes del sistema penal, ya existe suficiente experiencia de las limitaciones que se ofrecen frente al deber de tutela de la autodeterminación informativa de los ciudadanos. Tal es el caso cuando se niega acceso a información sensible en manos de estas fuerzas del orden o cuando el acceso pueda afectar las tareas de prevención del delito o la aprehensión y persecución penal de los eventuales transgresores. Por ello, la revelación del secreto debería de ser considerada en los siguientes casos: cuando un asunto judicial haya concluido y ya no haya posibilidad de abrir casos relacionados con él, y cuando el consejo legal se refiera a procedimientos acordes con una legislación que ha sido derogada.

Procedimientos sencillos y expeditos

Una regulación sobre el acceso a las informaciones públicas debe contar con procedimientos sencillos y expeditos que le permitan al ciudadano, sin grandes gastos y complicaciones administrativas y burocráticas, acceder a la información que le interesa.

El principio de gratuidad tiene algunas dificultades para ser reconocido jurídicamente, sobre todo porque las administraciones querrán recuperar los costos en los que incurren al procesar solicitudes de información. Al mismo tiempo, y esto no es descartable, probablemente pretendan a través de los costos “desestimular” que se hagan solicitudes de acceso. Esto debe ser evitado. El uso de altas tarifas no sólo hará imposible o muy difícil de ejercitar al derecho de acceso, sino que puede ser también una forma indirecta de mantener el secreto de los asuntos estatales. Lo más razonable es que los usuarios tengan la posibilidad de inspeccionar los documentos, sin más costos, o que se les provea de las copias que necesiten, pagando los costos de la reproducción, únicamente.

Otros costos son los procedentes del grado de dificultades que deba enfrentar la administración para obtener la información que necesita el ciudadano. Tal sucedería, por ejemplo, cuando la solicitud implique que haya una interconexión de diversos bancos de datos, o un largo proceso de estudio en actas y expedientes realizado por la misma administración. El pago de estos costos también suelen ser trasladados a los ciudadanos, sin embargo, se insiste que deben ser proporcionales al tipo de información que se solicita y a los costos en los que debe incurrir la Administración, cuando los hay, para integrar datos e informaciones de diversas fuentes, para satisfacer las solicitudes del ciudadano.

Para el procedimiento de trámite de solicitud, deberán de tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El objetivo esencial es que el procedimiento sea sencillo, seguro y de fácil comprensión para todas las personas.
- b) El procedimiento no está dirigido a denegar o a imposibilitar, sino a informar y facilitar, por lo que la administración no puede imponer el viejo sistema de “regla-excepción”, donde el secreto era la regla y el acceso era la excepción.
- c) Un plazo corto y razonable para entregar la información.
- d) Es razonable incluir una instancia de control por parte de una autoridad designada al efecto, que permita a los ciudadanos acudir en busca de apoyo frente a abusos de la administración en sus políticas poco amigables con la cultura de acceso. No debe ser la misma administración solicitada la que decide las apelaciones y argumentaciones en contra de su propia negativa a dar accesos.

Cultura de transparencia y acceso

Es necesario que el Estado desarrolle una cultura de transparencia, generando por si mismo los mecanismos necesarios para hacer llegar a los ciudadanos información sobre sus proyectos y la forma en que está disponiendo de los dineros públicos. Se suele considerar, que es un deber del Estado dar a conocer al público sus propias decisiones: proyectos de leyes o leyes, reglamentos, resoluciones, etc.

El Libre Acceso a la Información incluye el acceso, por parte de cualquier persona, a la documentación integrada por los expedientes públicos, minutas de reuniones, correspondencia, dictámenes técnicos, estudios científicos o a cualquier documentación financiada por presupuestos públicos.

El acceso se explica por la importancia que tiene la información para el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano y para la toma de decisiones que pueden afectar a la persona y a la sociedad en su conjunto. En general, este derecho se circunscribe a un acceso a información admi-

nistrada por el Estado. Es así como el Estado puede promocionar el acceso, dando a los ciudadanos cuanta información sea útil para él.

Una cultura de acceso se realiza promoviendo que la Administración asuma los siguientes deberes:

- a) Deber de publicación de informes de desempeño.
- b) Deber de instalar informaciones escritas, de fácil comprensión, sobre el tipo de servicios y competencias que se presta, así como los medios para acceder a las diversas jerarquías de la administración.
- c) Deber de informar acerca de las formas en que se tutelarán los derechos ciudadanos durante el proceso de facilitación del acceso.

Acceso y medios de difusión

El Estado cuenta hoy con muchos medios para poner en conocimiento de los ciudadanos la información que a estos puede interesar. Sigue privando el soporte en papel, porque este siempre esta disponible y los ciudadanos están acostumbrados a operar con él. No obstante, la complejidad de la administración, pero sobre todo los vertiginosos cambios que se generan a su interior requieren que cada vez más la información disponible esté en medios de almacenamiento electrónicos, magnéticos o digitales, en general. Esto ofrece no pocas dificultades debido a que conforme son más sofisticados los medios de almacenamiento más difícil se hace su acceso por los ciudadanos, sobre todo de aquellos menos integrados uso de las nuevas tecnologías.

Una adecuada política de acceso a las informaciones públicas debe poner especial interés en que a pesar de estas dificultades, haya siempre medios para acceder a la información que sean “amigables” con todos los usuarios del sistema, sin limitar el uso de las tecnologías. En algunas legislaciones se ha sugerido que el Estado promocioe la instalación de kioscos de acceso público a la información, que permitan a los ciudadanos acceder a la información que

les interesa de forma gratuita, sobre todo a la población en zonas periféricas y alejadas de las capitales.

Acceso a las informaciones públicas y protección de datos

El acceso a las informaciones públicas debe ser ejercitado de manera que no se afecten los derechos a la autodeterminación informativa de los ciudadanos. Se trata, como en otras muchos sectores de la vida de convivencia, de un enfrentamiento de derechos, que debe resolverse en una correcta concordancia, de tal manera que haya un adecuado equilibrio de los contenidos específicos de ambos derechos en juego. Este equilibrio es, por demás, esencial para que ambos derechos convivan en la vida democrática de cada país.

Para lograr una adecuada tutela del este derecho a la autodeterminación informativa, es necesario integrar formas de protección procesal, pero también instrumentos de carácter preventivo que tiene su fuente de nacimiento en las garantías y derechos fundamentales en las constituciones de cualquier país.

Debe insistirse que no se trata de un derecho del ciudadano a poseer los datos, ni tampoco de exigirlos como si se tratara de un ejercicio derivado del derecho a la propiedad. Se trata más bien de instrumentar una verdadera garantía procedimental para que realice un derecho sustantivo que a su vez intenta proteger el derecho del ciudadano a saber quién, cuándo, con qué fines y en qué circunstancias toma contacto con sus datos personales. Esta articulación suele ser difícil, ya que el habeas data no es más que una garantía procedimental, esto es una garantía para acudir a una determinada vía y ahí solicitar los datos o las informaciones que se entiende son lesivas a los derechos protegidos, y como pretensión solicitar la anulación, borrado, obstrucción o corrección de los datos que afectan a la persona. Se trata, entonces, de un derecho reactivo y no de uno preventivo. Funciona cuando ya ha sucedido un daño, que puede ser, en

algunos casos de incalculables proporciones, por la afectación que puede recibir una persona al producirse interconexiones automáticas de los bancos de datos.

Concebir al habeas data como un derecho absoluto sobre los datos o un medio procesal para ejercer un poder “cuasi” patrimonial sobre ellos, sería incorrecto. Tan incorrecto, como concebir a la autodeterminación informativa como otra forma para el derecho a poseer los datos. El derecho a la autodeterminación informativa no le concede al ciudadano un definitivo y absoluto poder sobre sus datos, sino el derecho a estar informado del procesamiento de los datos y de los fines que se pretende alcanzar, junto con los derechos de acceso, corrección o eliminación en caso de que se cause un perjuicio. Aquí se pone el interés, entonces, en la “autodecisión” o en la “autodeterminación” del individuo, lo que se desea es garantizarle su posibilidad de participación como ciudadano frente a un procesamiento de datos personales que lo puede hacer transparente para el control y reducirlo a un mero objeto del ambiente informativo.

Por otra parte, el derecho a la protección de datos no debe verse como una cortapisa o un obstáculo para el desarrollo del derecho a la libertad de información. Ambos derechos deben convivir en el estado de derecho. Son dos caras de misma moneda. Por estas razones su existencia y validez depende del equilibrio constitucional que se haga de ellos y, por supuesto, de la concordancia práctica de sus efectos de su tutela. Tanto los habitantes como las administraciones dependen de que haya un libre flujo de informaciones, y esto es lo que define modernamente el grado de democracia de un país. Es precisamente por ello, que la interacción positiva e inteligente entre estos derechos demuestra el evidente ligamen constitucional que tienen, y el valor que debe dárseles en cualquier discusión referida a la transparencia y responsabilidad de las actividades públicas.

Acceso y rendición de cuentas

El estado de derecho requiere, como un requisito esencial, que los actos de gobierno sean públicos. Al respecto, lo oculto puede generar no sólo el caldo de cultivo para la corrupción, sino también la manera más inhumana de crear condiciones para que los gobernantes actúen al margen de aquellos que los han elegido, objetivizándolos y convirtiéndolos en meros instrumentos del poder. Es por ello que importantes antecedentes constitucionales de nuestra cultura occidental, como lo son la Constitución de los Estados Unidos de América y las derivadas de la Revolución Francesa, postulaban siempre que los actos de gobierno fueran públicos y que los gobernantes dieran a conocer lo que hacen, con el fin de que los adreantes de sus actos puedan corroborar que estos se adecuan a la ley y tener claridad sobre si sus gobernantes estaban dando cabal cumplimiento al mandato que se les ha conferido mediante los procesos eleccionarios.

El control que debe ejercer la ciudadanía, se hace imposible si los gobernados no cuentan con información idónea sobre sus gobernantes y sus actos. Esto último abre la puerta a la discrecionalidad y a que los ejercicios de gobierno excedan los mismos límites impuestos por el respeto a los derechos fundamentales.

La rendición de cuentas es un excelente medio de acercar a los ciudadanos a sus gobernantes. Si estos les permiten conocer lo que hacen, cómo lo hacen, y qué recursos requieren, pueden mostrar a los ciudadanos diversas dimensiones de su trabajo, que les da a los ciudadanos un instrumento muy efectivo para aquilatar el adecuado servicio que prestan.

La rendición de cuentas tiene que ver con la responsabilidad. Se trata de responsabilizar a los funcionarios, oficiales estatales, actores privados a rendir cuentas, requiriendo que se responsabilicen por lo que hacen. Por ello es que se dice que los mecanismos de responsabilidad requieren de un ciudadano activo, bien informado, que pueda

exigir estos datos sobre la ejecución de los fondos y de los actos de gobierno. Si el ciudadano no alcanza ese nivel de información, tampoco podrá ejercer con responsabilidad sus tareas de control. El acceso se constituye, entonces, en un instrumento para presionar a los gobernantes para que se mejore la gobernabilidad.

La ausencia de un verdadero estado democrático y social de derecho pesa mucho en la situación de muchos países de la región, por ello es que hay que postular el acceso a las informaciones públicas como un derecho *sine qua non* de la democracia y un paso inevitable hacia la búsqueda de un nivel de sustentación de los regímenes democráticos de Centroamérica. Ha de comprenderse, claramente que: no puede haber un estado democrático sin acceso.

Mejora de los servicios de clasificación y consulta

Un efecto de una legislación en la materia, es el de generar al interior de las administraciones políticas de clasificación e indización de datos e informaciones que permitan un más ágil servicio de consulta.

En lo que se refiera a la actividad propia de las autoridades administrativas, las siguientes son algunas sugerencias del tipo de ayudas que podrían proveerse a los ciudadanos para facilitar el acceso a los datos:

- a) En primer lugar, muchos habitantes desconocen el tipo de informaciones y archivos que tienen las administraciones, al respecto podría ser una buena idea publicar instructivos con una descripción del tipo de datos que la administración puede poner al servicio de los ciudadanos, lo mismo si los datos proveídos podrían contener reducciones producto de algunas de las excepciones ya discutidas en virtud de intereses preponderantes.
- b) Compartir con los ciudadanos los índices que la misma administración utiliza para el trabajo cotidiano de la oficina, cuando esto pueda ser posible sin dañar alguno de

los intereses de tutela ya estudiados en secciones anteriores.

- c) Deben organizarse salas de lectura y consulta de actas y expedientes, cuando esto sea posible, para que las personas puedan visitar personalmente las oficinas y solicitar lo que les interese.
- d) Internet debe ser también un medio adicional para permitir el acceso.

Acceso y democratización

Las disposiciones normativas sobre acceso a la información pública no pueden ser, meramente, garantías formales, se trata de que sean efectivas en la práctica, donde el ciudadano pueda tener un acceso lo más inmediato posible a los datos e informaciones que le interesan.

La democratización es un producto colateral de la cultura de transparencia y publicidad que impulsan estos principios, pero es un producto deseable y al que se aspira cada vez más intensamente en el momento actual de la vida de convivencia. Esta tendencia a la democratización debe demostrarse en la práctica, sobre todo de manera sensible a cuestiones tales como el acceso a la información a personas con discapacidades, o que tengan un idioma o cultura diversa. Esto enfrenta a las administraciones que indudables problemas a la hora de decidir las más correctas políticas de acceso.

Para ello, debe educarse para el acceso, lo que significa proveer los medios técnicos suficientes, pero también se debe de preparar a las personas para que puedan acceder a través de ellos. Los medios técnicos modernos no debe de ser sólo un mecanismo destinado a los medios de comunicación. Además, los propios medios deben de contribuir en esta tarea informativa a los habitantes del país.

Parece sorprendente que en una época donde existen tantos medios de acceso a la información, con tantas herramientas tecnológicas para comunicarnos y saber más, lo

público sea cada vez menos público y haya que disputar cada vez más espacios de control a los gobernantes. Preocuparse por cuánto ganan los servidores públicos es importante, pero también deberíamos poder controlar cómo se prestan los servicios, cómo se está planeando cumplir con la solución de los problemas que atacaron en campaña y cómo se pretende construir un futuro mejor para la sociedad. Es aquí donde reside la importancia central de todo el proceso de control de la administración por medio del acceso.

Régimen sancionatorio

Cuando se plantea la posible introducción de tipos penales que sancionen conductas relacionadas con el obstáculo o la omisión de deberes en relación al acceso a la información, la primera cosa que asalta al proponente es la pregunta de si es dable pensar algún papel para el derecho represivo en esta área. La pregunta tiene interés, ya que decidirse por la sanción penal siempre implica ponderar una serie de cuestiones como lo son: los fines de la pena en este campo, posibles efectos concomitantes del castigo penal, reflexiones sobre la proporcionalidad y oportunidad de la pena a imponer, y, por supuesto, sobre la dosimetría aplicada a la infracción.

Las leyes de acceso, sobre todo la Ley Modelo sobre Acceso a la Información, promovida por la Organización de Estados Americanos (OEA), introduce tanto incriminaciones de carácter penal, como de carácter administrativo. Las incriminaciones de carácter penal propuestas, comienzan con el castigo del “impedimento u obstrucción del acceso a la información”. Por su parte, las de carácter administrativo incluyen una ponderación de comportamientos que se ordenan en atención a su carácter lesivo en: leves, graves o muy graves:

Infracciones leves:

- a) No proceder ante solicitud de las personas o instituciones legalmente habilitadas para ello, a la entrega de la información solicitada, o entregarla de forma incompleta.

- b) No cumplir las instrucciones dictadas por la administración, ente u órgano público encargado de la supervisión de los servicios de acceso a la información.
- c) No conservar información actualizada de interés público sobre el cumplimiento de los servicios y de las competencias públicas.
- d) Cualquiera otra que afecte a cuestiones meramente formales o documentales y que no constituya infracción grave o muy grave.

Infracciones graves:

- a) Entregar a la ciudadanía informaciones inexactas o falsas sobre los asuntos que son de su interés.
- b) No disponer la publicación de los reglamentos y actos de carácter general en los términos de la presente ley.
- c) Entregar datos personales protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible.
- d) Entregar o utilizar informaciones reservadas con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.
- e) El impedimento o la obstaculización del ejercicio del derecho de acceso y la negativa a facilitar información que sea solicitada.
- f) Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara.
- g) La vulneración del deber de guardar secreto, cuando no constituya infracción muy grave.

- h) Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.
- i) La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.

Infracciones muy graves:

- a) La entrega de informaciones reservadas en forma engañosa y fraudulenta.
- b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los Casos en que estén permitidas.
- c) Recabar y tratar de forma automatizada los datos de carácter personal a los que se refiere esta ley cuando no medie el consentimiento expreso del afectado.
- d) Desviar del fin público para el que fueron originalmente solicitadas informaciones reservadas al amparo del fin de colaboración entre administraciones que contiene la presente ley.
- e) La transferencia, temporal o definitiva, de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento automatizado o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al existente en el país.
- f) Tratar de forma automatizada los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.
- g) La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia la presente ley.

Como puede observarse, el objetivo de la Ley Modelo es concertar en el ámbito del derecho administrativo sancionador aquellos campos que se refieren al cotidiano

servicio público y a la relación consecuente del funcionario con los ciudadanos.

Propuesta de criterios sobre la distribución de la publicidad oficial en los medios de comunicación social¹

En el transcurso de las actividades del *Programa de estudios capacitación y promoción activa del derecho a la libertad de expresión y de prensa* en Centroamérica, se destacó –entre otros– el debate sobre la distribución de la publicidad oficial, en el cual queda claro que tal distribución no puede ni debe utilizarse con fines de control de las libertades de expresión y de prensa. Sin embargo, en el debate emergió la problemática sobre los criterios que sí pudieran emplearse para que la publicidad oficial cumpla los fines comunicacionales que debe perseguirse en una sociedad democrática.

Un extenso documento que refleja los antecedentes doctrinarios y explica los argumentos de esta propuesta y da cuenta del estado del debate, fue preparado por Carlos Urquilla para IIDH, puede ser consultado en la sección sobre libertad de expresión de la página electrónica del Instituto (www.iidh.ed.cr).

¹ La propuesta fue preparada por Carlos Rafael Urquilla Bonilla, consultor del IIDH para el proyecto y relator de la reunión regional. Una versión completa de su informe, está disponible en la página electrónica del IIDH (www.iidh.ed.cr), y contiene una relación detallada de los puntos de vista de los participantes en los talleres de validación de la propuesta.

Resumen de la propuesta. Introducción

El presente documento recoge una visión tendente a proponer criterios destinados a garantizar el derecho a la libertad de expresión mediante la prohibición de la distribución de la publicidad oficial basada en criterios arbitrarios o discriminatorios, que permita que tal distribución de publicidad sea utilizada como un mecanismo de premio o castigo hacia los medios de comunicación social por ocasión de las líneas editoriales e/o informativas que ellos ejercitan.

Durante los últimos meses el debate sobre la distribución de la publicidad oficial se ha incrementado. Y particularmente se ha reconocido que la publicidad oficial no puede servir para los fines aviesos que se han mencionado. Sin embargo, ha emergido una problemática sobre los criterios que si pudieran emplearse para que la publicidad oficial tenga los únicos fines comunicacionales que debe perseguir en una sociedad democrática; en el debate se ha polemizado sobre la utilización de *rating* y/o circulación como un criterio que garantiza que la distribución de la publicidad oficial no se desvíe a los propósitos inadecuados de premiar o castigar medios de comunicación; asimismo, se ha polemizado sobre un posible criterio de distribución equitativa de esa publicidad.

Los criterios que se proponen para la distribución de la publicidad oficial intentan dar una respuesta desde el derecho de los derechos humanos, para evitar, la continuación de un debate que, en el fondo, puede esconder un problema de búsqueda de financiamientos o utilidades para el beneficio de las sociedades que soportan a las empresas mediáticas, y propiciar, final y lamentablemente, un uso patrimonialista del Estado.

La distribución de la publicidad oficial no se puede concebir como un mecanismo destinado al sostenimiento económico de las empresas mediáticas. No se puede obviar que la publicidad oficial ejerce un considerable impacto en

las finanzas de esas empresas, pero su función es la de cumplir una necesidad comunicativa entre el Estado y la población, particularmente mediante la difusión de opiniones e informaciones por parte del Estado, para permitirle a la población dirigir su conducta hacia derroteros ciertos. Es desde esa perspectiva funcional que debe analizarse la distribución de la publicidad oficial en los medios de comunicación. Y es así como se construye la propuesta de criterios que en este documento se contienen.

La distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial es una violación a los derechos humanos

Debe afirmarse que la distribución arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial es una violación a los derechos humanos. El problema que se presenta es el relativo a las acciones que se pueden o deben adoptar para efectos de evitar que sean criterios arbitrarios y discriminatorios los que determinen la distribución de la publicidad oficial.

Un intento para lograr una aproximación hacia algunos criterios que permitan distribuir la publicidad oficial de una manera que no sea arbitraria ni discriminatoria, pasa necesariamente por la determinación de los deberes del Estado en materia de libertad de expresión, específicamente, sus deberes genéricos de respeto y garantía, y la obligación derivada directamente del derecho internacional, en el sentido de adecuar el derecho interno a las obligaciones emanadas de fuentes internacionales.

Tratándose del reconocimiento de la libertad de expresión en el ámbito del sistema interamericano, las obligaciones de respeto y garantía deben analizarse, en lo concerniente, al derecho a no ser sometido a presiones indirectas tendentes a impedir la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas. El fin de esta norma no es la supervivencia económica de las empresas mediáticas *per se*; todo parece indicar, por ser su contenido una normatividad en el ámbito de derechos humanos, que el verdadero propósito es la de

permitir el ejercicio de la libertad de expresión en todas las implicaciones que se desprenden de su carácter dual: el derecho de cada persona a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas.

Sobre la base de la obligación de respeto, en el mismo ámbito y aspecto concernido, los estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) deben abstenerse de realizar cualquier acción u omisión que estuviera dirigida a utilizar la distribución de la publicidad oficial como un mecanismo que esté dirigido a “silenciar voces opositoras” *vis á vis* “potenciar voces aduladoras”. Desde una perspectiva de la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29.c de la CADH) el derecho a la libertad de expresión no puede significar más que la coexistencia de –para continuar con un esquema maniqueísta que lamentablemente subsiste en la realidad estudiada– las “voces opositoras y aduladoras”. Sobre la base de la obligación de garantía en su dimensión de obligación de prevención, en el ámbito de la libertad de expresión concerniente con el derecho a no ser sometido presiones indirectas, los estados partes en la CADH deben adoptar todas las acciones u omisiones de cualquier índole, destinadas a evitar que, a partir de las propias estructuras estatales, se utilice la distribución de la publicidad oficial como un mecanismo dirigido a “silenciar voces opositoras” *vis a vis* “potenciar voces aduladoras”. En este sentido, los estados partes en la CADH se encuentran en el deber de *inter alia* promulgar leyes destinadas a regular las contrataciones de servicios de publicidad para el Estado –o de publicidad para entidades, obras o servicios financiados con fondos del Estado– en el sentido de asegurarse que tales propósitos aviesos se desarrollen.

Tomando en consideración la obligación de garantía en su dimensión de obligación de no dejar impunes las violaciones a derechos humanos, los estados partes en la CADH deben establecer mecanismos de investigación exhaustivos –y no condenados de antemano al fracaso o ser simples forma-

lidades inefectivas— para indagar si la distribución de publicidad oficial se ha regido por criterios arbitrarios o discriminatorios, significando así una presión indirecta tendente a evitar el ejercicio de la libertad de expresión en toda su comprensión dualista.

Finalmente, tomando en consideración la obligación de garantía en su dimensión de obligación de reparar a las víctimas de violaciones a derechos humanos, los estados partes en la CADH deben proveer reparaciones, esencialmente basadas en la idea de la *restitutio in integrum*, respecto de aquellas personas afectadas por la distribución de la publicidad oficial sobre la base de criterios arbitrarios o discriminatorios, dirigidos a provocar una presión indirecta que, como se ha dicho, esté dirigida a evitar el ejercicio de la libertad de expresión en toda su comprensión dualista. Por esto último, las reparaciones no deben estar dirigidas a las personas titulares de las empresas mediáticas, sino también, a todas las personas que se han visto privadas del derecho de escuchar las voces silenciadas.

Por la generalidad de esto último los mecanismos de reparación que implemento el Estado deben ajustarse a *inter alia* un reconocimiento público de la responsabilidad, ofrecer garantías de no repetición, asegurar la no impunidad del hecho, etcétera.

Ahora bien, las pautas publicitarias pueden tener un doble propósito: posicionar un servicio o producto, por una parte, o posicionar a una entidad o institución, por la otra. Los anteriores propósitos de las pautas publicitarias no deben confundirse con los objetivos que se persiguen con una pauta publicitaria, que pueden ser: mejorar el entorno mercadológico, por una parte, o simplemente comunicar para el entendimiento público.

Lo anterior puede resumirse y ejemplificarse en la siguiente matriz:

Propósito: ¿Qué se quiere?	Objetivo: ¿Para qué se quiere?	Resultado y ejemplo
Posicionar un producto o servicio.	Mejorar el entorno mercadológico.	Elevar directamente las ventas del producto o servicio publicitado comparando sus ventajas frente a la competencia. De esta manera: los anuncios sobre detergentes o intereses en tarjetas de crédito.
Posicionar un producto o servicio.	Comunicar para el entendimiento público.	Modificar la percepción del público sobre el producto o servicio, para efectos de aclaración; indirectamente mejorar las ventas del producto. De esta manera: anuncios de ciertos fármacos antigripales de libre venta sobre la presencia o no de pseudoefedras.
Posicionar a una entidad o institución.	Mejorar el entorno mercadológico.	Elevar directamente las ventas de la entidad o institución mediante la promoción de una imagen aceptable por los eventuales participantes del mercado. De esta manera: anuncios de algunas compañías petroleras sobre sus compromisos con la protección al medio ambiente.
Posicionar a una entidad o institución.	Comunicar para el entendimiento público.	Modificar la percepción del público sobre una entidad o institución, para efectos de aclaración o promoción de la imagen de la misma, con el propósito de elevar la credibilidad sobre ella y sobre lo que realiza. De esta manera: anuncios de algunas compañías de haber recibido determinados reconocimientos o galardones, o que alguno de sus accionistas ha sido distinguido de manera semejante.

La anterior matriz, al margen de su perfectibilidad posterior basada en criterios eminentemente publicitarios, permite comprender, básicamente, que los mensajes publicitarios tienen una incidencia directa en la generación de rentabilidad, y otros que pueden tener esa misma incidencia pero como un producto agregado o no esperado con el mensaje. La determinación de los criterios en los que debe guiarse la publicidad oficial debe darse, en consecuencia, con atención al rol que el Estado desempeña en el mercado. Es decir, el Estado puede asumir, respecto de un producto o servicio un rol de generador de los mismos en competencia con otros, o puede asumir, siempre respecto de un producto o servicio, un rol de garante de *inter alia* los derechos de los consumidores; en este último caso, es claro que la publicidad

oficial posee una función social, y desde esta perspectiva, el papel de la publicidad oficial es garantizar la rendición de cuentas, educar por medio de campañas pensadas específicamente para ese fin o para difundir campañas de salud.

De igual manera, respecto del posicionamiento institucional, el Estado puede cumplir también una doble tarea: o se pretende posicionar él para obtener una ventaja frente a otras entidades o instituciones que realizan una labor similar, y obtener una ventaja mercadológica, o se presente posicionar él para efectos de convencimiento o divulgación pública de las gestiones que realiza, los resultados de las mismas, u otras cosas semejantes.

Cuando el Estado persigue una mejora en su entorno mercadológico, le interesa captar la atención –y convertir en principales receptores o destinatarios de sus mensajes publicitarios– a la mayor cantidad posible de consumidores ya sea para elevar los niveles de venta de algún producto o servicio específico que él genera y comercializa en condiciones de competencia de mercado, o ya sea para elevar su credibilidad como entidad ofertante y participante en el mercado per se. Así debe suponerse que en algún país el Estado es prestador del servicio de telefonía juntamente con operadores privados, y en estos casos el Estado buscará competir, lealmente, con los otros operadores ofreciendo mejores tarifas para las llamadas al exterior, cobros al segundo exacto en la telefonía celular, mejores tarifas de acceso a Internet, etcétera. Y pretenderá que sus ofertas sean conocidas y convincentes por los actuales usuarios de telefonía, y por los usuarios potenciales.

Ahora bien, cuando el Estado persigue comunicar para el entendimiento público, actuando de buena fe, le interesa captar la atención de la mayor cantidad posible de la población, no para provocar un efecto mercadológico, sino para difundir un mensaje de interés público. Cuando el Estado desea advertir que un determinado producto farmacológico será retirado del mercado porque se ha descu-

bierto que algunos de sus componentes pueden afectar nocivamente la salud de las personas, generando un riesgo de muerte, no le interesa que ese mensaje lo conozcan sólo los eventuales compradores del mismo, sino los eventuales usuarios del mismo, que pueden ser niños y niñas, adultos mayores, usuarios de servicios hospitalarios públicos o privados, es decir, idealmente es interés del Estado que esa información sea conocida por todas las personas sujetas a su jurisdicción.

Cuando el Estado desea divulgar que las gestiones que realiza para la eventual firma de un tratado de libre comercio serán beneficiosas –en su entender– para los empresarios agrícolas y que esto estimulará la generación de empleo en las zonas rurales, debe interesarle que eso sea algo conocido idealmente por todas las personas sujetas a su jurisdicción. Cuando el Estado desea estimular el uso del condón en todas las relaciones sexuales como un mecanismo de prevención de la infección por VIH, es su interés que este mensaje alcance a todas las personas sujetas a su jurisdicción que se encuentren en los rangos etéreos comprendidos desde el inicio hasta el fin de la vida sexual activa. Cuando al Estado le interesa que la población destruya las acumulaciones de agua para evitar la propagación de vectores del dengue, se trata de un mensaje que debe ser recibido por todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Es necesario destacar que el Estado puede, en no pocas ocasiones, ser generador y comercializador de bienes o servicios, o ser un ente ofertante del mercado, en condiciones de monopolio; en estas condiciones, el objetivo mercadológico se pierde.

En ese sentido, el debate se ha sostenido con relación a si la distribución de la publicidad oficial basada en criterios de *rating* y/o circulación es respetuosa de la prohibición de distribución arbitraria o discriminatoria, o si por el contrario, este mecanismo, respecto de la publicidad oficial, implica *per se* una distribución de esa índole. En la misma lógica el debate se ha instado en el sentido de saber si una distribución equitativa de la publicidad oficial pudiera ser considerada *per se* como un criterio no arbitrario ni discriminatorio.

Debe tenerse presente que la prohibición que en materia de derecho de los derechos humanos existe es que la distribución de la publicidad oficial se haga en los medios de comunicación siguiendo criterios arbitrarios o discriminatorios, esto es, criterios que lleven a contradecir el principio de libertad de expresión entendida como libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas –lo que sería un criterio arbitrario– o bien, criterios que distribuyan la publicidad oficial basado en una fragmentación o distinción sustentada por la opinión política, ideológica, o de cualquier otra índole de los medios de comunicación social, destinada a coartarles su libertad de expresión.

Por ello, la formulación del principio *sub examine* es negativa (*no se debe distribuir la publicidad oficial en los medios de comunicación social sobre la base de criterios arbitrarios o discriminatorios*), de tal suerte que, en principio, los estados parte en la CADH gozan de un margen de apreciación para determinar la manera de distribución de la publicidad oficial.

Lo anterior quiere decir que cualquier propuesta de criterios de distribución de la publicidad oficial es, en principio, aceptable, a menos que se demuestre que subyace en ella un criterio arbitrario y discriminatorio.

Ahora bien, la distribución de publicidad oficial por *rating* y/o circulación se fundamenta en un criterio basado en un Índice o indicador de audiencia o preferencia. De hecho, el vocablo inglés representa un sustantivo que mide el grado de popularidad o aceptación pública de algo o alguien. En este sentido, la publicidad oficial se pauta o coloca en aquellos medios de comunicación social que presentan el más elevado *rating* y/o circulación. El problema que se presenta es, por un lado, que no existe un parámetro claro para identificar el medio de comunicación social con mayor *rating* y/o circulación; es posible obtener un promedio (media aritmética) para conocer el medio con mayor *rating* y/o circulación en la oferta de medios de comunicación social; es posible que con el método anterior exista un medio

de comunicación con un bajo nivel de *rating* y/o circulación pero que vistas las cosas en detalle –por ejemplo en una franja horaria, o en un día específico– ese medio tenga, en términos relativos, más *rating* y/o circulación que el *rating* y/o circulación promedio de los medios de comunicación; o incluso, que el elevado promedio de *rating* y/o circulación de un medio de comunicación se deba a que está focalizado en un sector muy específico –y numeroso– de la población, por ejemplo, los canales o radios adscritos a cultos o religiones, o los medios dedicados exclusivamente para los niños, e incluso porque en el momento de la medición había lanzado una oferta interesante para los consumidores.

En verdad, pues, el *rating* y/o circulación es un criterio engañoso. La pregunta “¿qué medio de comunicación social posee mas *rating* y/o circulación?” no ofrece una respuesta certera. Puede ser analizada desde muchos puntos de vista. Es un criterio bastante relativo. Aparentemente, además, el *rating* y/o circulación es un criterio “justo” para la distribución de la publicidad oficial, porque permite que tal distribución se haga en función de la posición de mercado que ocupa el medio. Por su naturaleza la distribución de la publicidad oficial basada en *rating* y/o circulación es “selectiva”, es decir dirigida sólo a un sector: el grupo de personas que forman la mayoría de los consumidores de un medio de comunicación social.

La legislación de un Estado podría ayudar a solventar estas dudas. Eso es indiscutible. Sin embargo, por otro lado, no se puede perder de vista que el derecho a la libertad de expresión es un derecho de naturaleza dual. En ese sentido, por ocasión de la naturaleza de la comunicación, que requiere siempre en emisor y un receptor, se dice que el derecho a la libertad de expresión supone una dimensión de emisión de ideas e informaciones, y una dimensión de recepción de las mismas. Erróneo sería, por lo tanto, pretender un análisis sobre los criterios para la distribución de la publicidad oficial basado en los derechos humanos sólo desde la perspectiva de las empresas mediáticas. Es cierto

que la distribución de la publicidad oficial no puede ser realizada sobre la base de criterios arbitrarios y discriminatorios, y en ese sentido no puede ser empleada como un mecanismo de premio o castigo frente a tales empresas por ocasión de sus líneas informativas y/o editoriales. Es cierto, también y en el mismo grado, que la distribución de la publicidad oficial incluye un mensaje –de opinión o de información– dirigido hacia el público, ya sea para una parcela de ese público que tiene un comportamiento mercadológico, como eventual consumidor de los bienes o servicios producidos o prestados directamente por el Estado, o simplemente para ese público en su dimensión de pueblo, es decir, como el conjunto de habitantes del Estado, en cuyo caso, el mensaje estatal adquiere, por su contenido, la trascendencia de ser interés público.

En el primer caso, teniendo el Estado un esquema o rol de productor o prestador de bienes y servicios, y actuando en condiciones de libre mercado, el Estado deja de tener la prerrogativa que ofrece su naturaleza de entidad de derecho público, y se convierte, para esos efectos, en una entidad igual que las restantes competidoras en el mercado. En ese sentido, la inversión publicitaria del Estado relativa a tales ámbitos debe tener un sentido de efectividad mercantil, es decir, permitir el convencimiento de los eventuales consumidores para que adopten una decisión de preferencia respecto de los productos o servicios producidos o prestados por el Estado con relación a los demás productos o servicios ofrecidos por los otros ofertantes.

En el segundo caso, cuando el Estado actúa con las prerrogativas de ser una entidad de derecho público, guiado por la consecución de valores esenciales como la consecución de la justicia, la seguridad jurídica o el bien común, desde una perspectiva antropocéntrica, es decir, considerando al ser humano como el origen y fin de su actividad y legitimidad, la inversión publicitaria del Estado relativa a tales ámbitos debe tener un sentido de efectividad política, es decir, permitir la difusión de sus mensajes de

interés público hacia la mayor cantidad posible de receptores, y no hacia una parcela de tales receptores.

Es desde este segundo caso que la perspectiva de derechos humanos tiene un sentido muy definido y una incidencia bastante clara. El derecho a la libertad de expresión contemplado en el artículo 13 CADH implica, como se ha indicado anteriormente, no sólo el derecho a emitir un mensaje –de opinión o información– sino también el derecho a recibirlo. Cuando se trata de un mensaje oficial destinado a producir frutos mercadológicos, bajo un esquema de funcionamiento de libre mercado, el derecho de las personas a recibir el mensaje se concretiza con no ser impedido a ese propósito. Pero cuando se trata de un mensaje oficial que no persigue tales fines es porque existe un interés público de por medio, el derecho de las personas a recibir el mensaje se concretiza no sólo con no ser impedido a ese propósito, sino también con el esfuerzo adicional de parte del Estado para propiciar activamente esa recepción a la mayor cantidad posible de la población. Mientras en el primer caso basta con que las personas tengan la posibilidad de recibir el mensaje, en el segundo caso se requiere que el Estado haga mayores esfuerzos para que esa posibilidad sea la más alta que se pueda.

Ese interés público está sustanciado en la estrecha vinculación que hay con el cumplimiento del deber de respeto y del deber de garantía que el Estado tiene que atender frente a otros derechos. La libertad de expresión, en su dimensión de recepción de mensajes ciertos, es una manera de cumplir con tales obligaciones respecto de otros derechos. Por ejemplo, una adecuada campaña publicitaria sobre la utilización del condón o de otras barreras destinadas a evitar una relación sexual de riesgo, y consecuentemente prevenir infecciones de transmisión sexual –incluyendo la infección causada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, agente etiológico del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida– es una manera de satisfacer el deber de garantía –en su dimensión de obligación de

prevención— que tiene el Estado frente al derecho a la salud y frente al derecho a la vida; una adecuada campaña publicitaria destinada a advertir sobre la prohibición impuesta por el Estado a la comercialización de semillas modificadas genéticamente para provocar frutos infértiles es una medida necesaria —aunque no suficiente— para que el Estado cumpla con el deber de garantía —en su dimensión de obligación de prevención— frente al derecho a la alimentación; una adecuada campaña sobre los derechos y libertades de las personas, su alcance y mecanismos de protección es una buena manera de dar cumplimiento al deber de respeto que el Estado posee respecto del derecho a la educación en derechos humanos; en definitiva los mensajes del Estado deberían orientarse a proveer información clara, efectiva y veraz que le permita a los habitantes del mismo tomar las mejores decisiones para el ejercicio de sus derechos.

En los últimos casos que se han referido, el derecho de la población a recibir el mensaje se encuentra protegido por los artículos 1.1, 2 y 13 CADH, y es deber del Estado permitir la máxima difusión de sus mensajes. Es desde esta perspectiva que, con relación a ese tipo de mensajes, la distribución de la publicidad oficial basada en *rating* y/o circulación no permite garantizar que la mayor cantidad posible de habitantes del Estado puedan ser receptores del mensaje oficial. El criterio de distribución de la publicidad oficial para estos mensajes que no poseen una finalidad mercadológica, basado en *rating* y/o circulación, en el caso que el *rating* y/o circulación sea adecuadamente establecido y observado, no es una violación del artículo 13.3 CADH en el sentido de ser un medio indirecto destinado a impedir el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación social, pero si se proyecta como una violación al artículo 13.1 CADH en el sentido de impedir deliberadamente a un considerable sector de la población —el que no forme parte del *rating* y/o circulación— la recepción de los mensajes —opinión o información— contenidos en la publicidad oficial. Este criterio se sustenta

–y permite hacer una diferencia clara con la publicidad oficial enderezada a provocar efectos mercadológicos– en la naturaleza misma del mensaje y en el interés que en él se contiene.

Propuesta de criterios para distribuir la publicidad oficial

A partir de lo anterior, es posible el establecimiento de una propuesta de criterios para distribuir la publicidad oficial.

Inicialmente, se debe entender por publicidad oficial aquella que es realizada por el Estado, las entidades descentralizadas –autónomas o no–, los gobiernos locales, y en general la realiza por entidades de derecho público; al mismo tiempo, la publicidad realizada por entidades privadas respecto de actividades, productos o servicios financiados por fondos públicos.

Dentro de la noción de publicidad oficial debe distinguirse, además, aquella que tiene o persigue un objetivo mercadológico de la que persigue un objetivo estrictamente divulgativo o de información. Se tendrá que entender que se persigue un objetivo mercadológico cuando el resultado esperado con el mensaje publicitario está orientado a elevar la comercialización de bienes o servicios producidos o distribuidos por el Estado, frente a otros ofertantes, en condiciones de mercado libre.

En los casos en que la publicidad oficial se dirija o realice a través de medios de comunicación social –medios de difusión escrita, radial o televisiva– se hablará técnicamente de publicidad oficial mediática. Tomando en cuenta que hay muchas otras formas de publicidad oficial –carteles o vallas en carreteras, volantes, etcétera– los criterios que se formularán se referirán a la publicidad oficial mediática.

Se comparten los siguientes criterios:

1. La publicidad oficial mediática debe ser pautada o colocada en función del objetivo comunicacional que se

persigue con ella, y no emplearse para el beneficio de intereses públicos o privados ajenos al mismo.

2. La publicidad oficial mediática con objetivos mercadológicos debe ser pautaada o colocada de tal manera que permita que el mensaje sea recibido por la mayor cantidad de consumidores específicos, para estos propósitos, la medición y análisis del *rating* y/o circulación es una guía que permite llegar a esa mayor cantidad de consumidores.
3. La publicidad oficial mediática sin objetivos mercadológicos debe ser pautaada o colocada de tal manera que permita que el mensaje sea recibido por todos los posibles destinatarios del mismo:
 - a) Al tratarse como destinatario a la población en general en todo el territorio, los mensajes deben diseñarse en formatos divulgables por medios escritos, radiales y televisivos, de conformidad con las necesidades del mensaje y las características de la población meta, y pautaarse y colocarse en todos los medios, sin excepción, en las mismas franjas horarias o secciones, de manera simultánea, en igualdad de condiciones de extensión o duración.
 - b) Al tratarse como destinatario a la población en general en una zona específica o determinada del territorio, los mensajes deben diseñarse en formatos divulgables por medios escritos, radiales y televisivos, de conformidad con las necesidades del mensaje y las características de la población meta, pautaarse y colocarse en todos los medios, sin excepción, que poseen cobertura comprobada en la zona, en las mismas franjas horarias o secciones, en igualdad de condiciones de extensión o duración.
 - c) Al tratarse como destinatario a una población específica en todo el territorio, los mensajes deben diseñarse en formatos divulgables por medios escritos, radiales y televisivos, de conformidad con las necesidades del mensaje y las características de la población meta, pautaarse y colocarse en todos los

medios, sin excepción y en igualdad de condiciones de extensión o duración, que poseen secciones o franjas horarias en los que la población meta sea público comprobado.

- d) Al tratarse como destinatario a una población específica en una zona específica o determinada del territorio, los mensajes deben diseñarse en formatos divulgables por medios escritos, radiales y televisivos, de conformidad con las necesidades del mensaje y las características de la población meta, pautarse y colocarse en todos los medios, sin excepción sin excepción y en igualdad de condiciones de extensión o duración, que poseen secciones o franjas horarias en los que la población meta sea público comprobado,
4. La publicidad oficial mediática con objetivos mercadológicos se debe regir por los mismos criterios empleados para la publicidad oficial mediática sin objetivos mercadológicos, cuando el Estado se encuentre en una situación *de facto o de iure* como monopolio.
 5. En caso de duda sobre los objetivos perseguidos por la publicidad oficial mediática, se debe entender que se trata de publicidad oficial mediática sin objetivos mercadológicos.
 6. Toda la publicidad oficial mediática debe guiarse para provocar la máxima efectividad comunicacional, es decir que el mensaje a transmitir alcance a la mayor cantidad posible de destinatarios, y sea entendido con facilidad, empleando los formatos y medios que sean necesario para ese propósito.
 7. Trimestralmente, el Estado debe dar una rendición pública de cuentas sobre los montos de la publicidad oficial mediática con y sin objetivos mercadológicos, y su distribución en los medios de comunicación, así como los resultados comunicacionales obtenidos con dicha publicidad.

La propuesta de ley de la UNESCO para garantizar el libre acceso a la información pública en América Latina

Alejandro Alfonzo¹

En una sociedad democrática, el acceso a la **información pública** y a sus **fuentes** debe ser libre, oportuno, permanente, práctico, confiable, de calidad y como bien ha señalado la UNESCO, “en las sociedades del conocimiento se crea la posibilidad de un peritaje democrático en el marco de lo que el pensamiento político ha denominado *democracia deliberativa*”. Tal argumento para la UNESCO descansa en los siguientes factores: primero, el aprovechamiento compartido del conocimiento se basa en una perspectiva común de la que pueden emanar la discusión democrática, el apaciguamiento de las discrepancias y la posibilidad de un consenso. Segundo, el aprovechamiento compartido del conocimiento no sólo permite, por consiguiente, la promoción del conocimiento o de la información de dominio público, sino que abre un verdadero ámbito público, esto es, un espacio para el encuentro y el debate democrático, en el que la deliberación sobre los medios siempre se convierte en una deliberación sobre los fines y, en última instancia, sobre los valores².

¹ Consejero de Comunicación e Información de la UNESCO para América Latina, sede San José, Costa Rica

² Informe Mundial de la UNESCO: *Hacia una sociedad del conocimiento*. Paris, 2005. Versión oficial en español.

Estas y el mandato de los Estados miembros³ son las bases de la propuesta de ley de la UNESCO sobre el *derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*⁴ en América Latina, que presentamos a continuación de esta nota.

En junio de 2004, la UNESCO editó un interesante estudio preparado a solicitud de la Organización⁵ por el destacado jurista venezolano Alejandro Fuenmayor. El documento constituye un análisis de derecho comparado sobre las previsiones constitucionales y las disposiciones legales existentes en América Latina acerca del libre acceso a la información pública. El texto también estableció los fundamentos de una propuesta de ley *modelo* o *marco* que posteriormente la UNESCO sometió al debate y el análisis con otros especialistas, organizó su elaboración definitiva y dio a conocer a los gobiernos y parlamentos de América Latina a modo de sugerencia. Elemento de gran importancia fue el haberlo remitido al Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), quien con especial espíritu de cooperación intermedió en el proceso de distribución entre sus miembros.

El estudio es resultado de un proceso que evidencia tanto la experiencia, conocimientos y capacidad del doctor Fuenmayor y el valor de los diálogos sostenidos con especialistas, como el empeño de la UNESCO para cumplir con el mandato recibido de las naciones que la integran. También el proyecto de ley constituye una respuesta a una de

3 **El Programa Presupuesto de la UNESCO (2004/2005)**, Gran Programa Comunicación e Información, establece entre otros mandatos al secretariado de la Organización “Prestar apoyo a los Estados Miembros para la formulación y adopción de políticas y estrategias integradas de comunicación e información y para la promulgación o adaptación de leyes relativas a los medios de comunicación que promuevan el acceso a la información y se ajusten a los principios reconocidos internacionalmente de libertad de expresión, derechos humanos y democracia”.

4 Editado por la Oficina de UNESCO para Centroamérica. San José, Costa Rica, Junio del 2004.

5 Oficina de UNESCO en San José, Costa Rica mediante el Consejero de Comunicación de la UNESCO para América Latina.

las recomendaciones de la denominada Carta de Santo Domingo, aprobada en las jornadas que sobre la información pública tuvieron lugar en julio del 2002 en la capital Dominicana⁶.

El documento que nos ocupa es una valiosa contribución a los esfuerzos que han realizado a favor del *libre acceso a la información pública* en Latinoamérica los organismos oficiales, privados, las organizaciones profesionales, las instituciones académicas y la sociedad civil organizada. En este sentido destacan los casos de México, Panamá, Perú, República Dominicana y Ecuador, que ya disponen de los instrumentos legales idóneos; y, por la otra parte, respaldar las diligencias de las instituciones de ciudadanos, partidos políticos, directivos de los medios de comunicación social y de las asociaciones de periodistas para la concreción en sus ámbitos nacionales de legislaciones de salvaguardia del libre acceso a la información pública.

El texto de ley que sugiere la UNESCO a los poderes ejecutivos y legislativos de los Estados latinoamericanos presenta innovaciones y hace añadidos novedosos en sus disposiciones generales, capítulos, artículos y párrafos. Una de las virtudes de la propuesta consiste en que está en sintonía con el ritmo de los tiempos actuales e incluso se adelanta a ellos, cualidad de previsión del buen especialista en técnica jurídica y de todo legislador.

El planteamiento parte de la consideración de que el derecho a la información pública por parte de los ciudadanos es una de las bases de la democracia y su carencia o deficiencia incide en el funcionamiento, perfeccionamiento y desarrollo de ella. Hacia ese déficit apunta el Informe del PNUD sobre la democracia en América Latina al advertir que “La falta de información y de debate constituye una carencia grave, porque la democracia –que se basa en la

⁶ Esta reunión regional de expertos fue organizada por la UNESCO con la cooperación del diario Al Día y la Revista Ahora, en Santo Domingo, República Dominicana.

reflexión y el debate de los ciudadanos y sus líderes— es la única forma de organización política que tiene capacidad para rectificarse a sí misma”.

Ahora bien, tal derecho debe implicar a las personas, entre otros aspectos, conocer todos aquellos actos relevantes que motiven las decisiones que toman los organismos del Estado, particularmente la administración así como la definición de sus programas y acciones u otras gestiones en el manejo de la cosa pública y en especial, para diseñar y ejecutar las políticas públicas si se asume a éstas, en palabras de José Antonio Ocampo, “como flujos de información y cursos de acción relacionados con un objetivo público definido en forma democrática y consistente”.

Por otra parte, el libre acceso a la información pública debe tenerse como un derecho que amplía el ejercicio de la ciudadanía, desde su sentido jurídico hasta la dimensión política que ella ostenta y que está dado tanto por los procesos de comunicación que tal ejercicio supone para explicitarse y proyectarse como por el ámbito de lo público que él rescata para “encarnarse” en derecho precisamente de los ciudadanos y no como espacio y asunto exclusivo del poder estatal.

Se trata, en definitiva, de la práctica de una ciudadanía integral definida en el citado Informe del PNUD como aquella que abarca un espacio sustancialmente mayor que el del mero régimen político y sus reglas institucionales y que considera “que el ciudadano de hoy debe acceder armónicamente a sus derechos cívicos, sociales, económicos y culturales, y que todos ellos conforman un conjunto indivisible y articulado”; que además de estar consagrados en la constitución son efectivos, respetados e integrados a la cotidianidad de las personas.

Propuesta de ley modelo de la UNESCO sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública en América Latina ⁷

Considerandos de la ley

Considerando: Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por las Naciones Unidas en 1948, establece en su artículo 19.º que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Considerando: Que el artículo 13.º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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”.

Considerando: Que el artículo 19.º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) establece lo siguiente: 1. Nadie podrá ser molestado por causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de frontera, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales.

⁷ Preparada bajo la coordinación de Alejandro Alfonzo.

Considerando: Que el artículo 4.º de la Carta Democrática Interamericana de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos establece: 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.

Considerando: Que el derecho de acceso a la información pública es una de las fuentes de desarrollo y fortalecimiento de la democracia representativa y participativa en tanto que permite a los ciudadanos analizar, juzgar y evaluar en forma completa los actos de sus representantes y estimula la transparencia en los actos de la administración pública del Estado.

Considerando: Que, según el primer preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, se establece el convencimiento de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Para ello consagra en su artículo 3.º medidas preventivas tales como “... 4. Sistema para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda. 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas...”.

Considerando: Que las autoridades y funcionarios de la administración pública del Estado, tanto nacional como regional y local, en su obligación de rendir cuenta a los ciudadanos de los cargos que desempeñan, deben suministrar a la población la más amplia y oportuna información sobre sus actividades con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública.

Considerando: Que todos los órganos y entes de la administración pública del Estado deben mantener permanentemente actualizada y a disposición de los ciudadanos, unidades y órganos especializados, como guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia.

Considerando: Que dentro de los retos que impone la sociedad de la información o del conocimiento está darle marco integral a las nuevas tecnologías de información y comunicación con leyes de acceso a la información pública gubernamental que formulen no solo procedimientos de entrega de información oficial, sino también obligaciones de transparencia a través de portales y medios electrónicos disponibles a todos los ciudadanos sin discriminación.

Se dicta la siguiente ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1.º Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto establecer los principios, bases y procedimientos que deben regir y garantizar el derecho constitucional del ciudadano al libre acceso de la información pública así como desarrollar las normas que deben asumir las personas sujetas a la presente ley, garantizando la participación ciudadana por el manejo adecuado y transparente del patrimonio público del Estado.

Artículo 2.º Definiciones

Para todos los efectos del alcance e interpretación de la presente ley, se establecen las siguientes definiciones:

- 1) Función pública.** Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

- 2) **Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público.** Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o elegidos por votación del pueblo para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos⁸.
- 3) **Patrimonio público.** Se considera patrimonio público: 1) los órganos y entidades del poder público nacional; los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del poder público de los estados, departamentos o provincias; 2) los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del poder público en los distritos, distritos metropolitanos, municipios, cantones, y demás administraciones públicas locales; 3) los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios y dependencias federales; los institutos autónomos, entes autárquicos, nacionales, de estados, departamentos o provincias, y de los cantones o municipios; 4) las universidades públicas; 5) las demás personas de derecho público nacional, de los estados, departamentos o provincias y de los municipios o cantones; 6) las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas referidas en los numerales anteriores, tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquellas; 7) las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las personas jurídicas señaladas en los anteriores numerales o incisos, o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto; 8) los recursos entregados a particulares por entes del sector público

⁸ Tomado del artículo 1ro. de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos de fecha 29 de marzo de 1996.

mediante transferencias de aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública; 9) los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre los activos de órganos mencionados⁹.

- 4) Administración pública.** La administración pública comprende: 1) los órganos pertenecientes a la administración pública nacional central (vicepresidencia, ministerios, autoridades únicas de área, oficinas nacionales, y demás entes u órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo Nacional Central); 2) los órganos de la administración pública nacional desconcentrada (servicios autónomos sin personalidad jurídica); 3) los órganos y entes de la administración pública nacional descentralizada de derecho público o privado, con fines empresariales o sin ellos en su sentido funcional (institutos autónomos, entes autárquicos, empresas del Estado, fundaciones, asociaciones civiles); 4) los órganos y entes de la administración pública descentralizada en su sentido territorial (estados, departamentos o provincias; cantones, municipios y demás entes locales); 5) órganos y entes descentralizados funcionalmente de los estados, departamentos, provincias, municipios, cantones y demás autoridades de la administración pública regional y local (institutos autónomos, entes autárquicos, sociedades mercantiles públicas, asociaciones civiles, fundaciones).
- 5) Información pública.** Se considera información pública todo tipo de información creada u obtenida por los órganos o entes de la administración pública o que se encuentren en su posesión o bajo su control, responsabilidad o competencia, y que esté contenida en

⁹ Tomado de la Ley contra la Corrupción de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial No. 5.637 extraordinario del 7 de abril de 2003, con la incorporación de conceptos las administraciones públicas de los países estudiados.

cualquier medio, documento o registro impreso, óptico, electrónico, magnético, digital, químico, físico, biológico o en cualquier otro formato¹⁰. También se considera información pública a los asuntos relativos al funcionamiento y competencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial, Defensoría del Pueblo o del Habitante, Procuraduría General o Fiscalía General de la República o de la Nación y demás instituciones de rango constitucional; que se regirán de conformidad con las leyes nacionales y dejando a salvo las excepciones previstas en la presente ley sobre informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido.

- 6) Información personal y confidencial.** Todo tipo de informaciones personales y confidenciales creadas u obtenidas por los órganos o entes de la administración pública o que se encuentren en su posesión o bajo su control, responsabilidad o competencia, y que se refieran a datos personales cuya difusión constituya una invasión a la intimidad personal o familiar que tenga relevancia con respecto a datos médicos y psicológicos de las personas, su vida íntima, incluidos sus asuntos familiares, filiación política, creencias religiosas y datos correspondientes a sus bienes. Igualmente, los datos e información personal protegidos según tratados internacionales y según disposiciones nacionales a favor de niños, niñas y adolescentes. Esta categoría de información constituye una excepción al libre acceso del ciudadano a la información pública, de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley.
- 7) Información de acceso restringido.** Todo tipo de informaciones creadas u obtenidas por los órganos o entes de la administración pública o que se encuentren en su posesión o bajo su control, responsabilidad o compe-

¹⁰ Tomado con algunas adaptaciones y modificaciones, del Proyecto de Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública del Congreso Nacional de la República del Ecuador del 12 de junio de 2003.

tencia, cuya divulgación está circunscrita únicamente a los funcionarios públicos, oficiales gubernamentales o servidores públicos que la deban conocer en razón de sus atribuciones y competencias de conformidad con la ley y que constituyen un régimen de excepción al libre acceso del ciudadano a la información pública, de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley¹¹.

Artículo 3.º Principio de acceso libre a la información pública

Todo ciudadano tiene derecho a solicitar y recibir información pública en forma completa, adecuada y oportuna de cualquier órgano o ente de la administración pública. A tales fines, la información referente al ejercicio y actividad de las atribuciones y competencias de dichos órganos o entes, así como la administración de su respectivo patrimonio tendrá carácter público, salvo las excepciones previstas en materia de informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido, de conformidad con la presente ley.

Artículo 4.º Principio de publicidad

El ejercicio y la actividad de las atribuciones y competencias de los órganos y entes de la administración pública así como la administración del patrimonio público correspondiente a dichos órganos o entes, están sometidos al principio de publicidad. En consecuencia, toda la información que posean o que se encuentre bajo su control tendrá carácter público y será de libre acceso a los ciudadanos, salvo las excepciones previstas en la presente ley.

Artículo 5.º Principio de transparencia y rendición de cuentas

Los órganos o entes de la administración pública, a través de sus oficiales gubernamentales, funcionarios y servidores públicos, están en el deber de exponer y someter al escrutinio

¹¹ Tomado con algunas modificaciones, de la Ley No. 6 del 22 de enero de 2002 de la República de Panamá, con incorporación de elementos nuevos.

de los ciudadanos la información relativa a la gestión pública y al manejo de los recursos públicos que se le confían. En consecuencia, están en la obligación de rendir cuentas de los cargos que desempeñan en ejercicio de sus atribuciones y competencias asignadas, de conformidad con la presente ley y demás disposiciones aplicables en la materia.

Artículo 6.º Principio de participación ciudadana

Los órganos o entes de la administración pública promoverán la participación ciudadana. A tales fines, los ciudadanos podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la administración pública.

Artículo 7.º Ámbito de aplicación de la ley en cuanto al derecho de acceso a la información pública

De conformidad con el derecho de acceso a la información pública, la presente ley legitima el ejercicio constitucional referido en este artículo, a todos los ciudadanos y ciudadanas sin discriminación ni distinción. A tal efecto, la expresión “ciudadano” comprende a todas las personas físicas o naturales residentes, o las personas jurídicas domiciliadas del país, sin distinción ni discriminación, las cuales están legitimadas para ejercer el derecho de acceso a la información pública.

Artículo 8.º Ámbito de aplicación de la ley en cuanto a los órganos o entes obligados a suministrar la información pública

En relación con los órganos o entes de la administración pública obligados a suministrar la información a los ciudadanos, la presente ley se aplica a los siguientes órganos y entes: 1) los órganos pertenecientes a la administración pública nacional central (vicepresidencia, ministerios, autoridades únicas de área, oficinas nacionales y demás entes u órganos pertenecientes al Poder Ejecutivo Nacional Central); 2) los órganos de la administración pública

nacional desconcentrada (servicios autónomos sin personalidad jurídica); 3) los órganos y entes de la administración pública nacional descentralizada de derecho público o privado, con fines empresariales, o sin ellos, en su sentido funcional (institutos autónomos, entes autárquicos, empresas del estado, fundaciones, asociaciones civiles); 4) los órganos y entes de la administración pública descentralizada en su sentido territorial (estados, departamentos o provincias; cantones, municipios y demás entes locales); 5) órganos y entes descentralizados funcionalmente de los estados, departamentos, provincias, municipios, cantones y demás autoridades de la administración pública regional y local (institutos autónomos, entes autárquicos, sociedades mercantiles públicas, asociaciones civiles, fundaciones regionales o locales).

Parágrafo primero. La presente ley también es aplicable a los particulares que hayan recibido aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés público o utilidad pública hasta el cumplimiento de la actividad encomendada. Las informaciones por suministrar siempre serán las relacionadas en forma directa con la actividad de interés público o utilidad pública que se trate. Así mismo, la presente ley es aplicable a los particulares que gestionen un servicio público o de interés público financiado con aportes provenientes del patrimonio público.

Parágrafo segundo. A los fines de garantizar el cumplimiento de las normas previstas en la presente ley, cada órgano o ente de la administración pública está en la obligación de designar y publicar, a través de los medios de publicación referidos en esta ley, los datos del oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable de suministrar la información que soliciten los ciudadanos.

Capítulo segundo

El derecho de acceso a la información pública y la transparencia de la administración pública

Artículo 9.º alcance del derecho de acceso a la información pública

Todo ciudadano tiene legitimidad para ejercer el derecho al libre acceso de la información pública. Este derecho comprende: 1) el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actas y expedientes de la administración pública; 2) el derecho a estar informado periódicamente, y cuando lo requiera, de las actividades que desarrollen los órganos o entes de la administración pública; 3) el derecho y la libertad de buscar, solicitar, recibir y difundir informaciones pertenecientes a la administración del patrimonio público que conforman los órganos o entes de la administración pública; 4) el derecho a obtener, mediante cualquier soporte impreso, magnético, o electrónico, información sobre el ejercicio y gestión de los órganos o entes de la administración pública; 5) el derecho a obtener información sobre cualquier tipo de documentación que sirva de base o referencia a cualquier decisión de los órganos o entes de la administración pública, así como a obtener todo tipo de información relativa a sus políticas, organización, servicios y demás aspectos generales sin perjuicio de los demás derechos consagrados o puedan derivarse de las otras normas de la presente ley.; 6) el derecho a obtener información sobre cualquier dato que esté contenido dentro del concepto definido en el artículo 2.º, inciso 5, de esta ley; 7) el derecho a obtener información sobre los asuntos relativos al funcionamiento y competencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial, Defensoría del Pueblo o del Habitante, Procuraduría General o Fiscalía General de la República o de la Nación y demás entes de rango constitucional de conformidad con la ley nacional.

Parágrafo único. Se excluyen del presente artículo las excepciones previstas en la ley sobre información personal, confidencial e información de acceso restringido.

Artículo 10.º Los medios de comunicación social

En virtud del carácter fundamental y primordial que representan los medios de comunicación social en el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones sin consideración de fronteras, estos deben recibir apoyo por parte de oficiales gubernamentales y funcionarios o servidores públicos de los órganos y entes de la administración pública. En consecuencia, se reconoce de manera expresa y primordial la legitimación de los medios de comunicación social, de sus comunicadores y periodistas al libre acceso de la información pública¹².

Artículo 11.º Gratuidad

El acceso a la información pública es gratuito, en tanto no se requiera la reproducción de esta. Los costos de reproducción correrán a cargo del solicitante o peticionario. La información será suministrada en copia documental simple o en su reproducción digital, sonora, audiovisual, fotográfica, cinematográfica, según la naturaleza de la información pública y su correspondiente solicitud, siempre y cuando sea técnicamente factible.

En caso de que la información solicitada sea requerida de manera certificada, el solicitante o peticionario deberá cumplir, para los efectos de las formalidades y de los costos, con las disposiciones legales que rigen la materia¹³.

Artículo 12.º La transparencia de la información pública

En cumplimiento del principio de publicidad, los órganos y entes de la administración pública deberán establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y completa información sobre sus actividades. Así

¹² Tomado, con algunas modificaciones, del Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública de la República Dominicana; Texto cit.

¹³ Tomado del Proyecto de Ley de Acceso a la Información para la Transparencia en la Gestión Pública, No. 15.079 de fecha 16 de diciembre de 2002 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

mismo, los órganos y entes de la administración pública mantendrán permanentemente actualizados y a disposición de los ciudadanos, en las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los entes adscritos así como las guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia y de sus órganos adscritos¹⁴.

Artículo 13.º Información parcial

En el supuesto de que exista una información que contenga, en forma parcial, datos personales, confidenciales o de acceso restringido; el órgano o ente responsable de suministrar la información deberá comunicar al solicitante o petionario la negativa respecto a lo personal, confidencial o de acceso restringido, y debe suministrar la parte que configure información pública de conformidad con la presente ley.

Artículo 14.º La consulta pública

A los efectos de cumplir con el principio de participación ciudadana, cada órgano o ente de la administración pública llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales que soliciten libremente su inscripción y cuyo objeto social de dichas organizaciones o comunidades se refiera al sector de las atribuciones o competencias del órgano o ente público correspondiente.

Artículo 15.º El procedimiento de la consulta pública

Cuando los órganos o entes de la administración pública, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales inscritas en el

¹⁴ Tomado de los artículos 138º y 139º de la Ley Orgánica de la Administración Pública de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de fecha 17 de octubre de 2001, bajo el No. 37.305; y del artículo 8º de la Ley contra la Corrupción de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial en fecha 7 de abril de 2003, bajo el No. 5.637.

registro referido en el artículo anterior. En la comunicación del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el que se recibirán, por escrito, las observaciones. De igual manera, dicho lapso no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. Así también informará, a través de su página en Internet en la que se expondrán los documentos sobre los que verse la consulta.

Durante el proceso de consulta, cualquier ciudadano puede presentar por escrito sus observaciones o comentarios sobre el correspondiente anteproyecto sin necesidad de estar inscrito en el registro antes referido.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente fijará una fecha para que sus funcionarios o servidores públicos especialistas en la materia sean convocados y para que las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o, si se cree conveniente, considerar un anteproyecto nuevo. El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante.

Artículo 16.º El procedimiento de la consulta pública como requisito esencial de validez

El órgano o ente de la administración pública no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni podrá remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, en conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes de la administración pública o propuestas por estos a otras instancias tendrán carácter de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En caso de emergencia manifiesta y por fuerza de las obligaciones del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el presidente de la República, así como las máximas autoridades de los estados, departamentos, provincias, municipios o cantones, en el área de sus competencias normativas territoriales y funcionales según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente conforme al mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales. El resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y esta podrá ratificarla, modificarla o eliminarla¹⁵.

Artículo 17.º La red de conectividad de la información pública

A los fines de cumplir con el desarrollo progresivo de la sociedad del conocimiento como objetivo del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, los órganos o entes de la administración pública, de acuerdo con sus recursos presupuestarios y a su infraestructura técnica en materia de telecomunicaciones e informática, establecerán en forma progresiva la red de conectividad de información y comunicación pública. Dicha red tiene dos objetivos fundamentales: 1) interconectar a través de una red troncal todos los órganos y entes de la administración pública y 2) difundir y dar acceso al ciudadano a través de medios de telecomunicación e informática (teléfono, infocentros de Internet, medios sonoros y audiovisuales) de la información pública.

Artículo 18.º Establecimiento de portales de la administración pública

A los fines de dar cumplimiento al artículo anterior, y de conformidad con el artículo 12.º de esta ley, los órganos y

¹⁵ Tomado de los artículos 136º y 137º de la Ley Orgánica de la Administración Pública de la República Bolivariana de Venezuela, con algunas modificaciones. Texto citado.

entes de la administración pública establecerán progresivamente portales interactivos con el ciudadano a través de la red de Internet o de cualquier otro procedimiento tecnológico de información y comunicación pertinente que contendrán la siguiente información:

- 1) Datos generales del órgano o ente de la administración pública que comprenda principalmente las disposiciones y comunicados que se emiten, su organización, procedimientos, marco legal, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de su competencia y de sus órganos adscritos.
- 2) La información presupuestaria que comprenda los datos sobre el presupuesto ejecutado, proyectos de inversión, partidas de sueldos, salarios y beneficios de los oficiales gubernamentales, funcionarios o servidores públicos y el personal en general.
- 3) La adquisición de bienes y servicios que realicen. La publicación debe incluir el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos.
- 4) Las actividades oficiales desarrolladas o por desarrollarse por parte de los oficiales gubernamentales y altos funcionarios o servidores públicos del respectivo órgano o ente.
- 5) Cualquier otra información que el órgano o ente considere pertinente, de conformidad con la presente ley.

Parágrafo primero. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a las informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido consagradas en la presente ley.

Parágrafo segundo. El órgano o entidad deberá publicar en el respectivo portal, la identificación y datos de contacto del oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable del portal¹⁶.

¹⁶ Tomado con modificaciones, del artículo 5° de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú. Texto cit.

Artículo 19.º Uniformidad de criterios de la administración pública

A los fines de lograr el establecimiento de una red troncal de información y comunicación uniforme, coherente y sólida, el Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública, ente rector según la presente ley, establecerá, conjuntamente y de conformidad con los lineamientos de los órganos o entes con atribuciones y competencias en materia de telecomunicaciones e informática, criterios uniformes sobre aplicaciones tecnológicas y procedimientos de interconexión y conexión a fin de evitar incompatibilidades técnicas que impidan el establecimiento adecuado y eficiente de la red de información y comunicación pública.

Capítulo tercero

La información personal, confidencial y de acceso restringido

Artículo 20.º régimen de excepción

Los principios, bases y procedimientos que rigen el derecho constitucional del ciudadano al libre acceso de la información pública; así como las normas que deben cumplir los órganos y entes de la administración pública sujetos a la presente ley, no son aplicables respecto a las informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido. A tal efecto se rigen, de conformidad con las disposiciones previstas en el capítulo tercero de esta ley, las informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido definidas en el artículo 2.º, incisos 6) y 7), de esta ley.

Artículo 21.º Obligación de fundamentación del régimen de excepción

A los efectos previstos en la presente ley, el derecho de acceso del ciudadano a la información pública es el principio general. Los supuestos de información personal, confidencial y de acceso restringido, son el régimen de excepción. En consecuencia, cualquier solicitud o petición del ciudadano que no sea procedente por referirse a una información

personal, confidencial o de acceso restringido, deberá responderse en forma motivada y comunicársela al solicitante o peticionario por los medios y en plazos establecidos en la presente ley¹⁷.

Artículo 22.º. Información personal y confidencial

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública no se podrá ejercer respecto a las informaciones personales y confidenciales. A tal efecto, se garantiza a todo ciudadano el respeto a su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida privada y demás derechos de la personalidad; así mismo, la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes¹⁸.

De conformidad con el artículo 2.º, inciso 6, de esta ley, se consideran informaciones personales y confidenciales las siguientes:

- 1) La referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la intimidad personal, familiar, que tenga relevancia con respecto a datos médicos y psicológicos de las personas, su vida íntima, incluyendo sus asuntos familiares, filiación política, creencias religiosas.
- 2) La información que se encuentre bajo la protección de tratados internacionales y de disposiciones nacionales a favor de niños, niñas y adolescentes.
- 3) La información referente a datos personales sobre archivos de recursos humanos cuya divulgación constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.

¹⁷ Tomado con modificaciones del artículo 11º del Proyecto de Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública de la República del Ecuador. Texto cit.

¹⁸ Tomado del Proyecto de Ley de Protección de las Personas frente al Tratamiento de sus Datos Personales, No. 15.178, de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

- 4) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil regulados por la legislación especial en la materia, cuya divulgación afecte de manera ilegítima el derecho a la privacidad y configure una situación de peligro personal o público.
- 5) Aquellas materias cuyo acceso libre este expresamente exceptuado por la Constitución o por una ley.

Parágrafo único. La información personal y confidencial podrá ser divulgada en los casos en que el afectado convenga en dar su previo consentimiento, siempre y cuando dicho consentimiento no viole ninguna disposición constitucional, legal u orden judicial.

Artículo 23.º I.º Información de acceso restringido

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública no será procedente en los supuestos de informaciones de acceso restringido. De conformidad con el artículo 2.º, inciso 7, de esta ley, se consideran informaciones de acceso restringido las siguientes:

La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo en las decisiones de los órganos o entes de la administración pública, salvo que dicha información sea pública. Esta excepción se extingue al producirse la decisión, salvo que su carácter restringido continúe, supuesto para el cual se requerirá la denegación fundamentada en caso de solicitud o petición de información.

La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de los órganos o entes de la administración pública en cuyo caso, la exclusión de acceso se extingue cuando se produzca la resolución que agota la vía administrativa.

La información preparada u obtenida por asesores jurídicos, técnicos o financieros, cuya divulgación pueda revelar la estrategia por adoptarse en la tramitación o defensa

de un proceso administrativo, judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que se debe guardar con respecto al órgano o ente asesorado. Esta excepción se extingue al concluir el proceso.

La información contenida en documentos cuya divulgación puede ocasionar las siguientes consecuencias: a) interferir en una investigación penal o criminal; b) lesionar el debido proceso del ciudadano; c) constituir una invasión injustificada e ilegítima a la vida privada del ciudadano; d) revelar la identidad de una fuente confidencial; e) divulgar procedimientos o técnicas de investigación protegida expresamente por la ley; f) poner en peligro la vida o integridad física del ciudadano¹⁹; g) frustrar o impedir investigaciones criminales o penales concernientes al patrimonio público del Estado, blanqueo de capitales, tráfico de drogas y otros delitos; h) frustrar investigaciones policiales de rango internacional.

La información contenida en documentos sobre seguridad, defensa nacional, relaciones internacionales diplomáticas y económicas del Estado, cuya divulgación evidencie de manera objetiva un daño o peligro a la seguridad del Estado²⁰.

La información que contenga asuntos vinculados con procesos jurisdiccionales, los cuales solo son accesibles para las partes del proceso hasta su culminación.

La información referente a actas, notas, o archivos de los poderes Legislativo y Judicial que, de conformidad y por disposición expresa de alguna ley, sea de acceso restringido.

La información que por disposición expresa de una ley sea considerada de acceso restringido.

¹⁹ Tomado con modificaciones de la Ley Federal de Libertad de Información de los Estados Unidos de Norteamérica (Freedom Of Information Act 1966).

²⁰ *Ibidem*.

Artículo 24.º Fundamentación de la denegación de información

En concordancia con el artículo 21.º de esta ley, el oficial gubernamental, funcionario o servidor público es responsable de suministrar la información pública en los casos en que la solicitud o petición se refiera a información personal, confidencial o de acceso restringido y sea denegada. Esta deberá hacerse por medio de acto o resolución motivada. Las razones invocadas para tal decisión deberán estar conforme con las disposiciones de la presente ley. Contra la denegación prevista en este artículo, el solicitante o peticionario podrá ejercer recurso administrativo ante el ente rector, Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública.

Artículo 25.º Clasificación de documentos

En relación con el artículo 23.º, inciso 5, correspondiente a la información sobre seguridad, defensa nacional y relaciones internacionales diplomáticas o económicas del Estado, el Poder Legislativo podrá crear y aprobar una ley sobre clasificación de documentos referidos a dicha información. En todo caso, dicha clasificación deberá tener un carácter taxativo y basarse en criterios administrativos objetivos. De no existir legislación en la materia, la clasificación corresponderá al ente rector, Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública, de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley. Dicha clasificación puede aplicarse a las otras categorías de información de acceso restringido enunciadas en el artículo 23.º de esta ley.

Artículo 26.º Desclasificación de documentos

La información referida en el artículo 23.º, inciso 5, que sea clasificada por ley o por decisión administrativa como tal, será de acceso restringido por el plazo de diez (10) años. Dicho lapso se comenzará a contar a partir de la fecha en que la información haya sido producida por los órganos o entes de la administración pública o a partir de la fecha en que dicha información se encuentre bajo su posesión o control.

Vencido dicho lapso, la información será clasificada como pública y de libre acceso para los ciudadanos.

Capítulo cuarto

El procedimiento administrativo de acceso a la información pública

Artículo 27.º formalidad de la solicitud

La solicitud de información debe ser realizada por escrito o por correo electrónico, cuando el órgano o ente correspondiente disponga del mismo mecanismo para responderlo y deberá contener datos como el nombre y la identificación del solicitante o peticionario, su domicilio, número de teléfono u otro dato similar que permita su contacto; sin estar sujeto a ninguna otra formalidad. No puede exigirse la manifestación del propósito de la solicitud o petición y deberá entregarse al solicitante o peticionario una constancia de dicha solicitud. Recibida la solicitud, esta deberá entregarse de inmediato al conocimiento del oficial gubernamental, funcionario o servidor público designado de conformidad con el artículo 8.º, parágrafo segundo, de esta ley. Si el solicitante o peticionario es una persona jurídica, deberá especificarse en la solicitud los datos relativos de su inscripción y del representante legal.

En caso de presentarse una solicitud o petición sin cumplir con alguno de los requisitos previstos en este artículo, el órgano o ente en cuestión dará un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud o contados a partir de la fecha en que se le notifique al solicitante o peticionario el requisito faltante²¹.

Artículo 28.º Plazo de respuesta a la solicitud

A toda solicitud o petición requerida de conformidad con la presente ley deberá dársele respuesta en un plazo no

²¹ Tomado con algunas modificaciones del Proyecto de Ley de Acceso a la Información para la Transparencia en la Gestión Pública de Costa Rica. Texto cit.

mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud o del siguiente día de la fecha en que el solicitante subsane el requisito faltante si fuere el caso. Dentro de dicho plazo deberá informarse al interesado sobre el trámite que corresponde a su solicitud. Si resulta extensa o compleja, se deberá indicar el plazo dentro del que obtendrá la información o bien indicar a cuál otro órgano o ente de la administración pública debe dirigirla en razón de la competencia según la materia. Igualmente podrá declarar su inadmisibilidad en forma razonada si fuese el caso²².

Artículo 29.º Entrega de la información solicitada

El órgano o ente de la administración pública requerido deberá establecer un mecanismo transparente y simple de constancia de la entrega efectiva de la información solicitada. La información podrá entregarse a través del correo electrónico cuando el solicitante disponga de tal medio de recepción, cuando así lo haya indicado, o cuando la solicitud hubiese sido presentada por esa vía.

En caso de que la información solicitada por el ciudadano ya se encuentre disponible al público en medios impresos tales como libros, compendios, archivos públicos de la administración, así como, también, en formatos electrónicos disponibles en la red de Internet o en cualquier otro medio, se le hará saber al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a la información ya disponible²³.

Parágrafo único. En los casos en que el solicitante sea discapacitado o tenga necesidades sociales especiales que le impidan conocer y comprender el contenido de la información por entregarse, el órgano o ente requerido es responsable de establecer los mecanismos conducentes a fin de que el derecho de acceso a la información sea satisfecho.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

Artículo 30.º Inexistencia de la información solicitada

En caso de inexistencia de la información solicitada, el órgano o ente correspondiente deberá comunicarlo al interesado dentro del plazo previsto en el artículo 28.º de esta ley, por escrito o a través del correo electrónico, cuando el solicitante disponga de tal medio de recepción y cuando así lo haya indicado, o en caso de que la solicitud hubiese sido presentada por esa vía. Cuando la solicitud de información exija al órgano o ente que se trate, evaluaciones o análisis sobre la información que posea el órgano o ente correspondiente, este solo estará obligado a responder la información y en ningún caso a emitir evaluación o análisis sobre la información entregada.

Artículo 31.º Silencio administrativo o denegatoria tácita

Si una vez cumplido el plazo previsto en el artículo 28.º de la ley, la solicitud de información no se ha respondido o si la respuesta a la solicitud o petición es ambigua o parcial, sin justificación de su inexactitud y sin indicar el posible plazo para entregar la información restante, se considerará que existe una negativa en el cumplimiento de la entrega de la información. En tal supuesto, el interesado podrá intentar, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación, el recurso administrativo ante el Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública, sin perjuicio de la vía jurisdiccional de amparo, cuando ello sea procedente²⁴.

Artículo 32.º Denegatoria expresa

La denegatoria a la información solicitada debe ser motivada y ser dictada por el oficial gubernamental, funcionario o servidor público designado de conformidad con el artículo 8.º, párrafo segundo, de esta ley. Contra esta denegatoria, el interesado podrá ejercer dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta, el

²⁴ *Ibidem*.

recurso administrativo ante el Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública, sin perjuicio de la vía jurisdiccional de amparo, cuando ello sea procedente²⁵.

Artículo 33.º Conservación de la información

Los órganos y entes de la administración pública están en la obligación de conservar la información pública, personal, confidencial y de acceso restringido. En ningún caso los órganos o entes de la administración pública podrán destruir la información que posean o que esté bajo su control, responsabilidad o competencia, sin cumplir con las disposiciones que establezca la ley en la materia.

Solamente cuando haya transcurrido un plazo suficientemente razonable durante el cual no se haya requerido la información, se podrán desincorporar los soportes de la información cuya utilidad o interés público se haya extinguido y así lo autorice la legislación correspondiente²⁶.

Artículo 34.º Agotamiento de la vía administrativa

Contra las decisiones adoptadas por los órganos o entes de la administración pública, con base en los artículos, 29.º, 30.º, 31.º y 32.º de esta ley; el interesado podrá interponer recurso administrativo de conformidad y en los plazos previstos en dichas disposiciones legales, ante el ente rector, Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública. Una vez recibido el recurso administrativo, el Instituto sustanciará y decidirá el recurso en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles. Contra la decisión del Instituto, según sea el caso, tanto el interesado como el oficial gubernamental, funcionario o servidor público del órgano o ente correspondiente, podrán intentar un recurso contencioso administrativo ante la jurisdicción competente, en el plazo que establezca la ley y que regula los procedimientos

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Tomado con modificaciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú. Texto cit.

administrativos. Dicho recurso también será aplicable en el caso de silencio administrativo por parte del Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública.

Artículo 35.º La información pública de los poderes legislativos y judicial

El trámite y procedimiento para ejercer el derecho de acceso a la información pública ante los órganos o entes del Poder Legislativo y Judicial se regirá de conformidad con las disposiciones de la presente ley, sin perjuicio de la aplicación preferente de la legislación especial vigente en la materia.

Artículo 36.º establecimiento del procedimiento administrativo electrónico

En concordancia y de conformidad con los artículos 17.º, 18.º y 19.º de esta ley, los órganos y entes de la administración pública procurarán, en forma progresiva, el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos y audiovisuales para la sustanciación y decisión del procedimiento administrativo de acceso a la información pública consagrado en el presente capítulo.

Capítulo quinto

El instituto nacional de información y comunicación pública

Artículo 37.º Autoridad administrativa independiente

Se crea el Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública como autoridad administrativa independiente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Poder Ejecutivo nacional, con autonomía financiera, organizativa y administrativa.

Artículo 38.º Presupuesto del instituto

La actividad y funciones del Instituto serán financiadas mediante asignación presupuestaria anual del Poder Ejecutivo Nacional. El monto de dicha partida presupuestaria se establecerá con base en las exigencias que presente cada órgano o ente de la administración pública

sujetos al ámbito de aplicación de esta ley.

Artículo 39.º El consejo directivo del instituto

El Instituto estará integrado por un consejo directivo compuesto por cinco miembros principales con sus respectivos suplentes; un director general, quien lo presidirá, y cuatro directores. Los miembros del consejo directivo y sus suplentes serán designados por el Poder Legislativo de la siguiente forma: el Poder Ejecutivo presentará una terna, de la cual el Poder Legislativo designará a dos de los integrantes; los tres miembros restantes serán designados por el Poder Legislativo, con base en postulaciones que presentarán las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales, de conformidad con las disposiciones que para tales fines establezca la ley nacional. Una vez conformado el consejo directivo, el director general será nombrado por el presidente de la República. Los miembros del consejo directivo durarán siete años en el ejercicio de sus funciones y solo podrán ser removidos por incumplimiento de sus funciones, cuyas causales serán establecidas en la ley nacional correspondiente.

Artículo 40.º Requisitos para ser miembro del consejo directivo

Para ser miembro del consejo se deben cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Ser nacional del país.
- 2) Ser mayor de treinta (30) años.
- 3) Ser persona profesional con nivel universitario.
- 4) No pertenecer ni ser militante de partidos u organizaciones políticas.
- 5) Haberse desempeñado en actividades profesionales, de servicio público o académicas, relacionadas con la materia de la presente ley.
- 6) No haber sido condenado por la comisión de ningún delito.

Artículo 41.º Atribuciones del instituto

El Instituto tendrá las siguientes atribuciones:

- 1) Velar por el ejercicio del derecho de acceso del ciudadano a la información pública y por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley
- 2) Conocer y resolver, como última instancia administrativa, los recursos administrativos interpuestos por los solicitantes o peticionario de conformidad con la presente ley y demás leyes aplicables.
- 3) Abrir de oficio o a instancia de parte, sustanciar y decidir los procedimientos administrativos relativos a las presuntas infracciones a la presente ley cometidas por los oficiales gubernamentales, funcionarios o servidores públicos, e imponer los correctivos y sanciones administrativas a que haya lugar.
- 4) Actuar como árbitro, si fuere el caso, en la solución de conflictos que se susciten entre los oficiales gubernamentales, funcionarios o servidores públicos, y los ciudadanos en materia del ejercicio del derecho de acceso a la información pública cuando ello sea solicitado por las partes y no medie decisión por parte del órgano o ente de que se trate ni recurso administrativo por parte del ciudadano. La decisión del Instituto como árbitro produce el agotamiento de la vía administrativa sin perjuicio del recurso contencioso administrativo.
- 5) Establecer y revisar los criterios de clasificación y desclasificación de la información personal, confidencial y de acceso restringido.
- 6) Vigilar y hacer recomendaciones a los órganos o entes de la administración pública sujetos al ámbito de aplicación de esta ley para que se cumplan cabalmente sus disposiciones.
- 7) Orientar y asesorar a los ciudadanos acerca de las solicitudes o peticiones de acceso a la información pública.

- 8) Proporcionar apoyo técnico a los órganos y entes de la administración pública sujetos al ámbito de aplicación de esta ley, en la elaboración y ejecución de programas de modernización para el libre acceso de la información pública.
- 9) Elaborar los formatos de solicitudes de acceso a la información pública.
- 10) Promover y ejecutar la capacitación de los servidores públicos en materia de acceso a la información pública y protección de la información personal, confidencial y de acceso restringido.
- 11) Difundir a los órganos y entes de la administración pública y a los ciudadanos los beneficios del manejo público de la información, así como también sus responsabilidades en el buen uso y conservación de aquella.
- 12) Elaborar y publicar estudios e investigaciones para difundir y ampliar conocimientos sobre la materia de esta ley.
- 13) Cooperar respecto de la materia de esta ley, con los órganos o entes de la administración pública mediante la celebración de acuerdos.
- 14) Establecer, conjuntamente y de conformidad con los lineamientos de los órganos o entes con atribuciones y competencias en materia de telecomunicaciones e informática, criterios uniformes sobre aplicaciones tecnológicas y procedimientos de interconexión y conexión de la red de información y comunicación pública.
- 15) Elaborar su reglamento Interno y demás normas sobre el personal, operación y funcionamiento del Instituto, así como fijar las normas de su ejecución presupuestaria.
- 16) Presentar su presupuesto anual a la consideración del Poder Ejecutivo nacional.

17) Ejercer las demás atribuciones que le confiere esta ley, su reglamento y cualquier otra disposición aplicable²⁷.

Parágrafo único. Las atribuciones contenidas en el presente artículo corresponden al consejo directivo, sin perjuicio de la delegación de atribuciones que, mediante acto motivado y de conformidad con las leyes vigentes en la materia, realice dicho consejo en el Director General.

Artículo 42.º Atribuciones del director general del instituto

El director general del instituto tendrá las siguientes atribuciones:

- 1) Ejercer la administración y representación del instituto.
- 2) Cumplir y hacer cumplir las decisiones del consejo directivo.
- 3) Ordenar la realización e inspecciones de fiscalización.
- 4) Ordenar por delegación del consejo directivo, la apertura y sustanciación de procedimientos administrativos e imponer las sanciones administrativas si fuese el caso.
- 5) Nombrar, remover, destituir y dictar cualquier decisión relativa al personal del Instituto de conformidad con la ley.
- 6) Elaborar el proyecto de presupuesto anual, el plan operativo anual, el balance general del instituto y someterlo a la consideración del consejo directivo de conformidad con la ley.
- 7) Otorgar poderes de representación judicial y extrajudicial del instituto.
- 8) Delegar atribuciones para la firma de determinados documentos, en los casos que determine el reglamento interno del instituto.

²⁷ Tomado con algunas adaptaciones y modificaciones, de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental del 11 de junio de 2002.

- 9) Ejercer las competencias del instituto que no estén atribuidas expresamente a otra autoridad.
- 10) Ejercer las demás atribuciones que le atribuyen las leyes.

Capítulo sexto

Sanciones aplicables

Artículo 43.º Sistema de sanciones

Tanto el oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable de suministrar la información que soliciten los ciudadanos, de conformidad con el artículo 8.º, párrafo segundo de esta ley; así como los demás funcionarios y servidores públicos que infrinjan las disposiciones de la presente ley, estarán sujetos a la aplicación de sanciones administrativas o penales de conformidad con las disposiciones previstas en este capítulo.

Artículo 44.º Sanciones administrativas

Para los efectos de la aplicación de las sanciones administrativas, se establecen las siguientes categorías: infracciones leves, graves y muy graves.

Infracciones leves: (i) negarse a procesar o a entregar la solicitud o petición de información así como entregarla, de manera negligente, en forma incompleta; (ii) no conservar la información pública actualizada que corresponda al ámbito de sus competencias y atribuciones; (iii) cumplir con retardo la entrega de la información solicitada.

Infracciones graves: (i) reincidir en infracciones leves; (ii) entregar al solicitante o peticionario informaciones falsas o inexactas sobre los asuntos requeridos.

Infracciones muy graves: (i) entregar informaciones personales, confidenciales y de acceso restringido; (ii) usar, sustraer, ocultar, o divulgar total o parcialmente, y de manera indebida, información que se encuentre bajo su custodia o a la que tenga acceso o conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión; (iii) denegar información pública

invocando de manera falsa carácter personal, confidencial o de acceso restringido.

Parágrafo único. A las infracciones antes enunciadas se les aplicará, según la legislación nacional, las sanciones siguientes: (i) multa; (ii) suspensión del cargo sin goce de sueldo; y (iii) destitución del cargo. Estas sanciones se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles que por daños y perjuicios sean procedentes.

Artículo 45.º El procedimiento administrativo sancionatorio

El Instituto Nacional de Información y Comunicación Pública es la autoridad competente para establecer y aplicar las sanciones administrativas previstas en el artículo 44.º de esta ley. En la sustanciación y decisión del procedimiento administrativo se aplicarán las normas de la ley que regula los procedimientos administrativos.

Artículo 46.º Sanción penal: revelación de documentos sobre seguridad y defensa nacional

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas, el oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable, de conformidad con el artículo 8.º, parágrafo segundo de esta ley; o el funcionario público que, con motivo del acceso o conocimiento por su empleo, cargo o comisión, revele o difunda la información sobre seguridad o defensa nacional y ocasione un daño o grave peligro a la seguridad del Estado o a sus relaciones internacionales como consecuencia de dicha revelación o difusión, será sancionado penalmente de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 47.º Sanción penal: revelación de información confidencial

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas, el oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable, de conformidad con el artículo 8.º, parágrafo segundo de esta ley; o el funcionario público

que con motivo del acceso o conocimiento por su empleo, cargo o comisión; revele o difunda información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, regulados por la legislación especial en la materia, que lesionen de manera ilegítima el derecho a la privacidad y configurando una situación de peligro personal o público será sancionado penalmente, de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 48.º Sanción penal: revelación de información personal

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas, el oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsables de conformidad con el artículo 8.º, párrafo segundo de esta ley; o el funcionario público que con motivo del acceso o conocimiento por su empleo, cargo o comisión; revele o difunda información personal que interfiera, impida o frustre una investigación penal o criminal, concernientes al patrimonio público del Estado, blanqueo de capitales, tráfico de drogas u otros delitos, o que ponga en peligro la vida o integridad física de algún ciudadano, será sancionado penalmente, de conformidad con la ley.

Artículo 49.º Sanción penal: alteración o destrucción de la información

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas, el oficial gubernamental, funcionario o servidor público responsable de conformidad con el artículo 8.º, párrafo segundo de esta ley; o el funcionario público que, con motivo del acceso o conocimiento por su empleo, cargo o comisión, altere o destruya de manera ilegal, información pública, personal, confidencial o de acceso restringido, será sancionado penalmente de conformidad con la legislación nacional.

Capítulo séptimo

Disposiciones finales y transitorias

La presente ley modelo está sujeta a las adaptaciones y aprobaciones que de manera soberana corresponda realizar a cada una de las legislaciones nacionales de los países objeto de la presente investigación. Así mismo, corresponde a cada país establecer los lapsos prudenciales que permitan crear las infraestructuras tecnológicas y administrativas necesarias que garanticen el cumplimiento efectivo de una legislación nacional sobre el libre acceso del ciudadano a la información pública.

Una agenda para la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana

*Montserrat Solano Carboni*¹

Una de las primeras señales de vida que dio la democracia en América Latina luego de los regímenes autoritarios fue la apertura de mayores espacios a la libertad de expresión. Los grandes parches de tinta negra que pretendían desaparecer las ideas de quienes rechazaban el uso de la fuerza y la represión en el gran agujero negro de la censura, fueron desapareciendo de los matutinos latinoamericanos. Casi todo el continente, con excepciones muy claras, ya despierta hoy sin temor a cuestionar verdades oficiales o a hacer alusión a ideas proscritas.

Junto con las elecciones libres y periódicas, y la existencia de tribunales independientes, es la libertad de expresión uno de los síntomas esenciales para diagnosticar el estado de salud de una democracia. Esto, que es casi un cliché teórico de los libros de ciencias políticas, es un síntoma que no termina de ser adecuadamente valorado por las autoridades públicas en el hemisferio.

¹ La autora es periodista, graduada de la Universidad de Costa Rica, con estudios en Derecho en la Universidad Escuela Libre de Derecho. Fue oficial de programas de libertad de expresión en el IIDH y laboró para la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Reino Unido.

La democracia de América Latina, a pesar de haber resucitado con suficiente vigor en las urnas, aún sufre las secuelas de temores y vicios heredados de los regímenes autoritarios. En no pocas ocasiones, las autoridades públicas y algunos sectores sociales, aún prefieren evitar que alguna idea se diga, antes que arriesgarse a escucharla. La intolerancia, la desconfianza en el disenso y la cultura del secretismo siguen vivas, y se manifiestan a través de actos y normas que cuando menos, intimidan a quienes desean ejercer su la libertad de expresión. En los peores casos, éstas adquieren formas atroces, como el asesinato y la amenaza a comunicadores sociales, o la impunidad de estos crímenes.

Esta situación se ha hecho palpable en las peticiones y casos conocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún después de la caída de las dictaduras. Los informes, decisiones y opiniones de estos órganos perfilaron nuevos retos en materia de libertad de expresión que debían ser abordados para favorecer el fortalecimiento de las democracias. Particularmente, la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión por parte de la CIDH, en 1997, impulsó en todo el continente la toma de conciencia y el debate sobre las necesarias garantías al ejercicio de este derecho, arando el camino hacia avances importantes.

Por su parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), desde su creación, se abocó a contribuir con el establecimiento y la consolidación de la democracia en las Américas. Este esfuerzo no podía obviar una serie de acciones a favor del pleno ejercicio de la libertad de expresión. Los puntos finales de algunas de esas acciones se recogen en este libro, en forma de artículos y evaluaciones de la situación de la libertad de expresión en América Central, México y República Dominicana.

Una mirada a estos documentos revela que, a pesar de innegables logros alcanzados, las limitaciones a la libertad de expresión evidencian la necesidad de un acto de confianza en las capacidades del individuo, de una revalorización del

debate público y un cambio de cultura aún más profundo en quienes ejercen el poder político.

La libertad de expresión en el sistema interamericano

Aún antes de la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos² ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había sido creada en 1959,³ había conocido algunos casos a la luz del artículo IV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴ de 1948⁵. Pero no fue sino al amparo del artículo 13 de la Convención que se comenzó a perfilar la jurisprudencia sobre la que hoy se sustentan los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión.

El mencionado artículo 13 consagra la libertad de expresión y establece 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*

² La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada en 1969, en San José, Costa Rica; y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

³ La Comisión se convirtió en un órgano principal de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1967.

⁴ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en Bogotá, Colombia, en 1948. Su Artículo IV, reza: *Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.*

⁵ Sobre la jurisprudencia de la Comisión Interamericana en materia de Libertad de Expresión al amparo de la Declaración, ver: CIDH, *Informe Anual 2002*, OEA/SER.L/V/II.117, Doc. 5, rev. 1, del 7 de marzo de 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Cap. III. Parr. 3-6.

fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
- 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si bien la Corte Interamericana ha tenido pocas oportunidades de referirse al tema de la libertad de expresión, sus decisiones han constituido un asidero esencial para el desarrollo de los estándares interamericanos, lógicamente como precedentes de sus propias decisiones y de muchos informes de la Comisión Interamericana, pero además, como punto de referencia indiscutible para la sociedad civil del hemisferio, y punto de partida de reformas emprendidas por los estados.

Sin restarle mérito al resto de decisiones del sistema, fue la Opinión Consultiva número 5 (OC-5/85), que versó sobre

la colegiación obligatoria de periodistas, la que construyó un andamiaje fundamental para las decisiones futuras del sistema interamericano.

En 1983, el periodista norteamericano Stephen Schmidt, quien vivía y trabajaba en Costa Rica, fue condenado por ejercicio ilegal de la profesión pues no se encontraba inscrito en el Colegio de Periodistas de ese país, afiliación a que obligaba la ley costarricense para ejercer el periodismo. El comunicador planteó una petición ante la CIDH. Ante sugerencia de la Comisión, el Estado costarricense solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana, que fue dictada el 13 de noviembre de 1985⁶.

El gran valor de esta opinión es que su análisis no se limitó al tema planteado, sino que la Corte marcó una serie de puntos de referencia para la comprensión e interpretación del artículo 13 de la Convención que se han mantenido vigentes en las decisiones del sistema.

En esta opinión los jueces colocaron a la libertad de expresión en el corazón mismo de la democracia. *La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. [...] 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*⁷.

Uno de los elementos más valiosos de la OC-5/85 es que entendió que el marco de interpretación que ofrece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión es mucho más amplio que el de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. *La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del*

⁶ Corte I.D.H., *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.

⁷ *Ibidem.*, parr. 70.

*Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] (artículo 19) demuestra claramente que las garantías contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas*⁸.

La Corte estableció que, bajo la lupa del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se puede observar una doble dimensión de la libertad de expresión. Por una parte, existe una dimensión individual, que no es sino el derecho de cada individuo de manifestar su pensamiento libremente, por cualquier medio y con la posibilidad de hacer llegar sus ideas al mayor número de destinatarios⁹. Pero también existe una dimensión social, un *derecho colectivo –en palabras de la Corte– a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*¹⁰. Esta última dimensión convierte a la libertad de expresión en un vehículo para el intercambio de ideas, por lo que implica un derecho de todos los individuos de conocer opiniones e informaciones de toda índole¹¹. Ambas dimensiones deben garantizarse de manera simultánea.

La Corte también definió que existe una prohibición clara y tajante en la Convención de la censura previa, con la única excepción de evitar el acceso de los menores a ciertas manifestaciones que puedan considerarse no aptas para ellos. Las únicas restricciones posibles a la libertad de expresión son las que se dan luego de la manifestación, es decir, mediante el establecimiento de responsabilidades ulteriores. Y para establecer este tipo de responsabilidades, éstas deben pasar por un *test* que ha sido adoptado tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos, como por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas

⁸ *Ibidem*, parr. 50.

⁹ *Ibidem*, parr. 30 y 31.

¹⁰ *Ibidem*, parr. 30

¹¹ *Ibidem*, parr. 32

(ONU) y que se encuentra contemplado en nuestra Convención Americana. El examen que deben superar estas restricciones consiste en analizar¹²:

1. Si el establecimiento de dichas responsabilidades está fijado previamente por una ley, es decir, una norma de carácter general, emanada de los órganos legislativos previstos y democráticamente elegidos, según un procedimiento establecido en la constitución para su formación;
2. Si dichas restricciones son “necesarias” dentro de una sociedad democrática, entendiendo el concepto de necesidad en el sentido de que no existe otro mecanismo menos restrictivo para tutelar un determinado bien jurídico, y
3. Que dichas restricciones se den específicamente para proteger uno de los bienes contemplados en el artículo 13.2 de la Convención Americana; a saber, 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.

Al referirse al concepto de “necesidad”, la Corte retomó la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos y estableció que: *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 que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13*¹³.

¹² Corte I.D.H., *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. Parr. 38.

¹³ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Op. Cit., parr. 46.

Respecto del concepto de “orden público”, que fue invocado por el Estado de Costa Rica, la Corte Interamericana consideró que cuando ese concepto se invoque para limitar un derecho humano, su interpretación debe ceñirse a *las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*¹⁴.

Los jueces también resaltaron el papel del periodismo, al equipararlo, no con un oficio, sino con un derecho humano esencial para una sociedad democrática. De acuerdo con la Opinión Consultiva en cuestión, el periodismo es *la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano*¹⁵.

A pesar del trascendental aporte que significó esta opinión, el hemisferio debió esperar 16 años antes de un nuevo impulso a la jurisprudencia del tribunal a través de casos contenciosos relacionados con libertad de expresión. En el año 2001, finalmente, la Corte decidió los casos *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile)*¹⁶ y *Baruch Ivcher Bronstein Vs. Perú*¹⁷. En ambos, la Corte Interamericana retomó sus argumentos respecto de la importancia de la libertad de expresión para una sociedad democrática.

¹⁴ *Ibidem*, par. 67.

¹⁵ *Ibidem*, p. 71

¹⁶ Corte I.D.H., *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹⁷ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

En su sentencia sobre *La Última Tentación de Cristo*, la Corte Interamericana declaró que el Estado chileno había violado la libertad de expresión al prohibirse la proyección de esta película en el país por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago. En este caso, la Corte reiteró la importancia de este derecho en una sociedad democrática¹⁸ y la necesidad de proteger simultáneamente sus dos dimensiones¹⁹.

El caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú* versó sobre violaciones indirectas a la libertad de expresión. En 1997, Baruch Ivcher Bronstein, peruano de origen israelí, era director y presidente del Directorio de la empresa operadora del Canal 2. El canal difundió, por medio del programa *Contrapunto*, una serie de denuncias sobre actos de corrupción y presuntas torturas por agentes del Estado. Luego de la difusión de estas informaciones, se promulgó un reglamento a la Ley de Nacionalidad Peruana, del cual se hizo uso para revocar a Ivcher su nacionalidad. Para ese momento se encontraba vigente una ley que requería la nacionalidad peruana para ser concesionario de canales de televisión en el Perú y a Ivcher, por lo tanto, le despojaron de sus acciones del canal. La Corte Interamericana, tras recordar la doble dimensión de la libertad de expresión y su importancia para la democracia, determinó que la revocación de la nacionalidad había constituido un medio indirecto de violación de la libertad de expresión de Ivcher²⁰. Asimismo, al separarle del control y al excluir a los periodistas del programa *Contrapunto*, se había violentado no sólo su derecho de circular noticias, sino el de todos los peruanos a recibir información²¹.

Si bien en el caso *Ivcher Bronstein* la Corte anticipó que, cuando las informaciones u opiniones se refieren a asuntos

¹⁸ Corte I.D. H. *Caso La Última Tentación de Cristo*, Op. Cit., parr. 68.

¹⁹ *Ibidem*, parr. 67.

²⁰ Corte I.D.H. *Caso Ivcher Bronstein*. Op. Cit. parr. 162.

²¹ *Ibidem*, parr. 163.

de interés público, debe existir un menor umbral de restricción y, por ende, de protección al honor de funcionarios públicos, no fue sino hasta el año 2004 que la Corte Interamericana amplió estos conceptos al conocer dos casos relacionados con el uso de la difamación criminal. El uso de las leyes de difamación criminal, si bien había sido señalado de manera reiterada como objeto de preocupación por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no había sido tratado anteriormente por la Corte.

En julio de 2004, la Corte dictó sentencia en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*²². Mauricio Herrera, periodista del diario *La Nación* de Costa Rica, había sido condenado por el delito de difamación en perjuicio de un exdiplomático costarricense, a raíz de una serie de publicaciones aparecidas en 1995. Entre las consecuencias de esa condena, Herrera fue inscrito en el registro de delincuentes de su país. Al analizar las restricciones permitidas a la libertad de expresión según el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, retomó el *test* tripartito requerido para el establecimiento de responsabilidades ulteriores mencionado *supra* y que ya había sido analizado en la Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas y han sido utilizados en múltiples sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos²³.

²² Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

²³ Corte E.D.H. *Caso Lingens Vs. Austria*, Sentencia del 8 de Julio de 1986, Caso: 12/1984/84/131; *Caso Castells Vs. España*, Sentencia del 23 de abril de 1992, Caso: 2/1991/254/325 ; *Caso De Haes y Gisels Vs. Bélgica*. Sentencia del 24 de febrero de 1997; Caso: 7/1996/626/809 *Caso Bladet Tromso y Stensaas Vs. Noruega*, sentencia del 20 de mayo de 1990, Demanda no. 21980/93 *Caso Bergens Tidende y otros Vs. Noruega*; Demanda no. 26132/95. (Cfr. Además, el Capítulo III del Informe Anual de 2003 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión que ofrece una recopilación de jurisprudencia europea sobre el tema de libertad de expresión. Disponible en: www.cidh.org/relatoria).

Además, señaló la Corte, que las restricciones posteriores deben ser proporcionales al interés que las justifica y ajustarse a ese fin, por lo que la interferencia al pleno ejercicio de la libertad de expresión debe ser la mínima posible. La Corte estableció: [...] *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 públicos, 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*²⁴.

Dos meses después, al dictar la sentencia en el caso *Canese*²⁵, la Corte retomó esta idea. Ricardo Nicolás Canese fue candidato a la Presidencia del Paraguay. En el marco de la campaña política emitió unas declaraciones en las que cuestionó a su opositor, Juan Carlos Wasmosy, por su relación con la empresa Conempa, involucrada en la construcción de la represa de Itaipú. Canese fue demandado por los personeros de la empresa y sentenciado por los delitos de difamación y calumnia. Si bien, en el 2002, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, al resolver un recurso de revisión absolvió de culpa y pena a Canese, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de setiembre de 2004, condenó al Estado paraguayo por haber violado la libertad de expresión de Canese. En sus consideraciones, la Corte señaló que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de expresión es *una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre*

²⁴ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Op. Cit. parr. 123.

²⁵ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

*los distintos candidatos y partidos [...] 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*²⁶.

La Corte reiteró los conceptos señalados en las sentencias *Herrera Ulloa*, en cuanto a la consideración del interés público de las informaciones, la proporcionalidad entre la protección del honor de funcionarios públicos y la libertad de expresión, así como lo concerniente a los criterios para analizar las responsabilidades ulteriores. Finalmente, la Corte Interamericana señaló: *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 [...]; 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.*

Además de los casos aquí mencionados, la Corte Interamericana ha dictado una serie de medidas provisionales y de emergencia para proteger la vida y la integridad física de los periodistas cuando han estado en riesgo, pero también el propio ejercicio de la libertad de expresión cuando existen situaciones que puedan generar daños irreparables a las personas²⁷.

²⁶ Corte I.D.H., *Caso Canese*. *Op. Cit.* parr. 88.

²⁷ Cfr. *Caso del Periódico La Nación* (Costa Rica), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001. En: Corte I.D.H., *Medidas Provisionales – Compendio: Junio 2001*, julio 2003, Serie E No. 4 pp. 393 y ss. (Nota: Si bien, durante la tramitación de las medidas provisionales y de emergencia, la Corte denominó el caso como el *Caso del Periódico La Nación*, el caso contencioso se conoció como el caso: *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*).

Estándares establecidos por los informes e instrumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Desde su primer informe anual de 1970, la Comisión Interamericana planteó la *necesidad de eliminar toda clase de restricciones a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión, sin perjuicio de un régimen jurídico de responsabilidad por los abusos*²⁸ en el hemisferio. Esa idea, escueta y sin mayor desarrollo sobre cómo debía establecerse ese régimen de responsabilidades, debió esperar más de 20 años para que, con los bríos del retorno a la democracia, y las crueles lecciones aprendidas de las dictaduras, experimentara un amplio desarrollo sobre temas relacionados con el pleno ejercicio de este derecho y que culminó con la adopción por parte de la CIDH de su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Antes de 1997, la Comisión emitió varios informes importantes en materia de libertad de expresión²⁹. Sin embargo, en ese año, los comisionados, tras escuchar los clamores de las sociedad civil y según sus propias observaciones de la situación en el continente, decidieron crear la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en el seno de la CIDH. El impulso que esa nueva oficina, con un relator de tiempo completo a cargo de ella, le dio al conocimiento de casos, así como al debate y conciencia sobre la importancia de otorgar plenas garantías al ejercicio de ese derecho, fue palpable. Si entre 1965 y 1998 la CIDH había publicado en total 14 informes de casos con componentes relativos a la libertad de expresión, en sólo cinco años después de la creación de la Relatoría, la Comisión ya había publicado 18 informes sobre casos

²⁸ CIDH, *Informe Anual de 1970*, OEA/Ser.L/V/II.25 Doc. 9 (español) Rev., 12 marzo 1971., en: <http://www.cidh.org/annualrep/70sp/indice.htm>.

²⁹ Uno de los más importantes fue el Informe sobre la Incompatibilidad de las Leyes de Desacato con la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue consecuencia de una solución amistosa que puso fin al caso del periodista Horacio Verbitsky contra el Estado argentino.

relacionados con libertad de expresión (tanto de fondo como de admisibilidad) y había enviado cinco casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁰, además de solicitar varias medidas cautelares y provisionales para la protección de comunicadores sociales. Además de esto, desde su primer año, la Relatoría se ha abocado a la tarea de realizar estudios teóricos que se incluyen en su informe anual, como aportes doctrinarios a la materia³¹.

Uno de los aportes más valiosos fue la preparación de los 13 principios que luego fueron aprobados por los comisionados para establecer la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que se ha consolidado como un punto de referencia para periodistas, defensores de derechos humanos y estados sobre cuáles son las garantías mínimas necesarias para el pleno ejercicio de ese derecho.

Al igual que la Corte, la Comisión ha reiterado a lo largo de sus informes la importancia de la libertad de expresión para las sociedades democráticas. No en vano, el primer principio de la Declaración establece esa libertad es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas y un requisito indispensable para la existencia misma de la sociedad democrática³².

Censura

La Convención es clara al prohibir de manera absoluta la censura previa, según lo ha interpretado la CIDH. El hecho de que tal proscripción tan tajante no exista en el Pacto

³⁰ IIDH, *Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, IIDH, San José, Costa Rica. 2003. Pág. 22.

³¹ Los aportes teóricos de los primeros cinco informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fueron compilados por el IIDH en el libro: *Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*.

³² CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 1*.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en la Convención Europea es tenida por la Comisión como una muestra de la importancia que en el ámbito hemisférico se ha querido dar a esta libertad³³. La única excepción, como se dijo anteriormente, es la norma que permite la “censura” en caso de espectáculos públicos pero la restringe a aquellos casos en los que el objetivo es impedir el acceso de los menores para su protección³⁴.

La censura previa es violatoria de ambas dimensiones de la libertad de expresión: del derecho de quienes quieren difundir informaciones u opiniones, así como del resto de la población a recibirlas. La Comisión, al igual que la Corte Interamericana, ha establecido que ambas dimensiones deben garantizarse de manera simultánea y no podría justificarse la censura por el derecho de una sociedad a estar “verazmente” informada, pues de admitirse ese argumento se podría fundamentar un régimen en el que un censor sería el encargado de determinar cuáles expresiones son falsas³⁵.

En su Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, la CIDH señaló que la censura previa, la interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, así como las restricciones a la circulación libre de ideas y opiniones, la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, deben ser prohibidos por la ley³⁶.

Situaciones de censura previa fueron objeto de los primeros casos sobre libertad de expresión que conoció la Comisión. Uno de ellos fue el de *Radio Ñandutí*, de

³³ CIDH, Informe No. 11/96, Caso 11.230, del 3 de mayo de 1996. (*Caso Martorell Vs. Chile*) Parr. 46.

³⁴ *Ibidem*. Parr. 45.

³⁵ CIDH, Informe No. 2/96, Caso 10.325 del 1 de marzo de 1996. (*Caso Steve Clark vs. Grenada*) Parr. 8

³⁶ CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 5*. En: www.cidh.org/relatoria

Paraguay³⁷. En sus breves consideraciones sobre el caso, la CIDH señaló que *en concepto de la Comisión, la libertad de expresión es una de las más sólidas garantías de la democracia moderna*³⁸.

Ataques a la vida y a la integridad física

A la Comisión le ha correspondido conocer, en no pocas ocasiones sobre ataques a la vida y a la integridad física a individuos como represalia por sus expresiones. Evidentemente, las principales víctimas de estos actos han sido comunicadores sociales. Estos hechos son la manera más grotesca de violentar, no sólo contra los derechos de los individuos, sino contra la libertad de expresión en general. Así lo expone la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión: *[E]l 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*³⁹.

Este instrumento recuerda que, al amparo de la Convención, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar estos hechos, así como asegurar una reparación justa a las víctimas⁴⁰.

De acuerdo con la CIDH, *las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen precisamente el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones*

³⁷ Entre 1983 y 1986, la emisora sufrió varios cierres, ataques e interrupciones en su transmisión. Por su parte, el director del medio, Humberto Rubín, en distintas ocasiones fue detenido, amenazado, conminado a cambiar sus sus informaciones o su línea editorial, impedido de ejercer como locutor. La Comisión declaró que en este caso se había violado el artículo IV de la Declaración Americana de Derechos Humanos, siendo que la ratificación de Paraguay a la Convención no se dio sino hasta el 24 de agosto de 1989.

³⁸ CIDH, Resolución No. 14/87, parr. 7.

³⁹ CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 9.*

⁴⁰ *Ibídem.*

*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 libertades que integran el sistema democrático y el Estado de Derecho*⁴¹.

Asimismo, la falta de investigación de los asesinatos, secuestros y amenazas a un periodista puede constituir, no solamente una violación al deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos, sino también una limitación a la libertad de expresión. En palabras de la CIDH, [...] *este tipo de crimen tiene un efecto amedrentador sobre otros periodistas, pero también sobre cualquier ciudadano, pues genera el miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. La Comisión considera que tal efecto solamente puede ser evitado mediante la acción decisiva del Estado de castigar a todos los perpetradores, tal como corresponde a su obligación bajo el derecho internacional y el derecho interno, y agrega, la CIDH concluye que el homicidio del periodista constituye una agresión contra todo ciudadano con vocación de denunciar arbitrariedades y abusos a la sociedad, agravada por la impunidad de uno o más autores intelectuales*⁴².

Leyes de desacato y difamación criminal

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha estructurado una amplia interpretación respecto del uso de las sanciones penales como responsabilidades ulteriores por supuestos abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de expresión.

⁴¹ CIDH, *Informe sobre la Situación de los derechos humanos en México*, OEA SER.L/V/II.100, Doc. 7, rev.1, 24 de septiembre de 1998, párr. 649.

⁴² CIDH, Informe No.50/99, Caso 11.739, *Héctor Félix Miranda*, México, 13 de abril de 1999, párr. 52 y 56; CIDH, Informe No. 130.99, Caso 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*, México, 19 de noviembre de 1999, párr. 47, 58.

Uno de los aportes esenciales en esta materia se dio tras el caso del periodista argentino Horacio Verbitsk⁴³, el cual culminó en una solución amistosa mediante la cual se solicitó a la Comisión que se pronunciara sobre la compatibilidad –o incompatibilidad– de las leyes de desacato con la Convención Americana⁴⁴.

La figura del desacato de que se trata, es aquella que penaliza las expresiones que ofenden, insultan o simplemente critican a los funcionarios públicos. No se trata, en este caso, del desacato judicial (el no acatamiento a las decisiones de un juez), sino de una sanción por lo que se considera un insulto o un irrespeto a la autoridad. Al analizar esta figura, la CIDH determinó que, en primer lugar, las leyes de desacato otorgaban a los funcionarios públicos, de manera injustificada, una protección de la que no disponían los demás ciudadanos cuando, en un sistema democrático, los funcionarios públicos deberían estar más expuestos al escrutinio público y a la crítica⁴⁵. También, según señaló la Comisión, estas leyes limitan de manera indirecta la libertad de expresión porque *traen consigo la amenaza de cárcel o multas para quienes insultan u ofenden a un funcionario público*. Este efecto no se reduce con la posibilidad de probar la verdad de las afirmaciones, pues transfieren la carga de la prueba a quien ha ejercido su derecho de expresarse. Esto último es particularmente cierto cuando se trata de opiniones pues, por tratarse de juicios de valor, no admiten prueba. Las leyes de desacato, según estableció la CIDH, no cumplen

⁴³ En 1988 el periodista había publicado un comentario sobre el ministro de la Corte Suprema Argentina, Augusto Belluscio, por las que fue condenado por el delito de desacato, en 1991. A raíz de la solución amistosa, fue derogado el delito de desacato en la Argentina.

⁴⁴ CIDH, Informe No. 22/94, Caso 11.012, Argentina. Solución amistosa. 20 de septiembre de 1994.

⁴⁵ CIDH, Informe Annual 1994, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev., 17 febrero 1995. *Capítulo V. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Descao y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En: <http://www.cidh.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%a0>.

con el criterio de necesidad tal como lo ha entendido la Corte Interamericana⁴⁶. Este criterio de la Comisión fue contemplado en el principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión⁴⁷.

La Comisión también ha realizado importantes aportes en el análisis sobre el uso de las sanciones penales por parte de funcionarios públicos, particularmente a través de su Relatoría. La Comisión ha establecido que las leyes de privacidad no deben restringir la investigación ni la difusión de información⁴⁸. Es decir, que se debe reducir al máximo el efecto amedrentador que pueda tener el establecimiento de responsabilidades ulteriores, de ahí que se deba recurrir, de nuevo, a determinar la necesidad de una medida como esa o no. En el caso de los funcionarios públicos, personas públicas o particulares involucrados en asuntos de interés público, la protección a su reputación ha de ser garantizada por medio de sanciones civiles⁴⁹, porque existe un imperativo democrático de someter sus actuaciones oficiales a escrutinio público. Finalmente, de acuerdo con la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, para imponer sanciones civiles en los casos de ofensas a funcionarios públicos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

⁴⁶ *Ibídem.*

⁴⁷ El principio 11 establece que: *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.*

⁴⁸ CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 11.*

⁴⁹ CIDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 11* y CIDH, *Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Op. Cit.*

Otros temas

La CIDH, a través de la Relatoría, ha producido una serie de aportes importantes en distintos temas relacionados con el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y que se encuentran consagrados en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Entre ellos, destacan informes relacionados con los mecanismos indirectos de limitar la libertad de expresión, la libertad de los comunicadores de ejercer su trabajo sin injerencias, presiones ni condicionamientos previos; sin dejar de resaltar el compromiso que estos tienen frente a su público de ejercer su labor con profesionalismo y principios éticos que, en ningún caso, pueden ser impuestos por el Estado. El tema de la colegiación obligatoria, si bien fue tratado en extenso por la Corte Interamericana, también ha sido objeto de análisis por la Comisión y la Relatoría. La Relatoría también ha tenido un papel esencial en el tratamiento del acceso a la información en el Continente.

El fortalecimiento de la libertad de expresión: una deuda con la democracia en Centroamérica, México y República Dominicana

Con la consolidación de la paz en la década de los noventa y el surgimiento de esfuerzos de integración regional, ha sido necesario enfrentar la pluralidad no como un problema sino como una condición del istmo centroamericano, al que en el proyecto de esta publicación se suman México y República Dominicana.

¿Pero cómo lidiar con esa pluralidad? En el caso de Centroamérica, el Informe sobre el Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible de 1999, nos fijaba un norte: Quizá la respuesta se encuentre en la transformación de la pluralidad en pluralismo para enfrentar los desafíos regionales; en pasar de la tolerancia, una actitud indispensable pero pasiva, al libre juego entre actores sociales y políticos, Estados nacionales u organizaciones de la sociedad civil, para buscar un entendimiento que dé

cabida a la acción de todos ellos⁵⁰. La misma guía es aplicable al integrar a dos países, que si bien no se encuentran geográficamente en la misma franja de tierra, tienen inconfundibles lazos en común.

Fomentar ese juego del pluralismo es crucial para el fortalecimiento de la democracia, que en algunos países de la región ya muestra algunas fisuras preocupantes y serias dificultades para superar problemas y retos permanentes como la exclusión y la inequidad, o para fortalecer debilidades de vieja data y que aún hoy no permiten la consolidación democrática.

Si durante los noventa la misión fue la reconquista de la paz y el retorno al estado de derecho, hoy el reto de la región pareciera ser abandonar el conformismo con los logros alcanzados, que aunque importantes, ya no bastan para fortalecer la democracia, responder a las exigencias de la ciudadanía, ni para avanzar hacia una integración exitosa. Esto es igualmente válido en República Dominicana. Por su parte, en el caso de México, aún se tiene el reto de consolidar la alternancia en el poder y la inclusión de nuevos actores en el espectro político.

En ese esfuerzo por avanzar hacia la madurez democrática, la libertad de expresión no sólo juega un papel esencial sino que se constituye, *per se*, en un indicador de la calidad de la democracia. Mayores garantías a la libertad de expresión y al acceso a la información suponen una apertura del poder público al escrutinio de la ciudadanía, una mayor conciencia sobre la importancia de la rendición de cuentas y un avance hacia una democracia más incluyente y participativa.

La libertad de expresión es un elemento intrínseco de las democracias pluralistas y del estado de derecho, pues ella es el catalizador que permite contener el poder de las mayorías

⁵⁰ Proyecto Estado de la Región, *Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible*, 1999. p. 75.

con los intereses y aspiraciones de las minorías; garantiza el derecho de los ciudadanos a participar en el debate político y a ser parte activa de la búsqueda colectiva de la justicia y el bienestar⁵¹.

Breves consideraciones sobre el efecto inhibitorio (*chilling effect*)

Uno de los elementos esenciales, al considerar las violaciones a la libertad de expresión y sus efectos en la sociedad como un todo, se refiere al efecto inhibitorio, el cual es particularmente palpable en las llamadas violaciones directas a la libertad de expresión, pero es también el objetivo final de las violaciones indirectas. Este efecto ha sido considerado de manera recurrente por los órganos del sistema al calificar los actos u omisiones del Estado. Hacemos, por lo tanto, una breve referencia sobre este fenómeno pues sirve de marco para analizar cuán graves pueden ser algunos de los problemas existentes en la región, como limitantes al libre debate de ideas y opiniones.

En general, se arguye que los asesinatos, las amenazas y las agresiones a los medios de comunicación, así como la impunidad en estos hechos, tienen un profundo efecto atemorizador en la sociedad. Lo mismo podríamos decir de la censura directa, así como las demandas y condenas judiciales que no se ciñen a los estándares internacionales en la materia.

En otras latitudes se ha analizado el efecto de leyes que establecen sanciones civiles en el quehacer de los medios de comunicación, pero que a la luz de las circunstancias y la problemática latinoamericana son efectos que se podrían extrapolar a las violaciones directas o indirectas que prohíbe la Convención Americana, para intentar explicar cómo y por qué muchas de las violaciones tienen un efecto que afecta a la sociedad como un todo.

⁵¹ Cfr. Trevor, Allan, "Common Law Constitutionalism and Freedom of Speech". En: Beatson and Cripps, *Freedom of Expression and Freedom of Information*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

El efecto inhibitorio –*chilling effect*– puede tener distintas manifestaciones que restringen el abanico de mensajes e ideas que los habitantes de un país tienen posibilidad de percibir. Algunas de estas manifestaciones constituyen lo que Barendt llama *direct chilling effect*⁵² o efecto inhibitorio directo, como son las omisiones de datos y modificaciones en la redacción de los textos de las informaciones y publicaciones que, a pesar de la convicción de su autor sobre su veracidad, se omiten ante el riesgo de eventuales consecuencias. Es un tipo de autocensura que pasa inadvertida, la mayoría de las veces, para el público. Se manifiesta también en sutiles cambios estilísticos que pretenden “sugerir sin decir”.

El otro efecto es el llamado *structural chilling effect*⁵³, o efecto inhibitorio estructural, que es quizás el efecto más similar a la censura directa, pues genera la constitución de verdaderas áreas de la realidad (personajes o temas) sobre las que se impone un silencio absoluto debido al riesgo que significa informar sobre ellas. El riesgo se debe muchas veces a la posibilidad de enfrentar una demanda –como cuando se trata de personas sobre las que se ha identificado una clara costumbre de acudir a los tribunales por cualquier información que se publique sobre ellas–, o posibles repercusiones económicas para los medios de comunicación. Pero este silencio es el principal precio que paga una sociedad cuando la información sobre ciertos temas acarrea asesinatos, agresiones y amenazas, y el sistema no logra esclarecer esos crímenes.

En el caso de los medios de comunicación, este *chilling effect* estructural tiene otra manifestación que atenta contra la calidad del periodismo, al favorecer lo que entre los periodistas se conoce como “el periodismo de declaraciones”, que pretende evitar eventuales condenas, constru-

⁵² Barendt, Eric, *Libel and the Media. The Chilling Effect*, Oxford University Press, Reino Unido. 1997. p. 191.

⁵³ *Ibidem*, p. 192.

yendo las informaciones únicamente a partir de declaraciones de fuentes⁵⁴ y no reportando directamente sobre los hechos concretos.

Las preocupaciones comunes

En materia de libertad de expresión y acceso a la información cada uno de los países que se incluyen en esta publicación presenta problemas y retos particulares y las diferencias entre un país y otro pueden ser significativas. No obstante, existen preocupaciones comunes en materia de legislación y acceso a la información, así como en materia de censura por medios indirectos, algunas de las cuales se incluyen a continuación.

Asesinatos, amenazas y agresiones

En algunos países comprendidos en la presente publicación, se siguen presentando las violaciones a la vida y a la integridad física de los comunicadores sociales como represalia por sus informaciones.

Hace algunos años se decía que, fuera de los conflictos armados, el tema de cobertura que acarreaba más peligros a un periodista era el de las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, hoy, en toda América Latina, los temas más peligrosos sobre los que se puede ejercer el periodismo y la denuncia son los de corrupción y crimen organizado, especialmente cuando ambos se encuentran entrelazados. El riesgo es aún mayor si esas coberturas se realizan fuera de la capital, pues la mayor parte de los asesinatos han ocurrido fuera de las metrópolis de los países⁵⁵.

Las respuestas de las autoridades, sin embargo, difiere de un Estado a otro, con la preocupación de que algunos de los casos aún se mantienen en la impunidad –por falta de investigaciones diligentes o por la misma complejidad de los hechos– con el consecuente perjuicio, no sólo para las

⁵⁴ Barendt, *Op. Cit.* p. 193.

⁵⁵ Cfr. CIDH, *Informe Anual 2004*, Vol. III. Cap. II. Parr. 23.

víctimas, sino para la sociedad entera, pues estos hechos tienen un profundo efecto intimidatorio para la ciudadanía.

La impunidad lesiona profundamente las estructuras democráticas. Y esta idea ha sido reiterada, una y otra vez, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues la impunidad ofrece un ambiente favorable a las violaciones de derechos humanos.

La Corte ha definido la impunidad como *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*⁵⁶, y ha recalcado que *el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*⁵⁷. Ahora bien, la obligación de investigar no se cumple a través de una mera formalidad condenada de antemano a ser infructuosa sino que debe ser diligente y efectiva⁵⁸.

Las amenazas a comunicadores sociales siguen presentándose en muchos de los países del hemisferio, algunos de ellos contemplados en esta obra. Estos crímenes constituyen una violación a los derechos de los individuos, pero también a la libertad de expresión, pues al lograr su efecto de atemorizar, limita el libre debate de ideas y opiniones. De ahí que, al igual que en el caso de los asesinatos, sea necesaria su investigación a fondo por parte de las autoridades y, sobre todo, asegurar que éstas no lleguen a concretarse a través de mecanismos de protección a los individuos, debidamente concertados con éstos.

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32.

En algunos países del área, ha habido cambios importantes hacia una toma de conciencia de ciertas autoridades sobre la gravedad de estos casos y, en algunos de ellos, se han dado mayores avances hacia el esclarecimiento de los hechos. Ejemplo de esto es el caso mexicano, donde el gobierno federal ha asumido la investigación en aquellos casos de periodistas asesinados en los que se sospecha el posible involucramiento del crimen organizado. En Costa Rica se han dado avances importantes en la investigación de asesinatos de periodistas, y se han emprendido también investigaciones en casos recientes de amenazas a medios de comunicación.

Cabe resaltar que, si bien no en todos los casos, los asesinatos de periodistas han tenido una relación clara con el ejercicio de su profesión, aún cuando no se tenga certeza sobre los móviles de un hecho, la duda misma no aminora, sino, por el contrario, refuerza el efecto inhibitorio sobre la sociedad⁵⁹.

Colegiación obligatoria de periodistas

A pesar del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva de 1985, reseñada *supra*, a Costa Rica le tomó diez años declarar la inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria. Pero en general, con excepción de Honduras, donde el tema aún se discute y esta discusión no es siempre pacífica, la derogación de la prohibición a personas no colegiadas para ejercer el periodismo ha sido uno de los cambios menos controvertidos y más fácilmente realizables. A pesar de esto, en Nicaragua, durante el gobierno de Arnoldo Alemán, se aprobó una ley de creación del Colegio de Periodistas que establecía la obligatoriedad de formar parte de él. La ley no se había podido hacer efectiva, sino hasta la constitución, hacia finales de 2004, del Colegio de Periodistas de Nicaragua, por lo que ya esta norma se encuentra vigente de nuevo.

⁵⁹ CIDH, *Informe Anual 2004*, Vol. III. Cap. II. Parr. 55.

Sobre este respecto, cabe resaltar que en la jurisprudencia e informes de la Corte no se menciona ninguna incompatibilidad con la existencia, *per se*, de los colegios de periodistas, sino con la exigencia de pertenecer a ellos como requisito para ejercer la profesión. Esto supone una revisión y replanteamiento por parte de los colegios de su papel en la sociedad y frente a sus agremiados. Un ejemplo de ellos, ha sido el propio Colegio de Periodistas de Costa Rica, que a pesar de los pronósticos no vio mermada su importancia frente a sus agremiados, sino, por el contrario, en los últimos años se ha convertido en un actor esencial en la defensa de la libertad de prensa y de los intereses de la corporación.

Legislación sobre difamación criminal

La obsolescencia de muchos marcos normativos en materia de libertad de expresión, en particular al comparárseles a los estándares establecidos por los órganos del sistema interamericano, es un problema compartido en la región. No obstante, en el último año se han dado reformas muy positivas en este sentido en El Salvador y Panamá, a la vez que se han dado algunos retrocesos en algunos estados de México.

Todos los estados de la región optan por el derecho penal para la protección al honor. Las sanciones que se imponen son penas privativas de libertad o multas. El Principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión apunta: *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 solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.*

Esta diferenciación entre el tipo de protección al honor que se debe conceder a un funcionario público del resto –conocida como sistema de protección dual–, y que fue retomada en las resoluciones de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos

Canese Vs. Paraguay, y Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, no se cumple en la mayoría de los países de la región. En ocasiones, algunas normas contemplan exclusiones de delito o causas de justificación cuando se emiten expresiones relacionadas con temas de interés público, pero su aplicación práctica no siempre es la ideal.

Particular atención merece el delito de desacato, figura que penaliza las ofensas a los funcionarios públicos, pues aún continúa vigente en varios países. Como se señaló *supra* la Comisión fue muy clara en 1995 al señalar esta figura como incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En todos los países en que sigue vigente, indistintamente de la frecuencia con que se aplique, es necesaria su revisión a la luz los estándares establecidos por las decisiones de la Corte y la Comisión.

La reproducción de ofensas es un delito en la mayoría de los países. En este sentido, ha habido propuestas para introducir en las legislaciones la llamada doctrina de la “reproducción fiel”, que eximiría de responsabilidad a quien reproduce textualmente las aseveraciones dichas por otro. Si bien la inclusión de dicha doctrina puede ser favorable para evitar sanciones injustas a reportes realizados de buena fe por comunicadores sociales, no se debe olvidar que una de las manifestaciones del efecto inhibitorio es el llamado “periodismo de declaraciones” que lesiona la calidad de las informaciones. Por lo tanto, la doctrina de la “reproducción fiel” no es garantía suficiente para quienes deseen ejercer un periodismo responsable y de calidad, si no se corresponde con verdaderas reformas que permitan la adopción del sistema de protección dual.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que las responsabilidades por ofensas al honor de funcionarios públicos, personas públicas o privados involucrados voluntariamente en asuntos de interés público, debe realizarse en sede civil. El principio 10 de este instrumento establece que, en los casos la protección al honor de los funcionarios o personas públicas, dicha tutela debe darse en

la vía civil. Sin embargo, en la región las sanciones penales siguen siendo la norma en el tratamiento de estos casos.

Por otra parte, también han surgido preocupaciones respecto de los posibles efectos negativos si la despenalización no se acompaña con reformas de la legislación civil que tomen en cuenta los parámetros señalados por la Declaración de Principios. Las preocupaciones al respecto se dan en dos sentidos. Por una parte, algunas legislaciones civiles⁶⁰ no ofrecen las garantías necesarias para la protección al honor cuando éste pueda ser lesionado por expresiones falsas manifestadas con un ánimo ofensivo. Por otra parte, las sanciones civiles también tienen un efecto inhibitorio, que puede ser igual o incluso mayor que el de las sanciones penales si no se adoptan los criterios del principio 10 de la Declaración de Principios según el cual en sede civil 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*. Lamentablemente, muchas legislaciones civiles del hemisferio no ofrece la posibilidad de tomar en cuenta dichas consideraciones.

En el caso de El Salvador, en octubre de 2004, se aprobó una reforma que introdujo la exclusión de delito respecto de *los juicios o conceptos desfavorables en casos de interés público expresados o difundidos por quienes ejercen el periodismo, y publicados en medios de comunicación en el ejercicio de su labor. También se excluye de responsabilidad a los medios de comunicación*⁶¹. Esta disposición tiene el efecto de despenalizar los crítica a funcionarios públicos, cuándo ésta se ejerce por los periodistas. De esta manera, El Salvador se convirtió en el primer país del Istmo en el que de

⁶⁰ Cfr. Informe sobre la situación de la libertad de expresión de Carlos Urquilla, que se publica en esta misma obra.

⁶¹ CIDH, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2004. Cap. IV. Parr. 40.

manera expresa se toma tal medida. En el caso de Panamá, en 2004 también se adoptó una reforma constitucional que eliminó el sustento que existía en ella sobre el delito de desacato.

La reserva de fuentes de los periodistas

La búsqueda de información constituye uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión en los términos de la Convención Americana. Es, a la vez, la esencia misma del periodismo, de ahí que, podríamos decir, la actividad periodística de buscar información encuentra amparo en la Convención⁶².

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, contempla el derecho de los periodistas a mantener el secreto de sus fuentes y mantener en reserva sus apuntes y archivos. La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha interpretado que este derecho no se constituye como un deber, ya que el comunicador social no está obligado a guardar el secreto de sus fuentes de información, sino por razones de profesionalismo y ética profesional⁶³.

⁶² Esta relación entre la libertad de expresión y prensa y la búsqueda periodística de información ha sido muy claramente establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que la considera una actividad protegida constitucionalmente. En *Richmond Newspapers Inc. Vs. Virginia*, la Corte Suprema dijo: *[S]in alguna protección para buscar las noticias, la libertad de prensa puede verse violentada*. Ver: Schulz, David. A. "Newsgathering as Protected Activity", En: Beatson and Cripps, *Op. Cit.* p.142. Particularmente, *Richmond Newspapers Inc. Vs. Virginia*, 448 US 555, 576 (1980).

⁶³ CIDH, *Informe Anual de 2000*, Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Cap. II. En IIDH, *Libertad de Expresión en las Américas*. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión. *Op. Cit.* 70. A diferencia de la Comisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos, sí ha establecido responsabilidades civiles por parte de los periodistas han irrespetado la promesa de confidencialidad hecha a sus fuentes, como una suerte de violación contractual, afirmando que dichas responsabilidades solo tenían efectos "incidentales" sobre la búsqueda de información por parte de la prensa. Ver. *Cohen Vs. Cowles media Co.* 501 US 663 (1991), y el análisis de Schulz, *Op. Cit.* p. 139 y ss.

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, este reconocimiento implica dar garantías jurídicas al derecho del periodista de guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información. La idea se basa en que sin la posibilidad de alegar dicho secreto muchas informaciones no podrían conocerse, pues se obtiene en un ámbito de anonimato entre el periodista y su fuente, la cual suele temer posibles represalias por dar a conocer, por medio de un reportero, información de interés público.

En los estatutos de la redacción del diario *El País*, de España, incluidos en su *Manual de Estilo*, se reconoce el secreto profesional como *un derecho y un deber ético de los periodistas. La protección de las fuentes informativas constituye una garantía del derecho de los lectores a recibir una información libre, y una salvaguarda del trabajo profesional*⁶⁴.

Hay quienes confunden el derecho de reserva de las fuentes con la obligación de secreto que se impone, por ejemplo, a sacerdotes, médicos o letrados. Sin embargo, esas son obligaciones permanentes, que no se da en el caso de los periodistas. Uno de los postulados que siguen los periodistas es que las llamadas informaciones *off the record* sólo se aceptan bajo condiciones excepcionales. Tal como lo señala Javier Darío Restrepo: *Sólo en los casos que implican una información de relevancia social o ponen en peligro su vida o su trabajo, se justifica el pacto de reserva. Lo normal es que el lector sepa quién es la fuente y por qué fue consultada*⁶⁵. Existe, por lo tanto, un margen de libertad o de negociación entre el periodista y su fuente sobre la posibilidad de garantizar la reserva, margen que no le asiste al médico o al sacerdote.

⁶⁴ El País, *Libro de Estilo*. Ediciones El País. Madrid. 1999. P. 648. Art. 8.

⁶⁵ Restrepo, Javier Darío, *El Zumbido y el Moscardón*. Fondo de Cultura Económica y Fundación Nuevo Periodismo Iberoamericano. México, 2004. p. 57.

Por otra parte, la obligación de reserva que tienen ciertos profesionales se da sobre la base de que el contenido de una información que les ha sido revelada no sea dada a conocer, en virtud de la confianza que normalmente exigen dichas relaciones. En el caso de los periodistas, si bien la reserva se constituye sobre una base de confianza, lo cierto es que las relaciones entre reporteros y fuentes deben regirse, esencialmente, por la independencia. Por otra parte, con excepción de los casos en que el *off the record* supone la no revelación de la información suministrada, la idea general es que los datos que se le suministran al periodista serán publicados con reserva de quién dio la información o servirán para que el reportero busque la información por otras vías, pero llevarán, en última instancia, a la publicación de información de interés público.

En los países que se incluyen en esta publicación aún existen serias confusiones sobre este derecho, particularmente cuando se llama a periodistas a rendir declaración en el marco de una investigación o proceso judicial. Se han dado casos en este sentido en México y Costa Rica. No obstante, existen algunos avances. En México, por ejemplo, la Procuraduría General dictó una serie de lineamientos llamando a garantizar el derecho de reserva de los periodistas. En El Salvador, además, se introdujo una garantía a este derecho en el Código Procesal Penal.

Acceso a la información

No es nueva la idea de que el acceso a la información es crucial para la supervivencia y mejoramiento de la democracia. Esta idea está contenida en el preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH: [...] *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.*

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión así lo ha señalado: *La falta de participación de la sociedad en el*

*conocimiento de información que los afectaría directamente impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolancia y discriminación*⁶⁶.

Por su parte, el Principio 4 de la Declaración de Principios es claro en señalar que el acceso a la información es un derecho fundamental de los individuos y los estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho.

En toda América Latina, este es un tema en boga. La discusión y la toma de conciencia ha permitido avances importantes, como la adopción de nuevas leyes de acceso a la información y decisiones judiciales que amparan cada vez más este derecho.

Sin embargo, aún se debe combatir una cultura institucional que tiende a ver el acceso a la información como una concesión de las instituciones públicas y no como un verdadero derecho de la ciudadanía. En algunos países, aún existe una carencia de recursos legales que permitan exigir la rendición de cuentas y, por el contrario, siguen vigentes normas que restringen el acceso a la información.

La lentitud de algunos procedimientos para solicitar información en poder del Estado puede, además, desincentivar el ejercicio de este derecho por parte de la población. A esto se suma que, en no pocos casos, la información suministrada por el Estado es incompleta, de poca calidad, no fidedigna o incomprensible.

La poca comprensión de quienes toman decisiones políticas sobre la importancia de este derecho, sumada a la desconfianza y temor sobre su uso por parte de la prensa, también genera dudas en algunos sectores de la sociedad civil sobre la conveniencia o no de promover legislación en esta materia, pues han sido varias las experiencias en las que

⁶⁶ Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión del 2001. Cap. III.

las leyes de acceso a la información terminan convirtiéndose, más bien, en cortapisas para su ejercicio.

En México, República Dominicana y Panamá, existen leyes de acceso a la información pública, las cuales han tenido que superar algunas limitaciones de la propia normativa o su reglamentación y de las instituciones que deben aplicarlas, para constituirse en verdaderos mecanismos de garantía para un mayor ejercicio de este derecho. En otros países se encuentran en discusión algunos proyectos al respecto y algunos sectores, ante la inexistencia de normas claras, han encontrado en las interpretaciones jurisprudenciales una vía para garantizar el acceso a la información.

Asignación de frecuencias radioeléctricas

La concentración de medios es un tema de preocupación recurrente en todos los países del área, pues representa una amenaza a la pluralidad necesaria para el debate público en una sociedad democrática. *[E]l control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la 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 limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes*⁶⁷.

El principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala que: *Las asignaciones de radio*

⁶⁷ CIDH, Informe Annual 2004, Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Cap. V. parr. 17.

y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos. El sistema que se suele seguir para dichas asignaciones es el de las subastas, lo que termina siendo un sistema excluyente para las comunidades o poblaciones que carecen de recursos necesarios para participar en ellas.

Existen esfuerzos importantes en algunos países del continente por ofrecer frecuencias a las llamadas radios comunitarias; sin embargo, se dan profundas discusiones sobre cuál debería ser el mecanismo idóneo para garantizar una mayor diversidad en los concesionarios de medios de comunicación. Estos debates se ven influenciados, además, por intereses de ciertos grupos empresariales que ven en el surgimiento de radios comunitarias un eventual competidor, aún cuando la naturaleza y objetivos de estas emisoras suelen ser distintos a los de las comerciales y abren espacios de participación y canales de información a poblaciones cuyas inquietudes no siempre encuentran eco en los medios de comunicación comerciales.

Este es, definitivamente, un tema pendiente en toda la región. Hasta el momento, ninguna ley ha reconocido el valor y la importancia de la pluralidad en la asignación de frecuencias radioeléctricas, ni la consideración de criterios democráticos que no se limiten, exclusivamente, a una subasta.

Distribución de publicidad oficial

La asignación de la publicidad oficial como un mecanismo para premiar las informaciones favorables al gobierno o castigar las críticas que publican los medios de comunicación es una constante en casi todos los países en cuestión, aunque obviamente con ciertos matices y distinta intensidad.

Al respecto, el Principio 13 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión señala: *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.

Desde el primer *Foro Centroamericano sobre Sistema Interamericano y Libertad de Expresión* organizado por el IIDH en 2001, el tema se planteó como una prioridad en Centroamérica, pues estaba poniendo en peligro la subsistencia y, lógicamente, la independencia y la calidad de varios medios de comunicación, en especial de aquellos más pequeños. En ese momento, se criticó, muy especialmente, la discrecionalidad que puedan tener el Estado, las instituciones públicas o los gobiernos locales para distribuir la publicidad oficial.

En el caso de México, hasta 1996, existía una práctica oficial del gobierno federal de subsidiar la cobertura noticiosa. Esa práctica ya se superó, al menos públicamente, pero se señala que en varios estados aún se mantiene.

Al igual que en el caso de la búsqueda de mecanismos adecuados para la asignación de frecuencias, es difícil lograr un consenso en torno a un mecanismo para su distribución de publicidad oficial. Por una parte, hay quienes abogan por seguir el criterio de mayor *rating* y cobertura de un medio, por ser estos mecanismos técnicos más confiables. Sin embargo, existen mensajes que, por la especificidad del público al que están dirigidos, este criterio no es 100% aplicable. Otros grupos pretenden promover una “democratización” en la asignación de la publicidad oficial para que

no beneficie solamente a los medios más “grandes”. Sin embargo, surge la duda de si esto no es, al final de cuentas, un subsidio y por lo tanto, la normativa que se imponga debe tomar en cuenta ese carácter.

Sea cual sea el criterio, el problema en relación con la libertad de expresión, no debería ser “quién recibe más” o “quién recibe menos”, sino por qué. Si la consideración para la asignación es meramente técnica, las preguntas que podrían surgir son sobre si ese es el mejor sistema para dar a conocer a la ciudadanía un mensaje de interés público y si garantiza un mejor aprovechamiento de los fondos públicos. Pero si la asignación se da como un premio a las informaciones favorables o se elimina como castigo a la crítica, ahí se está en presencia de una violación indirecta clarísima a la libertad de expresión y por lo tanto, debería castigarse. Hasta el momento, no se conoce de ningún caso en los países del área en los que se haya castigado a un funcionario público por utilizar la publicidad oficial como un mecanismo de presión sobre los medios de comunicación.

Tarea pendiente

Cada uno de los países sobre los que se analiza la situación en esta publicación tiene sus particularidades respecto de la situación de la libertad de expresión. Pero es evidente que en toda la región son necesarias más acciones de sensibilización y promoción, así como una mayor difusión sobre la labor del sistema interamericano y de los estándares que emanan de sus sentencias e informes sobre esta materia, particularmente entre actores clave. Por lo demás, subyace una profunda necesidad por afianzar la cultura democrática, una mayor rendición de cuentas por parte de quienes ejercen los poderes públicos y, sobre todo, la tolerancia y la pluralidad como elementos necesarios para la construcción de sociedades más justas y equitativas.

El estado de la libertad de expresión en Costa Rica*

*Alfredo Chirino Sánchez*¹

Introducción

No cabe duda que el tema de la libertad de expresión en Costa Rica tuvo un papel preponderante en el siglo que recién concluyó, tanto en el discurso público, como en la generación de hechos e informaciones que conmovieron profundamente la institucionalidad del país. Esto último, no sólo por las cuestiones que se discutieron a nivel jurisdiccional y legal, sino también por la vivencia que esta garantía permitió a los ciudadanos, abriéndoles nuevos espacios para su participación en el análisis y crítica de la gestión pública y, sobre todo, para responder a la ineludible pregunta sobre cuál era el valor democrático que se le estaba dando a la información en nuestra sociedad.

Los sucesos acaecidos recientemente, sobre todo los referidos a la revelación de graves casos de corrupción administrativa, con profundas ramificaciones en el sector privado, han posicionado el tema de la libertad de información y de la transparencia en la agenda de la discusión pública, lo que ha

* Este texto ha sido resumido por los editores del libro, con el consentimiento del autor.

¹ Director de la Escuela Judicial de Costa Rica y catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Costa Rica. Obtuvo su Maestría y Doctorado en Derecho en la Universidad *Johann Wolfgang Goethe*, de la Ciudad de Fráncfort del Meno, República Federal de Alemania.

provocado cambios legislativos importantes, como la reciente Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública,² pero que aun no terminan por visualizar el poderoso valor del acceso a la información como instrumento de combate en este flagelo³. Con todo, es posible decir que este proceso es único en la historia reciente de Costa Rica, y sus consecuencias y efectos apenas están empezando a ser aquilatados por los diversos grupos sociales y habrá de observarse su peso en la configuración futura de las fuerzas y el discurso político.

El papel que han tenido los medios de comunicación colectiva en este despertar democrático no puede ser menospreciado y, sin duda, será siempre la clave para discutir y analizar las mencionadas consecuencias del fenómeno.

El enorme significado de los medios, sobre todo los de la prensa escrita, y su influencia en la configuración y control del poder político y económico es, en Costa Rica, como en otras latitudes, un factor ineludible para construir un panorama exacto del ejercicio de la libertad de expresión, de sus posibilidades, de su magnitud y, especialmente, de sus peligros. No pocos de estos peligros provienen de la forma en que los medios construyen la “realidad” informativa y cómo es percibida por la opinión pública, y del intento de controlar dicha “realidad” por parte de las fuerzas políticas con el fin de alcanzar mejores cotas de apoyo público y desviar la atención sobre problemas urgentes. Las estrechas trincheras de la lucha entre la libertad de expresión y la protección de la intimidad y el honor, consiguen, de esta forma, una reingeniería estratégica agregando el factor del control político de los medios y las urgencias que el poder puede introducir al intentar limitar el ejercicio de la libertad de expresión, en este caso, de los medios de comunicación,

² Ley 8422, publicada en *La Gaceta* 212, viernes 29 de octubre de 2004.

³ A pesar de ello se han presentado proyectos sobre Acceso a la Información Pública, como el que fuera preparado por el Diputado Humberto Arce, cuyo trámite legislativo fue truncado por otros temas de la agenda legislativa.

y por esa vía preparar las condiciones para que medren sin ambages la corrupción y otros males sociales.

Es muy probable que una de las formas más claras de manifestar esta situación del papel de los medios en la democracia fue planteada por la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, denominada la *Sentencia Spiegel*, cuando señalaba que si el ciudadano debía tomar decisiones políticas, antes debía ser ampliamente informado, incluso de aquellas opiniones que otros habían expresado, con el fin de que estuvieran en condición de aquilatarlas y valorarlas. La prensa es vista en esta sentencia como aquella que puede mantener en movimiento esta discusión sobre asuntos de interés público, donde su papel en la democracia es el de servir de órgano de conexión y de control entre el pueblo y sus representantes, los cuales han elegido en el parlamento y en el gobierno. Su función es la de resumir las opiniones y las demandas que se van formando en la sociedad y sus grupos, colocarlas para ser discutidas y llevarlas hasta los órganos estatales para que puedan medir de manera continua sus decisiones en cuestiones específicas tomando como punto de partida las opiniones que expresa el pueblo⁴.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en igual sentido, señala a la libertad de prensa como uno de los pilares de una sociedad democrática y agrega que la protección de esta garantía no sólo alcanza a las informaciones recibidas favorablemente por la colectividad o que son consideradas inofensivas, sino también a aquellas que ofenden, que son incómodas y perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Esto último como consecuencia necesaria del pluralismo, que es característica esencial de la sociedad democrática⁵.

⁴ Ver: GE 20, 162 (*Spiegel-Urteil*), disponible en: www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv020162.htm.

⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, según la cita que se hace del fallo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Ricardo Canese Vs. Paraguay*.

Sin un correcto paralaje de estas funciones sociales y políticas de la prensa no es posible comprender el ejercicio de la libertad de expresión y de información en la democracia y, por ello, tampoco sería posible comprender por qué el tema de la libertad de prensa juega un papel tan central en la discusión científica sobre el problema de la vigencia normativa y práctica del artículo 13 de la Convención Americana. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el reciente caso *Canese Vs. Paraguay*, reafirmó esta doble dimensión individual y social de la libertad de prensa, indicando que no basta con garantizar la libertad de expresar el pensamiento, si no se tiene derecho a acceder a la información necesaria y a divulgarla. Expresión y difusión del pensamiento son, entonces, dimensiones indivisibles del ejercicio de la libertad de expresión y la restricción de cualquiera de ellas compromete la vigencia y realización de la otra⁶.

En suma, sin libertad de expresión no es posible pensar la democracia, ya que sus fundamentos de pluralismo y tolerancia se desvanecen, el control ciudadano se tornará inoperante y se crearía, como lo sostiene con razón la Corte Interamericana en el ya famoso caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, un terreno fértil para que los sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad⁷.

En este trabajo pretendemos manifestar esta vigencia y contenido de la libertad de expresión en la experiencia jurídica costarricense, tomando como punto de partida algunos temas que nos permitirán justipreciar la situación actual de esta garantía y hacer algunas consideraciones sobre las estrategias actualmente en movimiento para profundizar su ejercicio.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese Vs. Gobierno de Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, punto 78. El criterio fue expresado también en el precedente sentado por el *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 146.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*; sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 116.

El papel constitucional de la libertad de expresión en Costa Rica

Al igual que ha sucedido en otros sistemas jurídicos, la discusión constitucional sobre la libertad de expresión en Costa Rica ha estado íntimamente ligada a la cuestión de la libertad de información y de prensa.

El artículo 29 de la Constitución: [...] *todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin censura previa.*, viene a ser el sustrato de esta garantía, la cual se extiende, como se expresa en el claro lenguaje del texto constitucional, no sólo a la comunicación libre del pensamiento sino también a su publicación. Por ello, el alcance inmediato de este derecho fundamental está dirigido al ciudadano, a fin de que exprese sus opiniones y pensamientos sin obstáculo o limitación, sin embargo, el texto incluye también a los medios de comunicación, ya que su papel central en la democracia se concentra en la producción y publicación de comentarios, valoraciones y críticas.

De lo contenido en el precepto constitucional del artículo 29, también es posible derivar la libertad de prensa, esto es, el derecho de los medios de comunicación de crear opinión plural y contribuir al intercambio de informaciones sobre temas de interés de la comunidad, lo que realiza a su vez el derecho de acceso a la información del ciudadano. En efecto, gracias a una prensa libre, madura e inteligente es posible que el ciudadano adquiera las condiciones para el ejercicio de su derecho a participar, al dársele la posibilidad de conseguir datos e informaciones sobre los temas que le interesan de todas las fuentes que estén a su alcance. Con esta información puede formar criterio, hacer decisiones y expresar su opinión, haciendo posible la consecución de una de las metas más valiosas de la vida democrática en la sociedad: un ciudadano maduro, informado y voluntarioso en la lucha por alcanzar metas comunitarias y en el control de sus gobernantes. Con esto último es fácil comprender la conexión constitucional entre el ejercicio de la libertad de

expresión, de asociación y de participación ciudadana, que queda planteada por los procesos informativos y de formación de opinión. Los ciudadanos deben poder asociarse para alcanzar metas comunes, para unir esfuerzos en contra de lo que consideran injusto, lo que pueden evaluar con la información que consulten y que les sea proveída.

De hecho, es posible medir el grado de desarrollo de un sistema democrático específico si se logra determinar los niveles de libertad con que cuentan los medios de comunicación para cumplir su labor de informar. El derecho a la información, en sus dos dimensiones (informar y obtener información) se convierte, de esta forma, en un elemento característico del sistema democrático de gobierno⁸ y en una traducción constitucional de los contenidos del artículo 13 de la Convención Americana.

El problema de la colegiación obligatoria de periodistas

El problema de la libertad de expresión en Costa Rica se plantea, sin embargo, a partir del tema de la colegiación de los periodistas, la cual, incluso, provocó una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. La Corte dijo que si la colegiación obligatoria impedía el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como un vehículo para expresarse o transmitir información, constituiría, por ello, una incompatibilidad con lo preceptuado por el artículo 13 de la Convención Americana.

Esta Opinión Consultiva fue receptada por la Sala Constitucional, la cual, al retomar el punto, y en un precedente de gran valor, declaró que la colegiación obligatoria de los periodistas es ilegítima [...] *en cuanto impida la libertad de expresión y el uso de los medios de comunicación social como instrumentos al servicio de aquella y de la de buscar, recibir y difundir informaciones e*

⁸ Ver: Voto número 06418-99 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

*ideas de toda índole*⁹. Como sustento del fallo citó expresamente el precedente previo de la Opinión Consultiva OC-5/58 de la Corte Interamericana.

Del fallo citado, se deriva que la Sala Constitucional subrayó el valor inherente del derecho de los ciudadanos a buscar y difundir informaciones como elemento indispensable para la vida democrática. La libertad de expresión adquiere, entonces, un papel central en la vida ciudadana, a tal punto que faculta a exigir, constitucionalmente, que el ciudadano pueda hacer uso de los medios de comunicación social como un instrumento para realizar la mencionada libertad.

El acceso a la información pública como un requisito constitucional de la libertad de expresión

El inventario de esperanzas y posibilidades del concepto de libertad de expresión no estaría completo si no le incluye el capital derivado de otro derecho constitucional de valor democrático esencial como lo es la garantía de acceso a la información. Es probable que ésta sea una de las relaciones más productivas que pueda derivarse del texto del artículo 13 de la Convención Americana, y quizá la más importante de cara a una sociedad de la información, como lo es la del siglo XXI.

El tema del acceso a la información pública formó parte de la preocupación de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), que adoptó la Resolución AG/Res.1932 (XXXIII-O/03). En esta declaración de junio de 2003 se ratificó la conexión esencial entre la libertad de expresión y el derecho a acceder a la información, un vínculo que da sustento a la democracia. La Asamblea subrayó la necesidad de que los estados miembros respeten y fomenten este derecho de acceso a las infor-

⁹ Voto 2313-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

maciones públicas, promoviendo todos los mecanismos legales indispensables para su vigencia y aplicación efectiva.

El Relator Especial sobre Libertad de Expresión incluyó en su informe del año 2003 una amplia consideración sobre los contenidos de este derecho y formará parte, por voluntad expresa de la Asamblea General de la OEA, de los informes subsiguientes del Relator¹⁰. Esta garantía está tímidamente reconocida en el artículo 27 de la Constitución Política cuando señala: *Se garantiza la libertad de petición en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho de obtener pronta respuesta.* Aun cuando la fórmula del texto alude al derecho de petición y de obtener pronta respuesta, éste puede extenderse a la obligación de la administración pública de dar transparencia a su funcionamiento, aun en aquellos casos donde los ciudadanos requieren únicamente datos puros y simples de la actuación del órgano.

El órgano público debe brindar la información en un plazo de diez días, como establece el artículo 32 de la Ley 7128 de 18 de agosto de 1989, publicada en el Diario Oficial 166 de 1 de septiembre de 1989, con la excepción hecha de aquellos otros plazos de respuesta que haya previsto en concreto la ley específica que regule el funcionamiento del órgano. El plazo de diez días corre a partir de la recepción de la solicitud de información por escrito planteada por el ciudadano (tanto personas físicas como jurídicas)¹¹.

El legislador constituyente estableció la reserva expresa de los secretos de Estado, y lo hizo en el artículo 30 de la Carta Magna: *Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. // Quedan a salvo los secretos de Estado.* Se entiende por “secretos de Estado” aquellos

¹⁰ Ver: *Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión*, 2003, Capítulo V: www.cidh.org/relatorial.

¹¹ Ver: sentencia número 5530-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

relacionados con la seguridad, defensa o relaciones exteriores de la nación¹².

El tema del secreto de Estado también ha sido planteado en la Ley 6227, denominada “Ley General de la Administración Pública”, que en su artículo 273 establece: *No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.*

Es muy probable, si el ordenamiento jurídico acepta el Proyecto de Ley de Acceso a la Información Administrativa propuesto por la OEA a través de su Oficina Jurídica, que Costa Rica implemente un marco normativo que permitirá un mayor alcance del derecho de acceso a la información y con ello una potenciación del derecho de la prensa a informar sobre asuntos públicos y a crear opinión sobre aspectos de los cuales se requiere una amplia transparencia por parte de la administración pública.

La realización efectiva del derecho a la información de los ciudadanos, especialmente sobre asuntos de interés público, es uno de los fundamentos básicos de la garantía de participación ciudadana en el estado de derecho. Esto ha quedado subrayado en la reciente sentencia de la Sala Constitucional sobre los Informes del Fondo Monetario Internacional, los cuales no querían darse a conocer a la ciudadanía. Según el Presidente del Banco Central [...] *No había una tradición de publicar estos informes.* Con este argumento había negado al periódico *La Nación* acceso a este documento y, con ello, a la posibilidad de conocer directamente importantes datos sobre la economía del país y sobre el diagnóstico hecho por esta institución internacional.

¹² Ver: sentencia número 0249-91 del mismo tribunal constitucional.

La sentencia de la Sala Constitucional hace un análisis del papel de la información para generar una opinión pública libre y establece que existe a nivel constitucional una obligación del Estado de propiciar un ambiente de “libertad informativa”, donde los ciudadanos puedan conocer de los asuntos públicos y formarse un criterio. Como todo derecho fundamental, el derecho a la información tiene límites. La Sala menciona dos: uno de ellos, el ya planteado aquí sobre los secretos de Estado y, el otro, el derecho a la intimidad. Refiriéndose a este último, puntualiza el fallo que cuando haya asuntos de trascendencia e interés público es justificable una intromisión en dicha esfera.

Limitaciones legales a la libertad de expresión

Planteamiento del problema

Como se ha expuesto, la libertad de expresión es una garantía constitucional que sirve de base al desarrollo de la democracia. Sin embargo, ningún derecho constitucional puede funcionar sin límites. También la libertad de expresión debe soportar restricciones razonables para que su ejercicio pueda llevarse a una concordancia práctica en una sociedad compleja¹³. Algunos de estos límites surgen de la ley y su razón de ser es establecer protecciones especiales a otros derechos, como lo son, por ejemplo, el derecho a la intimidad, al honor y a la autodeterminación informativa.

En las secciones subsiguientes, se analizará la forma en que la libertad de expresión ha sido limitada legalmente y cuáles de estas limitaciones aun deben sostenerse en virtud del valor constitucional que esta garantía tiene en el estado de derecho.

Limitaciones en relación a las investigaciones penales

El equilibrio entre el derecho a publicar información sobre los asuntos de conocimiento de los tribunales de

¹³ Así lo reconoce la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Canese Vs. Paraguay*, Párrafo 95.

justicia, sobre todo en materia penal, y el derecho de los ciudadanos involucrados en dichos procesos a mantener su intimidad, es uno de los problemas de más difícil solución en la moderna doctrina procesal. El problema se hace más arduo si se toma en cuenta que uno de los objetivos del proceso moderno es el de ser público, precisamente para alcanzar un mejor conocimiento de la colectividad acerca de cómo los tribunales resuelven los casos que les son planteados y, por supuesto, para alcanzar fines de prevención, al generar en la comunidad conocimiento de que los comportamientos contrarios a las normas son objeto de un proceso y que eventualmente son sancionados.

El Código Procesal Penal de 1996 contiene algunas normas que se refieren a este tema. Por ejemplo, el artículo 295 establece que *[...]no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes.* Con respecto a esto, el artículo 9 del Código plantea que *Hasta la declaratoria de culpabilidad, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable ni brindar información sobre ella en ese sentido,* esto en virtud del respeto al principio de inocencia sobre el cual se sustenta el juzgamiento penal en el estado de derecho. Con respecto al proceso oral, el artículo 330 establece la posibilidad de efectuarlo parcial o totalmente en forma privada bajo cinco condiciones.

Las limitaciones a la libertad de información se establecen, en todo caso, a partir de una ponderación de intereses en juego. Destaca un especial acento de tutela en lo que se refiere a los ámbitos de intimidad o a resguardar a las partes de una posible revictimización a partir del trabajo periodístico, también la salvaguarda de secretos de Estado o industriales o de informaciones privilegiadas, y hasta la tutela de “fines de la justicia”. Las reglas no son de fácil aplicación y necesitan, por supuesto, una fundamentación adecuada para optar por la no publicidad.

Penalización del desacato

La figura penal del “Desacato”, o las ofensas a un funcionario público en razón de sus funciones, se encuentra prevista y sancionada en el artículo 309 del Código Penal vigente¹⁴. La doctrina jurídica ha discutido el problema de este tipo de ofensas, y con frecuencia se lee en ella que dicho delito se configura cuando las ofensas son dirigidas al funcionario con motivo de sus funciones. Esto último lleva a la consecuencia necesaria de una atipicidad de la conducta cuando las ofensas sean dirigidas contra un funcionario que realiza una actividad ilegítima.

La Comisión Interamericana analizó recientemente la figura del “Desacato”, indicando su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión y pensamiento¹⁵ y estableció que estas leyes son restrictivas de la libertad de expresión en los términos establecidos por la Convención Americana. El criterio expuesto se fundamentó en el valor esencial que tiene para la democracia la generación de un debate público abierto, incluso con la expresión de ideas y opiniones de carácter impopular.

La Comisión también señaló que estas leyes de desacato les otorgan a los funcionarios públicos una protección reforzada a su honor en virtud del ejercicio de sus cargos, lo que implica una injustificada tutela, con la que no cuentan otros ciudadanos. Asimismo, indica que la figura del desacato estaría invirtiendo 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.*

¹⁴ Artículo 309: *Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público o lo amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personal o públicamente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por vía jerárquica.*

¹⁵ CIDH, *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 (1995), páginas 210 a 223. Anexo D.

No quedó de lado, en la opinión expresada por la Comisión, el grave peligro que implica la amenaza de pena que pesa sobre aquellos que eventualmente sean sujetos de persecución por haber incurrido en un desacato. Este peligro también fue expresamente comprendido por la Corte Europea de Derechos Humanos quien, además, planteó que dicha amenaza de pena puede actuar como una verdadera censura al pensamiento, que posiblemente disuada a quien haya sido objeto de tal persecución de expresar nuevamente sus ideas y opiniones sobre asuntos de interés público¹⁶.

Desde el punto de vista político criminal tampoco se entiende la creación de este privilegio especial a los funcionarios públicos en razón de su cargo. En primer lugar, seguiría existiendo para ellos, como para cualquier otro ciudadano, una tutela civil y penal para su honor. En segundo lugar, y desde una óptica mucho más amplia, el verdadero sentido de estas leyes de desacato radicaría en la ya mencionada inversión del principio democrático, reduciendo un ámbito muy importante para la crítica pública de los actos de gobierno. La amenaza de pena tendría aquí un evidente efecto de prevención general negativa y redundaría en una eventual reducción de los espacios en que los ciudadanos podrían autodeterminarse, ejerciendo sus facultades democráticas y participando en el debate sobre asuntos de interés público. Esto último es particularmente cierto cuando se interpretan las prescripciones penales del desacato no directamente a partir del honor objetivo del funcionario sino desde la perspectiva de lo que el gobierno específico considera correcto o incorrecto de expresarse sobre su gestión y sus consecuencias. Si se produce este último fenómeno se trataría de una verdadera penalización a la expresión del pensamiento y se generaría, por la vía de la prevención general negativa, una censura del derecho a la expresión y a la opinión.

¹⁶ Ver: *Informe del Relator sobre Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos*, Dr. Santiago Cantón, en: www.cidh.org/annualrep/98span/Volumen%20III%20Capitulo%204.htm#60.

El orden público no es un bien jurídico tutelado en el “Desacato” y mal lo sería desde la perspectiva limitada del “honor” del funcionario, ya que en tal hipótesis el “orden público” sería todo aquello que quede dentro del ámbito característico del honor subjetivo del funcionario público objeto de la crítica pública. Esto último no es un resultado frecuente del análisis jurídico penal del “Desacato”, pero es un peligro latente que bien vale la pena eliminar mediante la derogación efectiva de esta figura.

El legislador costarricense lo ha hecho recientemente, al eliminar del artículo 309 del Código Penal la frase donde se consigna la referencia a la ofensa al honor o el decoro de un funcionario público. Sólo quedó subsistente el delito de amenazas para el funcionario, con ocasión de su cargo, que haya sido dirigida a él personal o públicamente, o mediante comunicación o por vía jerárquica. El texto del Proyecto de Código Penal de Costa Rica¹⁷ que se encuentra esperando aprobación del Congreso, ha optado también por eliminar la figura del “Desacato”, asumiendo con ello un compromiso evidente con la libertad de expresión en la democracia.

En todo caso, debe mencionarse que a la fecha sólo se tiene como antecedente la condena en 1994 del periodista Bosco Valverde, quien en una columna de opinión atacó a unos jueces por el trato que recibió un ex presidente de la república. La sentencia condenatoria fue llevada a casación, donde se dispuso mantener el fallo. Sin embargo, al morir el periodista Valverde, durante la tramitación del recurso de casación, se consideró extinguida la acción penal.

En ejercicio de la facultad prevista en el artículo 27 de la Constitución,¹⁸ los periodistas pueden y deben tener acceso

¹⁷ Se ha tenido a la vista para la redacción de este trabajo la versión electrónica del Proyecto, disponible en la página electrónica de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, y que puede ser consultado con las últimas mociones por la Comisión de Asuntos Jurídicos en: www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/proyectocpn1/penal2.html.

¹⁸ *Artículo 27.- Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial y el derecho a obtener pronta resolución.*

a asuntos de interés público y a ejercer activamente su derecho de petición ante las autoridades públicas, precisamente para ejercer una sana actividad fiscalizadora de dichos órganos y sus representantes. Tal ejercicio de un derecho fundamental no puede entenderse como un “Desacato” a los funcionarios públicos afectados. Se trata, indiscutiblemente, de un ejercicio legítimo de un derecho del periodista.

Persecución judicial a los periodistas

Los periodistas suelen considerar que su libertad de expresión se encuentra en peligro cuando se les persigue penalmente por los comentarios, análisis e informaciones que publican en los medios de comunicación. En un sondeo preparado por el Instituto de Estudios Sociales en Población (IESPO) en septiembre de 2003, se recogió la opinión de periodistas costarricenses sobre el tema de la libertad de expresión y los riesgos de ser perseguidos por el ejercicio de sus derechos comunicativos, un 75% de ellos expresó que era necesaria una reforma de la legislación de prensa. Las quejas de los periodistas suelen centrarse en contra de la legislación penal que privilegia la protección del honor de los funcionarios y personalidades públicas, así como la ausencia de facultades legales para proteger las fuentes y que garanticen un efectivo acceso a la información pública, carencias que siguen existiendo en la actualidad¹⁹.

La situación señalada por el sondeo se agudiza si se toma en cuenta la existencia de otro supuesto privilegio jurisdiccional creado por la Ley de Imprenta²⁰ y que le concedía a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer como Tribunal de Juicio en los delitos de injurias y calumnias por la prensa escrita. Desde el punto de vista legal, existía entonces para los periodistas un

¹⁹ Ver: www.rsf.org/article.php?id_article=9817.

²⁰ Decreto Legislativo 32 de 12 de julio de 1902, revalidada por la Ley 7 de 15 de mayo de 1908 y reformada por las leyes 37 de 18 de diciembre de 1934 y 213 de 31 de agosto de 1944.

fue especial, que resultaba lesivo de algunos principios valiosos del estado de derecho, como lo eran, indudablemente, el principio de igualdad y el principio de la doble instancia. El primero de ellos se lesionaba al considerarse un tribunal específico para el juzgamiento de hechos injuriosos realizados a través de la prensa, lo que resulta desigual cuando otros tipos de procesos por querrela, sobre todo aquellos producidos, por ejemplo, en el medio televisivo, se tramitaban en tribunales comunes. El principio de la doble instancia era lesionado directamente, ya que al fallar la Sala Tercera en única instancia no había posibilidades de recurrir el fallo ante otra instancia, pues la Sala de Casación es el máximo tribunal penal del país. Por las razones anteriores fue declarada la inconstitucionalidad de los artículos 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 de la Ley de Imprenta²¹.

A raíz de esta importante decisión de la Sala Constitucional el fuero especial para los delitos de injurias, calumnia y difamación por la prensa pasó a conocimiento de los tribunales comunes y con ello a un trámite idéntico al de cualquier otro tipo de proceso por los mencionados delitos, conservándose la posibilidad de recurrir en casación ante la Sala Tercera, pero esta vez actuando en sus competencias como máximo tribunal en materia penal.

Los periodistas, a pesar de los cambios observados, aun siguen descontentos con las tendencias jurisprudenciales, sobre todo de los tribunales penales de máxima jerarquía, como la Sala Penal. Aseguran que sus derechos a la defensa se limitan, muy especialmente, con la “generosa” aplicación de la “prueba de la verdad”, la cual, en muchos casos, implica una verdadera inversión de la carga de la prueba en los procesos por delitos contra el honor.

La actual definición de la “prueba de la verdad”, en efecto, puede provocar una inadmisibles inversión de la carga

²¹ Voto 1197-91 del 25 de junio, en Consulta Judicial de Constitucionalidad formulada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en contra de los artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 21 de la Ley de Imprenta.

de la prueba en contra de los medios de comunicación, y puede constituirse en un obstáculo para un ejercicio amplio del derecho de defensa en un estado de derecho. Es por esa razón que el Proyecto de Código Penal elimina cualquier referencia a la “prueba de la verdad”, e introduce novedosas instituciones que ayudarán a modernizar el tratamiento de los delitos contra el honor²².

La política criminal, que es posible derivar del trabajo de diseño de la reforma penal en Costa Rica, promete un futuro halagüeño para la prensa, al privilegiar el ejercicio de la labor periodística en áreas de interés público y crear condiciones para que su trabajo no sea objeto de persecución y amenaza por vía de la jurisdicción represiva. Habrá que esperar la llegada efectiva de los cambios planteados.

Censura previa

El tema de la censura previa suscita discusiones muy valiosas acerca del balance de derechos constitucionales. No es casualidad que el planteamiento de la censura previa suela mezclarse con problemas relacionados con obras de arte y su exhibición pública, como ya ha pasado en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, donde la única vía para admitir algún tipo de calificación para los espectáculos públicos es por la vía de crear condiciones para proteger el sano desarrollo de menores de edad y adolescentes²³.

Cierta tendencia interpretativa, no obstante, ha observado a la censura como un objetivo prevalente sobre la libertad de expresión, con evidente daño al ejercicio democrático del libre flujo de ideas, opiniones y expresiones artísticas, sobre todo en materia cinematográfica, tal y como sucedió con la prohibición de la exhibición de una obra cinematográfica en Chile y que dio ocasión a un importante fallo de la Corte

²² Principalmente a partir del artículo 210 del Proyecto.

²³ Sala Constitucional, Voto 8586-02.

Interamericana²⁴. El caso también interesa en la óptica propuesta del balance de derechos, ya que la decisión judicial chilena que impide la exhibición de la película se basa también en los términos de la protección de la honra del personaje histórico que motiva la obra, así como en la libertad de culto y de conciencia, calificando de blasfemas algunas de las propuestas hechas en el guión de la película. De manera interesante puede observarse que precisamente la libertad de conciencia y de culto se sustenta en la libertad que tienen todas las personas de escoger libremente sus cultos y creencias. De otra manera, el libre desarrollo de la personalidad estaría comprometido por una tendencia hacia la imposición de una sola creencia, por más que ésta sea la del Estado o la de la mayoría de los habitantes de un lugar.

El Principio 5 de la Declaración de Principios aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere al problema de la censura previa de la siguiente forma: *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.*

La jurisprudencia constitucional costarricense ha insistido en que las limitaciones a la libertad de expresión, como las de la Ley de Espectáculos Públicos, se derivan del principio de reserva legal, el cual encuentra su noción de sentido en el artículo 28 de la Carta Magna. Un reglamento podría regular aspectos de la censura, siempre que no exceda los alcances fijados en la ley.

En Costa Rica se planteó el problema recientemente al establecerse un diferendo sobre la distribución nacional de

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001.

dos revistas que tenían como título *Chavespectáculos* y *Sexo Caliente*, dos revistas con contenidos eróticos y sexuales que empezaron a circular en el país. La Oficina de Control de Espectáculos Públicos intentó detener la distribución de las revistas, las cuales estuvieron, en efecto, fuera de circulación por dos semanas mientras se resolvía la discusión sobre su contenido. Esta oficina, adscrita al Ministerio de Justicia, sin embargo, brindó un aval para que las revistas salieran a la luz pública a pesar de que el diferendo no estaba aun resuelto. De hecho, el periodista Chaves pagó una parte de la multa de un millón de colones a la que se le condenó.

El mismo periodista ha planteado que la prohibición de *Chavespectáculos* podría coincidir con un tema de censura previa, y así habría que calificarlo. La de *Sexo Caliente*, calificada por las autoridades como pornográfica, debe quedar a buen recaudo del acceso a menores, dicha limitación se adecua a las previsiones del Pacto de San José de Costa Rica.

Entrega de frecuencias radioeléctricas

Un problema complejo para la libertad de expresión y sus limitaciones es el referido a la entrega de frecuencias radioeléctricas, sometidas a trámites legales específicos, que suelen dejar sin el derecho de acceso a un medio de expresión a muchos ciudadanos que no cuentan ni con los recursos ni la asesoría que requieren para seguir los complicados procedimientos. Lo que queda es examinar si los requisitos legales vigentes en Costa Rica pueden ser calificados de democráticos y de sostenibles desde la perspectiva de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana.

El Gobierno costarricense ha emitido una serie de decretos tratando de organizar el tema de la atribución de bandas de frecuencia, entre ellos destaca el Decreto Ejecutivo 27554-G de 6 de noviembre de 1998. Su importancia se debe a que establece el Plan Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias Radioeléctricas, el

cual fue adoptado con el fin de reordenar el espectro radioeléctrico y adecuar su atribución de conformidad con lo recomendado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones para la Región América.

La Procuraduría dispuso que la administración está sujeta a un procedimiento tanto para otorgar frecuencias como para cancelarlas, lo cual no es discrecional pues se hace de conformidad al artículo 5 de la Ley de Radio, tal como lo indicó la Sala Constitucional mediante votos 3789-92 del 27 de noviembre de 1992 y 6240-93 del 26 de noviembre de 1993. En los pronunciamientos 031-90, 021-97 y 231-97, la Procuraduría ha indicado que para los servicios inalámbricos se requiere concesión especial aprobada por ley o bien concesión otorgada con arreglo a las condiciones y estipulaciones establecidas por la ley.

No vemos en el procedimiento o en la reglamentación existente una lesión a lo preceptuado en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, la cual, en todo caso, señala la necesidad de que haya procedimientos democráticos de participación en el acceso a los mismos, y estos procedimientos suelen garantizar dicha participación.

Nuevos estándares interpretativos y las limitaciones a la libertad de prensa

La real malicia

En el último tiempo se ha insistido que Costa Rica mantiene un nivel de subdesarrollo interpretativo considerable al no haber incluido estándares internacionales como el denominado concepto de la *real malicia*, que fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en el famoso caso *The New York Times Vs. Sullivan* (376 U.S. 255; 1964). La verdad es que este y otros estándares han estado tácitamente presentes en la discusión penal costarricense, sin embargo, no han tenido todas las consecuencias que podría esperarse de su utilización directa.

En el caso de la doctrina de la *real malicia* debe indicarse que su objetivo era establecer un equilibrio razonable entre la función de la prensa y el respeto a los derechos individuales, sobre todo en aquellos casos en que estos derechos podían ser comprometidos por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas o aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público. Su aplicación implica un efecto de exculpación del periodista cuando éste ha sido imputado jurídico-penalmente o acusado civilmente por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la carga de probar que las informaciones falsas fueron publicadas con conocimiento de su falta de veracidad o con una actuación culposa o imprudente frente al hecho de la indagación de su veracidad. Este último hecho es muy importante, ya que exige que en el acto comunicativo de la prensa exista una consistente labor de verificar la realidad de la información, se castiga por ello la despreocupación imprudente de cumplir con los deberes existentes para con la averiguación de la verdad de los hechos que integran la información. Un efecto adicional de la doctrina de la *real malicia* consiste en amparar a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, a figuras públicas o a particulares involucradas en ella, aun si la noticia en cuestión contiene expresiones falsas o inexactas. En este último caso lo que el querellante debe demostrar es la *real malicia*, en otras palabras, el dolo del periodista que, a sabiendas de la falsedad de los hechos, procedió a publicar la noticia con el fin de injuriar y calumniar. Esto es una conclusión evidente, derivada de la comprobación constitucional de que el derecho de información no ampara agravios alevosos, ni tampoco protege a los periodistas para que difundan la falsedad o la mentira, ni siquiera la inexactitud.

La doctrina de la *real malicia* no se contrapone a la aplicación del concepto de dolo penal que hace la jurisprudencia de Costa Rica. El dolo penal, en el sentido del

artículo 31 del Código Penal vigente,²⁵ significa la voluntad y conocimiento de realizar la conducta típica. En el caso de la injuria, la calumnia y la difamación, tal concepto debe entenderse, entonces, como la necesaria demostración de que el periodista publicaba la noticia con pleno conocimiento y voluntad de la expresión de hechos falsos, o imputando delitos no cometidos o especies idóneas para afectar el honor de la persona ofendida. Dicha demostración debe ser completa, esto es, tanto del conocimiento de que se realizaba el tipo penal (lo que deja abierta, por ejemplo, la posibilidad de las hipótesis diversas de error de tipo) y de que había voluntad directa o eventual de realizar el hecho. Sin esta demostración no sería posible imputar penalmente un hecho injurioso o calumnioso a un periodista. En ese sentido el concepto jurídico-penal de dolo coincidiría con la doctrina de la *real malicia*, ya que también según tal doctrina sería necesario demostrar que la publicación de las informaciones fue hecha con conocimiento (“a sabiendas”) del mencionado contenido falso.

La única diferencia que podemos derivar entre la doctrina de la *real malicia* y el esquema dogmático del dolo penal radica en la incidencia práctica del concepto de “interés público”, el cual juega un papel central en la doctrina de la *real malicia*. Según esta doctrina habría un resultado de exculpación en causas civiles y penales para los periodistas que hubieran publicado noticias que contengan datos o informaciones falsas, cuando se refieran a asuntos de interés público. Sólo serían perseguibles estas conductas, en instancias penales o civiles, si se demuestra que el periodista hizo la publicación sabiendo del contenido falso o con absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información.

El concepto de “interés público”, en el sentido de esta doctrina, viene a constituirse en un elemento normativo, esto es, en un elemento que debe ser integrado e interpretado por

²⁵ *Artículo 31.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.*

el juez en cada caso concreto. La consecuencia de ello es que el mencionado concepto funcionaría como un elemento dinámico, sujeto a variaciones en su constatación práctica, todas ellas dependientes de la consideración subjetiva del juzgador.

En el sentido antes manifestado se orienta el Proyecto de Código Penal que está listo para los trámites finales de aprobación por parte de la Asamblea Legislativa. El Dictamen se ha decantado por sugerir una causal de justificación específica para delitos contra el honor, consistente en privilegiar la tutela o defensa de un interés público actual. Igualmente se contempla la posibilidad de excluir de toda pena a los periodistas, cuando se trate [...] *de la publicación o reproducción de informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público ofensivos al honor o al crédito público vertidas por otros medios de comunicación colectiva, por agencias de noticias, o por autoridades públicas, o por particulares con conocimiento autorizado siempre que la publicación indique de cuál de estos proviene la información.*

Lo anterior es un gran avance sobre lo que está establecido hoy en día en lo referente a la “prueba de la verdad”, que con justa razón ha sido criticada en medios de prensa en Costa Rica como una inconstitucional “inversión de la carga de la prueba”, ya que es el periodista enjuiciado quien debe demostrar la veracidad de los alegatos hechos. La propuesta que hace la comisión revisora del Proyecto de Código se orienta por derogar esta regulación de la “prueba de la verdad”, y reconducir el tratamiento como corresponde; es decir, como una causal de justificación para el periodista cuando tenga que informar sobre asuntos de interés público.

El problema de la prueba de la verdad

Otro problema de la regulación actual de la “prueba de la verdad” es que se reserva únicamente para los casos donde hay interés público actual. La regulación que se propone ahora en el Proyecto de Reforma del Código Penal rompe con este desigual tratamiento, dando una posibilidad real

para que el periodista que ha actuado apegado a los cánones internacionales de ética periodística pueda ser resguardado de una injusta persecución jurídico-penal que tome como base su trabajo periodístico.

En la mayoría de los casos conocidos por los tribunales se suele discutir el dolo del periodista, y en los casos de interés público suele abrirse un espacio para la discusión de la “prueba de la verdad”. En el caso de los delitos relacionados con la actividad de prensa, dicho análisis implica demostrar que el periodista conocía que la información que daba a conocer era falsa o inexacta o que había actuado a sabiendas de que lo investigado constaba en fuentes inexactas o poco confiables. Un fallo reciente reafirma esta tendencia de la jurisprudencia, dando un marco sumamente amplio, no sólo en sus alcances sobre el contenido de las informaciones que fueron publicadas, sino también en lo que se refiere a la utilización de la doctrina sobre la “omisión impropia” para la actividad periodística²⁶.

El principio de reproducción fiel

Aunque no es un estándar legal, debe incluirse el “principio de reproducción fiel” como una línea de desarrollo importante en la jurisprudencia comparada. Según el Informe Anual del Relator Especial de Libertad de Expresión de 1999, el principio arranca en el Reino Unido con el antecedente sentado por el caso *Curry Vs. Walter* de 1776.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se recoge el principio, como una forma adicional de tutela de la libertad de expresión, al permitir a los medios publicar afirmaciones de terceros, que resultan atentatorias contra los derechos del honor y la intimidad, siempre y cuando el medio constate la verdad del hecho de la declaración. La responsabilidad de lo declarado recaería entonces sobre el

²⁶ Resolución 000789-99 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 25 de junio de 1999.

autor de la declaración misma y no sobre el medio de prensa, a través del así denominado principio de “transmisión neutra de las manifestaciones de otro”²⁷.

En Argentina, el caso *Campillay*, donde se hizo público un informe policial que resultó inexacto, dio a la Corte Suprema de ese país la posibilidad de dar vigencia al principio de reproducción fiel, liberando de responsabilidad a los periódicos *La Razón*, *La Crónica* y *Diario Popular*.

En Costa Rica, el artículo 152 del Código Penal²⁸ castiga la publicación de las ofensas inferidas por otro. Así planteado, este numeral se opondría al estándar planteado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, sobre todo en lo que se refiere al hecho exclusivo de la publicación de una ofensa hecha por otro, habiendo cumplido el medio con el deber de constatar el acto de la declaración. El criterio del Tribunal Constitucional Español no obliga al medio a investigar la veracidad de lo dicho por el ofensor, sólo lo obliga a constatar que el hecho de la declaración se produjo.

El Proyecto de Código Penal planteó la inclusión de una causal de “exclusión de delito”, en el artículo 210, inciso 2, cuando el medio haya publicado una ofensa inferida por otro en los siguientes casos: *Cuando se trate de la publicación o la reproducción de informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público, ofensivos al honor o al crédito público, vertidas por otros medios de comunicación colectiva, por agencias de noticias, por autoridades públicas, o por particulares con conocimiento autorizado de los hechos; siempre que la publicación indique de cuál de estos proviene la información.*

²⁷ Principio planteado por las sentencias del Tribunal Constitucional Español SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5: 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 6.

²⁸ Artículo 152.- *Será reprimido, como autor de las mismas, el que publicare o reprodujere, por cualquier medio ofensas al honor inferidas por otro.*

El anterior inciso crea las condiciones necesarias para que la prensa pueda publicar informaciones o juicios de valor expresados en asuntos de interés público, aun cuando contengan elementos ofensivos al honor y al crédito público. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el medio de prensa hace públicas afirmaciones con contenido ofensivo que vengan incluidas en alguna revista, periódico o programa televisivo o cualquier otro medio de comunicación colectiva, por las mismas autoridades públicas o por particulares, estos últimos con conocimiento autorizado de lo que dicen. El medio de prensa deberá de indicar de dónde proviene la información.

Aun cuando no se trata de una recepción directa del indicado principio de “reproducción fiel”, es un gran avance sobre la situación legislativa actual y provee a los medios un instrumento valioso para realizar su tarea de informar sobre asuntos de interés público, aun cuando la publicación pudiera contener alguna manifestación lesiva al honor. Mucho más importante que todo esto, es que la causal de exclusión de delito opera para el periodista y para el medio de prensa, no para el ofensor al honor.

Sistema dual de protección a personas públicas y privadas

La Corte Europea de Derechos Humanos planteó la posibilidad de diferencias de tratamiento entre personas públicas y privadas. De acuerdo a su criterio, los límites para la crítica hacia una persona pública son mucho más amplios que los aplicables a una persona particular. La persona pública se somete a un escrutinio público de sus opiniones, por lo que debe ser más tolerante de la crítica que contra su persona se genera dentro de la sociedad. La persona pública no pierde el derecho a la protección de su honor, pero debe vincularse la tutela de este derecho a los intereses de un debate abierto sobre asuntos de interés político desde el punto de vista de las limitaciones pensables para la libertad

de expresión, a partir de si se trata de personas privadas o públicas²⁹.

El umbral de protección del honor entre funcionarios públicos y personas privadas es, entonces, diferente. Igual criterio ha expresado la Corte Interamericana en el *Caso Casese Vs. Paraguay*, en virtud del carácter de interés público del debate sobre asuntos que afectan a toda la colectividad y no necesariamente en cuanto a la calidad de las personas intervinientes.

Al respecto, debería decirse que la tendencia a privilegiar a las autoridades públicas con un medio de control a las lesiones al honor a través de la figura del desacato estaría quedando sin función en Costa Rica, al decidirse la derogación de este controvertido delito. Las corrientes hacia cambios aun más radicales se empiezan a sentir en los procesos de reforma penal.

El Proyecto de Código Penal se ha decantado por la introducción de todo un artículo referido a causas de exclusión de delito, para los casos de delitos de injurias, calumnias y difamación. Ya se han comentado los extremos derivados del inciso 2 frente a informaciones de interés público. Sin embargo, por su importancia, merecen atención los otros incisos de este artículo 210. El primer inciso del artículo 210 es una verdadera causa de justificación, ya que excluye de la “punibilidad”, es decir, considera no antijurídica, aquella conducta dirigida a hacer una imputación verdadera, cuando se hace vinculada a la defensa de un interés público actual.

Se ha criticado que el legislador busque establecer condiciones de no punibilidad siempre que la información se considere “verdadera”³⁰. La referencia a la “verdad” como un criterio de análisis judicial, en efecto, podría llevar a una

²⁹ Ver: Corte Europea de Derechos Humanos, *Dichand and others Vs. Austria*, párrafo 39.

³⁰ Ver: *Informe Anual del Relator Especial de la Libertad de Expresión*, Capítulo II.

discusión probatoria sobre si las informaciones en el momento de la publicación habían sido corroboradas o se consideraban exactas. Al respecto, la preocupación del Relator es que la búsqueda de la verdad de las afirmaciones llevaría a poner cortapisas y limitaciones al libre juego del debate público, que es el método democrático de generar convencimiento sobre la verdad. Es posible que en dicho debate resulte que una afirmación hecha sea, en realidad, imprecisa, inexacta o no verdadera, pero es un riesgo propio del debate y no una razón para permitir una limitación indirecta de la expresión de ideas, comentarios o afirmaciones. En el Proyecto de Código Penal ha primado el interés por proteger el proceso de imputación de hechos, en el sentido de que los mismos sean verdaderos y, además, para proteger razones de interés público, lo que probablemente deja insatisfecho el estándar aquí analizado. No obstante, somos del criterio de que si no se demuestra el dolo del periodista a la hora de hacer la publicación, no habría posibilidad de perseguirlo por una imputación falsa, siempre y cuando su trabajo haya estado apegado a la ética periodística.

La referencia al interés público introduce en el análisis jurídico-penal una rica gama de valoraciones. El juez puede acudir a diversas fuentes sociales, culturales y hasta ideológicas para establecer los parámetros de un “interés público” y, por esa vía, conceder un ámbito de protección más amplio al ejercicio periodístico, sobre todo cuando este último ha estado comprometido con imputaciones hechas a alguna persona pública. Ya no está más referida la causal de exclusión de delito a una determinación de la “verdad” o a una “prueba de la verdad”, que en la práctica genera una peligrosa inversión de la carga de la prueba, haciendo que el periodista y el medio tengan que demostrar la verdad de todo lo afirmado. En el caso de esta primera causal de exclusión de punibilidad, solamente será necesario que el periodista demuestre el ejercicio responsable de su ética periodística y que su trabajo ha sido conducido con el afán de proteger un interés público de preponderante relevancia. Incluso sobre

este último tema puede esperarse una interesante evolución jurisprudencial, sobre todo cuando se discutan temas que revelan la vocación de información amplia al colectivo social.

El inciso 3 del artículo 210, se orienta por excluir también de pena los juicios de valor provenientes de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. También se excluyen del ámbito antijurídico aquellas acciones de ofensa contenidas en escritos judiciales o en las manifestaciones hechas por litigantes, apoderados o defensores ante los tribunales, y que sean concernientes al objeto del juicio.

Limitaciones objetivas a la libertad de expresión

El caso Mauricio Herrera

En el año 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia en el caso de Mauricio Herrera. La Sentencia de la Corte en contra del estado de Costa Rica es un hito fundamental en la historia de la jurisprudencia de este tribunal internacional. El fallo condenó a Costa Rica por violar el derecho a la doble instancia contemplado en el artículo 8.2.h de la Convención y el derecho a un juez imparcial establecido en el artículo 8.1. Según su criterio, la casación costarricense no cumple con los parámetros de la doble instancia que exige el artículo 8.2.h de la Convención y establece el plazo perentorio de seis meses para que adecue su legislación en cumplimiento a lo que el fallo define.

En lo que se refiere a la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo, la Corte establece que el periodista Mauricio Herrera, en su labor profesional consignó la información aparecida en otras fuentes donde se hacía referencia al actuar presuntamente delictuoso de un representante diplomático en el extranjero. En el proceso penal incoado en su contra, y en aplicación de lo dispuesto en la legislación costarricense, se rechazó la *exceptio veritatis* planteada por Mauricio Herrera en virtud de que no

había logrado probar la veracidad de los hechos atribuidos por esas fuentes periodísticas extranjeras a este funcionario. En virtud de ello, la Corte consideró que la decisión del juzgador costarricense implica una limitación excesiva de la libertad de expresión tal y como la contempla el artículo 13.2 de la Convención. La sentencia penal en contra del periodista Herrera implica un efecto disuasivo y atemorizador sobre los que ejercen el periodismo, lo que impide, además, el debate público de temas que interesan a la colectividad.

La argumentación de la Corte se funda en el hecho de que para que exista una efectiva protección a las garantías procesales, en los términos de la Convención, se requiere que las regulaciones procesales se orienten a hacer efectivo el derecho de defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones son objeto de análisis judicial. Criterio que ya había sido expresado en los fallos *Maritza Urrutia y Mirna Mak Chang*.

Los principales argumentos de la Corte, en lo que se refiere al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, pueden resumirse de la siguiente manera: el derecho a recurrir el fallo es una garantía primordial del debido proceso legal; una sentencia adversa debe ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; este derecho a recurrir debe estar garantizado antes de que la sentencia adquiera firmeza con calidad de cosa juzgada; el derecho a recurrir es una manifestación más del derecho de defensa, ya que busca impedir que quede firme una sentencia que fue adoptada con vicios y errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona; la garantía del derecho a recurrir no se satisface con la mera existencia de un órgano superior en grado al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste pueda o tenga derecho a acceder; la garantía requiere que el tribunal superior en grado tenga las “características jurisdiccionales” que lo legitimen para conocer del caso concreto, teniendo en cuenta el principio de “unidad procesal” en donde la fase recursiva ordinaria es una fase

más de dicho proceso; se reconoce un margen de apreciación a los Estados para regular la materia de los recursos y su ejercicio, se exige que éstos no pueden establecer requisitos o restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo; el recurso no sólo debe ser un medio “existente” sino también “eficaz”, en la medida que represente una respuesta en concordancia con el fin para el cual fueron legalmente creados; el tribunal superior que conoce de un recurso interpuesto contra una sentencia penal debe velar por la protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal; el recurso no debe contener “complejidades” que hagan ilusorio el derecho reconocido por la Convención, y con independencia de la denominación legal del recurso, lo esencial es que éste garantice un examen integral de la decisión recurrida.

Los recursos de casación presentados en contra de la sentencia condenatoria del periodista Mauricio Herrera no satisficieron el requisito de ser un *un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.*

De lo expuesto, puede interpretarse que la Corte Interamericana está concentrando todo su análisis en las condiciones que tiene el tribunal de casación y el mismo recurso de casación para satisfacer el derecho a recurrir una sentencia en los términos de la Convención Americana. Al analizar el caso de Mauricio Herrera encuentra que las condiciones que éste ostenta en el régimen procesal costarricense no satisfacen dicha garantía, ya que no permite un análisis “integral” del fallo.

Es quizá aquí donde hay un aspecto de enorme importancia en este precedente. La apreciación integral, en realidad, no está vedada al Tribunal de Casación, lo que sucede es que la competencia de estos tribunales suele estar referida al recurso mismo y a los motivos que invoca. No hay que olvidar que las impugnaciones, cualquiera que éstas

sean, significan resistir activamente a las decisiones tomadas por un tribunal. Esto último implica que el impugnante debe haber deducido sus motivos a partir de una serie de actos procesales que le son perjudiciales y que, por ello, le causan agravio.

Por lo anterior, el recurso de casación es una impugnación acotada a la sentencia de instancia y a los motivos que contra ella se deducen, los cuales, en la gran mayoría de regulaciones en la materia en América Latina, han de tener carácter procesal y de fondo³¹.

Sobre la reforma penal y los delitos contra el honor. A modo de conclusión y propuesta normativa

A modo de conclusión, y sólo para provocar reflexión acerca del tema de una nueva institucionalidad para Costa Rica, debe decirse que el problema de la responsabilidad política de los medios de comunicación colectiva es un tema que supera la óptica del derecho. Se trata de un problema que está en el centro de toda la reflexión sobre el proyecto político de cualquier país. Es inútil eludir la importancia de los medios de comunicación colectiva, cuando hemos visto su papel en el momento actual que vive el mundo. Medios que pueden romper los límites del espacio y del tiempo para unirnos en una aldea global, aun asolada por sus diferencias culturales, raciales, políticas y religiosas. Vivimos un siglo nuevo, marcado por el signo tecnológico. La institucionalidad que pueda construirse en este siglo no puede despreciar la variable tecnológica como tampoco puede despreciar la variable del papel de los medios dentro de la configuración del proyecto político.

La nueva institucionalidad a la que se aspira vive, necesariamente, de la solidaridad y la cooperación, para poder afirmar con certeza las condiciones en que las

31 Al respecto, ver el voto razonado, en la sentencia de este caso, del juez Sergio García Ramírez.

personas podrán ser y autodeterminarse. Dicho está que esto no será posible si existen condiciones de desigualdad, de separación y de analfabetismo práctico y tecnológico. El Estado debe estar comprometido con un proyecto social donde no puede haber desplazados de las oportunidades de la tecnología como tampoco desplazados de las oportunidades democráticas de participación. Olvidar esto es someter al mundo a una nueva etapa de oscurantismo que probablemente no superemos jamás.

La política criminal, que es posible derivar del trabajo de diseño de la reforma penal en Costa Rica, promete un futuro halagüeño para la prensa, al privilegiar el ejercicio de la labor periodística en áreas de interés público y crear condiciones para que su trabajo no sea objeto de persecución y amenaza por vía de la jurisdicción represiva. Habrá que esperar la llegada efectiva de los cambios planteados, con el fin de aquilatar la configuración de estos estándares inspirados en una reconsideración del derecho a la información y a la capacidad de participación en las modernas sociedades tecnológicas, tal y como lo hemos tratado de hacer ver en este estudio.

El estado de la libertad de expresión en El Salvador*

*Carlos Rafael Urquilla*¹

Introducción

El presente artículo analiza, en términos críticos, la situación de la libertad de expresión en El Salvador. El documento indaga si los hallazgos obtenidos pueden, en términos jurídicos, representar violaciones a la Convención Americana Para este cometido, el artículo plantea precisiones conceptuales sobre el derecho de los derechos humanos, estableciendo cuáles son sus particularidades como rama autónoma del derecho, que la distingue de otras ramas específicas y que ofrece una respuesta a la polémica entre derecho interno y derecho internacional. Inmediatamente después, se desentrañan contenidos básicos sobre la obligación de adecuación del derecho interno en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; posteriormente se identifican los hallazgos de la investigación y se contraponen con los alcances de la obligación referida anteriormente. Finalmente, se formulan conclu-

* Este texto ha sido resumido por los editores del libro, con el consentimiento del autor.

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador, con estudios especializados sobre derecho internacional de los derechos humanos bajo la supervisión académica de *De Paül University*; *University of Oxford* y *George Washington University*. Consultor e investigador Jurídico. Director Ejecutivo de la Asociación Derechos Humanos para las Américas (HR-AMERICAS).

siones sobre la existencia de violaciones a la Convención Americana.

El derecho de los derechos humanos: precisiones conceptuales

Es necesario precisar algunas diferencias entre el derecho internacional –visto como un todo– y el derecho de los derechos humanos, principalmente para efectos de discernir la solución de las antinomias que pueden suscitarse en la relación –por ocasiones dialéctica y tirante– entre el derecho interno de los estados y las obligaciones jurídicas de origen internacional. El punto de partida es el reconocimiento de la existencia del **derecho de los derechos humanos** como una unidad autónoma, que se origina, precisamente, por reconocer la autonomía que posee el **derecho internacional de los derechos humanos**. La misma Corte Internacional de Justicia se ha encargado de reconocer tal existencia².

El derecho internacional de los derechos humanos se encuentra integrado por un conjunto de fuentes jurídicas –y no sólo tratados– que se orientan a la protección y resguardo de la dignidad humana. Es precisamente el contenido de esta rama del derecho la que obliga a considerarlo con importantes diferencias respecto del derecho internacional común. Al respecto, se hace necesario citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya opinión consultiva número 2 indicó: [...] *que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*³.

² International Court of Justice; *Legal Consequences of the Construction of a Wall on the Occupied Palestinian Territory*; 2004, pr. 149.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982, serie A, No. 2, párrafo 29.

En similar sentido se pueden citar –como lo hace también la Corte Interamericana de Derechos Humanos– la decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Opinión Consultiva relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en 1957, al indicar que [...] *en tal tipo de convención los Estados contratantes no tienen un interés exclusivamente propio; ellos simplemente tienen, uno y todos, un interés común, digamos, la realización de esos altos propósitos que son la razón de ser de la convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales para los Estados, o en el mantenimiento de un balance contractual entre obligaciones y derechos*⁴.

Lo anterior obliga a dirigir la mirada hacia el planteamiento de dos categorías jurídicas que determinantemente ayudan a garantizar la efectividad del derecho internacional de los derechos humanos, incluso frente al derecho internacional general y, por supuesto, respecto del derecho interno de los estados, incluyendo, desde luego a los textos constitucionales. Se trata de la idea de **normas de *jus cogens*** y **obligaciones *erga omnes***.

Concepto de norma de *jus cogens*. Como apunta el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [...] *la emergencia y consagración del *jus cogens* en el derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético*⁵. Debe reconocerse que la noción de *jus cogens* adquiere su carta de ciudadanía en el derecho

⁴ International Court of Justice, *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, decisión del 28 de mayo de 1951 (traducción libre).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*; opinión consultiva 18, del 17 de septiembre de 2003; voto concurrente del Juez Antônio Cançado Trindade, pr. 66.

positivo con la adopción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente en sus artículos 53 y 64. El artículo 53 de dicha Convención estipula: *Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho interna - cional general*. Por su parte el artículo 64 indica: *Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará*.

Es decir, las normas integrantes del *jus cogens* tienen un efecto, que es la nulidad o anulabilidad de tratados, cuando una norma de *jus cogens* contradice el tratado, tratándose de una contradicción preexistente o sobrevenida frente al tratado, respectivamente. De la lectura del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados podemos extraer una aproximación conceptual a la noción de *jus cogens*. De conformidad con ese precepto el *jus cogens* [...] *es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*. El precepto se consolidó cuando se adoptó, en 1986, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales⁶.

Las normas de *jus cogens*, según la regulación que de ellas hacen las convenciones de Viena, parecen tener efectos circunscritos únicamente en el ámbito de los tratados. Sin embargo, una visión de ese tipo debe ser descartada por su estrechez. Los avances del derecho internacional ponen de manifiesto que las normas de *jus cogens* trascienden el ámbito de los tratados, y en su lugar surten efecto sobre todo el sistema de fuentes del derecho internacional. Así ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Penal Internacional para

⁶ Convención de Viena, artículos 53 y 64.

la ex Yugoslavia, en la sentencia de mérito en el caso *Furundzija*, donde se indica que una norma perentoria o de *jus cogens* es [...] una norma que goza de un rango más elevado en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados e incluso que de las normas de la costumbre 'ordinaria'⁷. Además, los actos unilaterales de Estado se encuentran en este momento limitados por los efectos del *jus cogens*, como lo ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General 24⁸, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la resolución sobre competencia de los casos *Ivcher Bronstein* y Tribunal Constitucional del Perú⁹.

Concepto de obligaciones *erga omnes*. El origen de este tipo de obligaciones tiene su moderna carta de ciudadanía en la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en la segunda fase del caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, en la que indicó: [...] debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado frente a la comunidad internacional como un todo, y aquellas que emergen vis à vis otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza las primeras preocupan a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados pueden estar habilitados para tener un interés legal en su protección; estas son obligaciones *erga omnes*¹⁰.

Las obligaciones *erga omnes* admiten una clasificación, según obliguen a los estados partes de un tratado (*erga*

⁷ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; *Prosecutor Vs. Anto Furundzija*; judgment of 10 December 1998, pr. 153 (traducción libre).

⁸ United Nations Committee of Human Rights; *General Comment 24*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, pr. 10.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Caso Ivcher Bronstein*, resolución de competencia, 24 de septiembre de 1999, pr. 36. Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Caso Tribunal Constitucional del Perú*, resolución de competencia, 24 de septiembre de 1999, pr. 36.

¹⁰ International Court of Justice; *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Second Phase), del 5 de febrero de 1970, pr. 33 (traducción libre).

omnes inter partes) o a los estados en general, aunque no sean partes en un tratado específico (*erga omnes lato sensu*). El dato más destacable de las obligaciones *erga omnes* es la construcción de una especie de *actio popularis* para acudir a la jurisdicción internacional. La verdad es que la habilitación de interés que genera una violación a una obligación *erga omnes* no puede tener otra traducción práctica que posibilitar acudir legítimamente a una instancia de reclamación y reparación del daño generado (*jus standi in iudicio*). Así lo ha destacado la ya citada resolución del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso *Furundzija*, señalando el carácter bilateral de las obligaciones *erga omnes* diciendo que estas obligaciones [...] *son debidas frente a todos los miembros de la comunidad internacional, cada uno de los cuales tiene consecuentemente un correlativo derecho. Además, la violación de una de estas obligaciones simultáneamente constituye una violación al correlativo derecho de todos los miembros de la comunidad internacional y les da la oportunidad de reclamar su cumplimiento acumulando a cada uno y todos sus miembros, quienes desde luego tienen el derecho para insistir en la satisfacción de la obligación o en todo caso para que la violación cese*¹¹.

En este momento corresponde, por tanto, indagar si existen obligaciones en el ámbito de los derechos humanos que puedan ser consideradas como normas de *jus cogens* o como obligaciones *erga omnes*. De ser así, estaríamos en capacidad de afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos constituye un ordenamiento superior, aún respecto del propio derecho internacional, y por lo tanto especial respecto de éste, lo que tendría por consecuencia un trato, en los tribunales locales, diferente al que se hace al resto del derecho internacional.

¹¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; *Prosecutor Vs. Anto Furundzija*; judgment of 10 December 1998, pr. 151 (traducción libre).

Al respecto, y viendo la realidad específica de El Salvador, es necesario destacar que como Estado es integrante de la Organización de las Naciones Unidas¹² y de la Organización de los Estados Americanos¹³, dentro de estas entidades se han suscrito, respectivamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁵, asimismo, ha ratificado –además de sus correspondientes cartas organizativas– el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”)¹⁸, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”)¹⁹.

De todos estos instrumentos se extraen obligaciones trascendentales para El Salvador, así, la Carta de Naciones Unidas dispone, en su artículo 55, que: *Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: [...] // c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, **sin hacer distinción** por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la **efectividad** de tales derechos y libertades.* En su artículo 56, establece: *Todos los Miembros se com-*

12 Depositó el instrumento de ratificación el 26 de septiembre de 1945.

13 Depositó el instrumento de ratificación el 11 de septiembre de 1950.

14 Aprobada el 10 de diciembre de 1948.

15 Aprobada el 2 de mayo de 1948.

16 Ratificado el 30 de noviembre de 1979.

17 Ratificado el 30 de noviembre de 1979.

18 Ratificado el 23 de junio de 1978.

19 Ratificado el 6 de junio de 1995.

prometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

Por su parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos dice: *Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: [...] // 1) Los Estados americanos **proclaman** los derechos fundamentales de la persona humana **sin hacer distinción** de raza, nacionalidad, credo o sexo.*

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su preámbulo dice: *La Asamblea General, proclama la siguiente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el **respeto** a estos derechos y libertades, y **aseguren**, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.*

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **respetar** y a **garantizar** a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, **sin distinción alguna** de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Los artículos 1.1 y 1.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales rezan: *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a **adoptar medidas**, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los*

recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. // Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar** el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En su artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a **asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.**

En el ámbito interamericano, el artículo 1.1 del Pacto de San José plantea: 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.

Finalmente, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador dispone: Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a **adoptar las medidas** necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. En su artículo 3 establece: Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a **garantizar** el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, **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.

Han sido resaltados, no casualmente, ciertos verbos que aparecen en las obligaciones que se establecen por los instrumentos citados. En particular, podríamos afirmar que ese conjunto de normas internacionales se pueden decantar en dos obligaciones centrales: **respetar** y **garantizar** los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de referirse a este aspecto, en particular al contenido específico de tales obligaciones, desde su sentencia inaugural. En el caso *Velásquez Rodríguez* apuntó que *[el] artículo 1.1 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] ... pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad ... En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo*²⁰.

Al abordar el deber de garantía, ha indicado que *[...] la segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que*

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 19 de julio de 1988, prs. 164 y 169.

*sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*²¹.

En el ámbito del sistema de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha tenido también la posibilidad de propiciar un acercamiento interpretativo a las obligaciones citadas. En particular, ha indicado que *El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos*²².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego de invocar diferente jurisprudencia sobre el particular, establece que [...] *los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política. [...] Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y*

²¹ *Ibidem.*, pr. 166.

²² United Nations Committee of Human Rights; *General Comment 3*, HRI/GEN/1/Rev.7, pg. 126.

*garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental*²³.

Es importante advertir que al formularse las obligaciones de respeto y garantía en los instrumentos citados, el Estado tiene el deber de atenderlas sin discriminación. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto ese punto con absoluta claridad, fijando posición, sin vacilaciones, al destacar que [...] *existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional*²⁴.

En el proceso de caracterización de ese deber de no discriminación, la Corte Interamericana apunta: *El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales*²⁵. Para concluir que: *El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico*²⁶.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*; opinión consultiva 18, del 17 de septiembre de 2003, prs. 73-81.

²⁴ *Ibidem.*, pr. 85.

²⁵ *Ibidem.*, pr. 86.

²⁶ *Ibidem.*

En este estado de la discusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite las siguientes consideraciones jurídicas: *El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas*²⁷. Concordantemente, la Corte Interamericana considera que [...] *el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*²⁸.

Abocada a pronunciarse sobre la naturaleza de la obligación general de respeto y garantía, la Corte Interamericana ha sentenciado que [...] *esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones*²⁹.

²⁷ *Ibidem.*, pr. 100.

²⁸ *Ibidem.*, pr. 101.

²⁹ *Ibidem.*, pr. 110.

Por tanto, es posible afirmar, que en el ámbito de los derechos humanos se ha consolidado el reconocimiento de que la obligación general de respeto y garantía es una obligación *erga omnes*, y que debe cumplirse en función del principio de igualdad y no discriminación, que es un principio –y norma– del *jus cogens*.

La obligación de respeto y garantía es del carácter *erga omnes*. En ese sentido, es necesario traer a cuenta que en 1988 el estado de Colombia solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva con el propósito de conocer su criterio sobre la posibilidad de que ésta ejerciera su jurisdicción respecto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y no sólo sobre tratados. Al emitir su decisión, la Corte afirmó en su *obiter dictum* que [...] *para los Estados Miembros de la Organización [de los Estados Americanos], la Declaración [Americana de los Derechos y Deberes del Hombre] es el texto que determina cuáles son los derechos humanos. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente [...] una fuente de obligaciones internacionales. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos*³⁰.

Estos precedentes de la Corte ponen de manifiesto una conclusión: **el derecho internacional de los derechos humanos posee un carácter especial respecto del derecho internacional**. Esa circunstancia, que en el ámbito de los derechos humanos ya consideramos como una verdad de Perogrullo, fue establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las primeras etapas de ejercicio de su jurisdicción consultiva, aunque refiriéndose únicamente a la fuente jurídica de tratados. En su oportunidad, la Corte Interamericana expresó que [...] *los tratados modernos sobre*

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*; opinión consultiva 10, del 14 de julio de 1989, prs. 45 y 47.

*derechos humanos... no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*³¹.

El sentido teleológico del derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto, no puede ser tomado a la ligera; justamente el valor esencial que persigue, proyecta el establecimiento de una obligación *erga omnes* –la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos– que se sustenta en un principio de *jus cogens* –el principio de igualdad y no discriminación en el respeto y garantía de esos derechos– y produce consecuencias ineludibles. Si advertimos que tal sentido teleológico es la protección de los derechos humanos, tal circunstancia nos obliga a adoptar una postura finalista ante las normas, completamente alejada y distante de un funcionalismo normativo –que nos conduciría a dar valor a las normas por su función en el sistema jurídico, con lo cual defenderíamos el sistema jurídico *per se* y no por su *raison de être*– y de un estructuralismo jurídico –que indefectiblemente llevaría a defender la organización y jerarquías del ordenamiento jurídico como un valor en sí mismo–; y es la adopción de esa posición finalista la que nos permitirá advertir que el ordenamiento jurídico es simplemente un medio, un camino, y como tal tiene un valor adjetivo. Además que el derecho, como sistema normativo, es –utilizando una expresión de Zagrebelsky– dúctil.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva del 24 de septiembre de 1982, serie A No. 2, párrafo 29.

En efecto, si con un conjunto de normas, ordenadas jerárquicamente –como puede suceder al intentar ordenar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los derechos humanos–, pretendemos defender los derechos humanos en su máximo nivel, rápidamente encontraremos la existencia de contradicciones normativas. En ese escenario, la única manera de ser congruentes con la finalidad de protección que hemos aludido es que, al momento de tales contradicciones, el criterio de solución no sea un valor de jerarquía, sino un valor de protección humana, esto es, que prefiramos la norma que ofrece mayor protección. Ese es el criterio que inspira al derecho internacional de los derechos humanos, y no un criterio de jerarquías normativas o de protagonismos normativos. El derecho internacional de los derechos humanos no es una *prima donna* jurídica.

No cabe duda que en este punto estamos refiriéndonos al principio *pro homine*, el cual [...] *es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o sus suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*³².

El derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter abierto: instrumentalmente se abre hacia el mismo derecho internacional, sin consideración de jerarquía entre sus propias fuentes, y contemporáneamente se abre

³² Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, pgs. 163-171. En: Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, 1ª edición, Editores del Puerto, 1997.

hacia el derecho interno, igualmente sin consideración de jerarquías internormativas; lo único que pretende es la máxima protección de los derechos humanos. Si existe una ley interna de mayor protección que la que ofrece un tratado de derechos humanos, debe aplicarse la ley interna; si existe un tratado de derechos humanos que ofrece mayor protección que la ley interna, debe aplicarse el tratado, y entre dos fuentes de derecho internacional de derechos humanos con diferentes alcances en la protección de los derechos humanos –o dos fuentes de derecho interno en la misma condición–, debe preferirse la que ofrezca mayor protección.

Establecido lo anterior es importante advertir que la distinción con la que hemos venido trabajando entre derecho internacional de los derechos humanos y –por oposición– derecho interno de los derechos humanos, carece ya de sentido; y al mismo tiempo el planteamiento de que el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra *vis à vis* el derecho interno de los derechos humanos, deja de ser una realidad. Conceptualmente tenemos que comenzar a referirnos a la categoría resultante de la fusión de ambos: el derecho de los derechos humanos. La verdad es que ambos fenómenos jurídicos deben operar de un modo integrado.

La obligación de adecuar el derecho interno en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Los estados parte en la Convención Americana se encuentran vinculados a ciertos deberes y obligaciones generales –así denominadas para distinguirlas de las obligaciones específicas, que son las que se derivan de cada uno de los derechos– que han tenido diversos grados de desarrollo en la jurisprudencia del sistema interamericano: el deber de respeto, el deber de garantía, la obligación de no discriminar en el goce y ejercicio de los derechos, el deber de adecuación del derecho interno, etcétera.

Como se ha indicado *supra*, el deber de garantía impone a los estados tres obligaciones: prevenir, investigar y sancionar, y reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos³³. En adición al deber de garantía –y en específico respecto de la obligación de prevenir las violaciones a los derechos humanos– se encuentra el deber de adecuación del derecho interno, gozando de una autonomía particular. Los deberes de respetar y garantizar tienen su base normativa en el artículo 1.1 de la Convención Americana, mientras que el de adecuación del derecho interno lo tiene en el artículo 2 de la misma.

La Corte Interamericana advirtió –desde su primera sentencia sobre el fondo en casos contenciosos– que los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana poseen un alcance y contenido normativo diferente. Y concretamente señaló que tal diferencia es mucho más palpable entre el deber de garantía –contenido en el artículo 1.1 de la Convención– y el de adecuación del derecho interno, diciendo que: *La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la práctica, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. // La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2 [de la Convención Americana]*³⁴.

Sin embargo, tal diferencia parece descansar –en palabras de la Corte Interamericana– en el carácter “más inmediato” del deber de garantía respecto del deber de adecuación del derecho interno, y que en todo caso la obligación del artículo 1.1 de la Convención no se agota con la existencia de

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 19 de julio de 1988, pr. 166.

³⁴ Corte IDH, *Manfredo Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Caso Velásquez Rodríguez)*, sentencia sobre el fondo, serie C No. 4, del 29 de julio de 1988, párs. 167-168.

garantías de carácter normativo, sino más bien con garantías efectivas en el plano de la realidad normada a favor de los derechos humanos. En ese sentido, el contenido normativo del artículo 1.1 de la Convención –y aun el contenido normativo del deber de garantía– excede al contenido normativo del artículo 2 de la Convención.

Tomando en cuenta tal diferencia, la Corte Interamericana analiza el deber de garantía, y desagrega de él tres obligaciones que son directamente exigibles a los estados: la de prevención, la de investigación de las violaciones y sanción de responsables, y la de reparar a las víctimas de las violaciones. La obligación de prevención –siempre en la jurisprudencia de la Corte– abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos³⁵.

Es indudable que la obligación de prevenir impone a los estados la necesidad de modificar su ordenamiento interno para que éste sea compatible con la Convención Americana, aunque se advierte, por la misma formulación que realiza la Corte, que esto es una condición necesaria pero no suficiente para satisfacer el contenido de dicha obligación, pues tal deber requiere de otras medidas. Esta obligación de prevención es –de conformidad con la jurisprudencia de la Corte– una obligación de medio y no una obligación de resultado³⁶.

Así considerada la obligación de prevención, no cabría duda que ésta se integra por la obligación de adecuar el derecho interno, y por otras obligaciones específicas que podrían ser, por ejemplo, la obligación de adecuar las políticas estatales a los fines de la Convención Americana, la obligación de adecuar el comportamiento de los agentes estatales –y de aquellos otros sujetos que pueden compro-

³⁵ *Ibidem*, párs. 174-175.

³⁶ *Ibidem*, pár. 175.

meter la responsabilidad internacional del Estado— en orden a evitar violaciones a la Convención Americana, la obligación de conducir la formulación y ejecución presupuestaria hacia el desarrollo progresivo de todos los derechos humanos, con énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, la revisión de los *travaux préparatoires* no evidencia consenso en el sentido que tendría la formulación del artículo 2 de la Convención. Las intenciones de los participantes de la Conferencia eran disímiles. Se impone, en consecuencia, una interpretación evolutiva³⁷ de la Convención Americana en este aspecto particular y, por tanto, que le imprima un *effet utile* a la disposición en referencia.

Ya se ha sugerido anteriormente que el contenido del deber de garantía contemplado en el artículo 1.1 de la Convención contiene necesariamente la obligación de ajustar o adecuar el derecho interno de los estados hacia los propósitos de la Convención, pero no agota ahí su contenido, el cual se extiende hacia otros ámbitos no normativos (*non law-making*). El artículo 1.1 mantiene una permanente interrelación normativa con el resto de normas sustantivas de la Convención Americana, así sea que algunas de éstas presenten un sentido *programático*. Con esto, el deber de adecuación del derecho interno contemplado en el ya referido artículo 2 de la Convención, no tiene por único objeto obligar a los estados a cumplir el sentido *programático* de algunas normas de la Convención, como era la intención del gobierno de Chile al proponer la inclusión de esta norma dentro de la Convención Americana, sino que este artículo 2 de la Convención estaría incluyendo una

³⁷ Sobre la interpretación evolutiva, léase: Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, resolución de opinión consultiva, serie A No. 16, del 1 de octubre de 1999, párs. 114-115 y Corte IDH, *La Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, resolución de opinión consultiva, serie A No. 10, del 14 de julio de 1989, párs. 37-38.

obligación autónoma respecto del artículo 1.1 de la Convención, pero al mismo tiempo complementaria de ésta.

Lo anterior indica que para dar pleno cumplimiento al deber de garantía señalado en el artículo 1.1 de la Convención, se hace necesario cumplir el contenido normativo del artículo 2 de la misma, aunque el cumplimiento de este último no satisface plenamente el cumplimiento de la obligación de garantizar lo que se contiene en el artículo 1.1 de la Convención, que es mucho más amplio. Al analizar las cosas con un sentido de constatación negativa –incumplimiento–, resulta que en cada ocasión que se incumple con el artículo 2 de la Convención se habrá incumplido también el artículo 1.1 de la misma, aunque no todo incumplimiento del artículo 1.1 implicaría *per se* el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, lo cual se deberá reconocer en cada caso concreto³⁸.

El sentido hermenéutico del artículo 2 de la Convención pasa por analizar que una mera obligación de adecuar el derecho interno ya se encuentra incluida en el artículo 1.1, especialmente dentro del deber de garantía. En ese sentido, resulta razonable considerar que el artículo 2 debe agregar un elemento –un *plus* jurídico– que le de su propia definición normativa³⁹. Tal elemento se encuentra en la propia formulación lingüística del precepto, que dice así: *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 –que alude a todos los derechos reconocidos en la*

³⁸ En este particular es importante repasar la opinión vertida por el juez Cançado Trindade en su voto disidente en la etapa de reparaciones del caso *Caballero Delgado y Santana* que cuenta con bastante claridad sobre el alcance y particularidad del artículo 2 de la Convención y su relación con el artículo 1.1 CADH, cuyas afirmaciones en este aspecto suscribo ampliamente.

³⁹ Los artículos 1.1 y 2 de la Convención mantienen una estrecha relación, como queda claro en el voto disidente del juez Cançado Trindade en el caso *Caballero Delgado y Santana*. Debo indicar, además, que el reconocimiento del carácter autónomo de la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención se ha observado también en el voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, en los casos *Loayza Tamayo y Castillo Páez*.

Convención— no estuviera 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.

Tal y como puede observarse, el contenido de esta disposición no se agota con el reconocimiento de la obligación de adecuación del derecho interno sin más. Tal obligación se establece como el resultado de la verificación de una condición suspensiva convencionalmente creada, lo que le da el carácter de una *obligación condicional*. La condición suspensiva, precisamente, es el incumplimiento del deber de garantía. Siendo el deber de garantía resultante de la síntesis normativa de las obligaciones de prevención, investigación y sanción de responsables de las violaciones a derechos humanos, y reparación de las víctimas de esas violaciones, la ausencia de *disposiciones legislativas o de otro carácter* que permitan el cumplimiento de esas obligaciones da surgimiento a la obligación de adecuación del derecho interno orientada a lograr compatibilidad con la Convención Americana.

El incumplimiento del deber de garantía como condición para el surgimiento de la obligación de adecuación del derecho interno puede presentarse en cualquier momento a partir de la vigencia de la Convención para un Estado parte, y referirse a las normas del ordenamiento jurídico interno existentes al momento de la vigencia de la Convención para el Estado que se trate, en cuyo caso se referirá al ordenamiento jurídico *preconvencional*; o a las normas del ordenamiento jurídico interno que se sancionen a partir de la vigencia de la Convención —y mientras ésta lo esté— para el Estado parte, en cuyo caso se referirá al ordenamiento jurídico *posconvencional*.

Definitivamente, entre los artículos 1.1 y 2 de la Convención existe una relación complementaria. La obligación de adecuar el derecho interno como parte del

deber de garantía y más exactamente la obligación de prevención –aunque es claro que éste no se agota en ese requerimiento– es exigible a los estados desde el instante mismo en el que la Convención entra en vigencia. Por su parte, la obligación de adecuar el derecho interno como obligación autónoma desprendida del artículo 2 es exigible a los estados desde el instante en el que no se ha satisfecho adecuadamente el deber de garantía en el alcance referido *supra*, que puede suceder también desde el instante mismo de la vigencia de la Convención para el Estado correspondiente, o en un momento posterior si su conducta ha generado un cambio –en el *status quo ante* que hubiera sido satisfactorio del deber de garantía– provocando la infracción de un modo sobrevenido a la vigencia de la Convención.

Obligaciones derivadas del derecho a la libertad de expresión

Una investigación realizada en el marco de una consultoría al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, comprendiendo la situación de la libertad de expresión en El Salvador, actualizada hasta mayo 2003, arrojaba los siguientes hallazgos, que fueron validados por una mesa de trabajo que se integraba *inter alia* por profesionales del periodismo:

1. La relación existente entre el poder público y los medios de comunicación social no es aceptable. De parte del poder público existen amplias aprehensiones para interactuar con los medios de comunicación social, lo que se expresa en una constante intencionalidad de dificultar el acceso a la información que se encuentra en poder del Estado, así como en la utilización de los recursos de la hacienda pública para premiar y castigar a medios de comunicación social en función de sus líneas editoriales e informativas. Sin embargo, ha existido un cambio notable en dicha relación si se la contrasta con la realidad vivida durante la época del conflicto armado, pero el sentido de tolerancia y democracia de los Acuerdos de Paz, por lo

visto, no alcanzó a sacudir las estructuras políticas en cuanto a su relación con los medios de comunicación social y con la sociedad en su conjunto.

2. La información en poder del Estado es restrictiva. Si bien se han observado avances importantes, no es menos cierto que en los últimos días han surgido iniciativas orientadas a reducir las pocas oportunidades de acceso a tal información. La regulación constitucional del derecho a la libertad de expresión es deficitaria. Además, no existe una ley que garantice dicho acceso.
3. La legislación procesal penal restringe el acceso de los medios de comunicación social a los juicios penales, de un modo superior a las limitaciones toleradas por la Convención Americana. En la práctica han existido iniciativas orientadas a restringir el acceso a la información de la prensa a los órganos legislativos.
4. En El Salvador no existe la colegiación profesional obligatoria para los periodistas.
5. Existe un tratamiento normativo y jurisprudencial que afecta la imperatividad jurídica de los tratados internacionales de derechos humanos.
6. El Estado de El Salvador no da cumplimiento satisfactorio a las recomendaciones emitidas por el Relator Especial para la Libertad de Expresión.
7. En El Salvador, pese al informe sobre incompatibilidad de la figura del desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, subsiste el delito de desacato en el Código Penal.
8. En los últimos años se han realizado tres persecuciones penales en contra de periodistas por sus expresiones en contra de funcionarios públicos o figuras políticas. Hasta el momento ninguno de los periodistas ha sido condenado, pero la regulación penal da pie para que esa circunstancia pueda ocurrir en cualquier momento.
9. En El Salvador no se ha adoptado adecuadamente la doctrina de la *real malicia* ni la doctrina del *reporte fiel*,

- con lo cual subsisten amenazas penales indebidas de persecución en contra de periodistas.
10. La legislación civil no protege adecuadamente al honor. La tutela civil del honor se encuentra vinculada a las afectaciones directas que tal perjuicio cauce en el patrimonio de una persona.
 11. En El Salvador no existe regulación sobre el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta.
 12. En El Salvador, la distribución y el manejo de la publicidad oficial se realiza sin observar principios adecuados que impidan su asignación en forma arbitraria o como mecanismo de premio y castigo a las líneas editoriales e informativas de los medios de comunicación social. No existe legislación que regule dicha distribución y asignación.
 13. La asignación de las frecuencias televisivas y radiofónicas, tanto en el pasado como en la actualidad, no ha sido expresión de un sentido democrático que favorezca el ejercicio de la libertad de expresión. La actual legislación, intentando corregir esa desviación, se ha ido al extremo opuesto, garantizando ahora un “libre acceso” al espectro radioeléctrico en función de la capacidad económica del sujeto que desea ingresar a dicho espectro, con lo que, si bien se reduce el margen de arbitrariedad de los funcionarios públicos en dicha asignación, se excluye, estructural y radicalmente, a las manifestaciones de expresión de sectores menos favorecidos económicamente, como las radios comunitarias.
 14. En El Salvador se ha denunciado la existencia de presiones indirectas realizadas a los medios de comunicación social por parte de anunciantes privados.
 15. En cuanto al tratamiento fiscal-tributario, no se observan prácticas que denoten un trato diferenciado o perjudicial en contra de los medios de comunicación social.
 16. Existe un esquema legal que aplica censura previa a los espectáculos públicos, sin embargo, el concurso

normativo existente excede los límites de la Convención Americana que habilitan tal censura.

- 17.No existe en el Código Penal una adecuada prohibición de las conductas expresivas a favor de la guerra o que representen una apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación, o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

El derecho a la libertad de expresión, contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana posee una formulación amplia, inclusive no sólo de la libertad de expresión *stricto sensu* sino también de la búsqueda, recepción y difusión de la información (acceso a la información), así como de la generación de condiciones reales que permitan que efectivamente la difusión del pensamiento, las ideas y la información se haga en un esquema de auténtica libertad, para lo cual se prohíbe de manera absoluta la censura y las censuras indirectas, así sean realizadas por el Estado directamente o por particulares. El contenido del artículo 13 de la Convención Americana se completa con la limitación y prohibición a la propaganda a favor de la guerra, así como toda apología *inter alia* del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia. A lo anterior debe agregarse que el derecho en referencia también se integra normativamente con el derecho de rectificación o respuesta incluido en el artículo 14 de la Convención Americana⁴⁰.

Agregan a las obligaciones propias o específicas derivadas de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana, las obligaciones genéricas de *respetar, garantizar y adecuar el derecho interno* que se desprenden de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Interesa en este artículo enfocar la atención en el cumplimiento del deber de adecuación del derecho interno.

⁴⁰ Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resolución de opinión consultiva, serie A número 7, del 29 de agosto de 1986, párs. 23-25.

Los resultados de la investigación demuestran ausencia de normativas en lo relativo al derecho de acceso a la información, a la distribución de la publicidad estatal, a las presiones de anunciantes privados, a la regulación del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. De igual manera, se establece como problemática la existencia de normas que penalizan los delitos contra el honor, cuando son sujetos pasivos de tales delitos funcionarios públicos o personas de relevancia pública.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la expresión “leyes” empleada en el contexto del artículo 30 de la Convención Americana no se debe interpretar como sinónimo de cualquier norma jurídica, sino que debe ser interpretada como ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado⁴¹. En igual sentido, la Corte Interamericana ha destacado que ese artículo 30 de la Convención Americana no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas⁴². Resulta claro, pues, que tratándose de restricciones al goce de los derechos humanos establecidos en la Convención, éstas sólo pueden realizarse bajo la fuente de ley formal.

Por otra parte la Corte Interamericana, analizando esta vez la regulación –mas no la restricción– a un derecho –en concreto el derecho de rectificación o respuesta–, utiliza un criterio abierto refiriéndose a medidas legislativas o de cualquier otro carácter, por lo que la existencia de ley formal,

⁴¹ Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, resolución de opinión consultiva, serie A número 6, del 9 de mayo de 1986, párs. 26-27.

⁴² *Ibidem*, pár. 17.

para el propósito de regulación de un derecho, no es una exigencia directamente desprendible de la Convención Americana, a menos que se trate de una restricción⁴³.

Aparentemente, este recorrido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana permitiría establecer que, a guisa de ejemplo, bastaría un decreto ejecutivo para que se regule adecuadamente el derecho de acceso a la información, o las pautas de distribución de la publicidad estatal en los diferentes medios de comunicación social, o incluso sobre las modalidades de ejercicio del derecho de rectificación de respuesta. A mi juicio esta conclusión es inaceptable, si se analizan las situaciones desde un punto de vista ontológico sobre el alcance de una regulación, toda regulación implica *per se* una limitante al ejercicio de un derecho o, dicho de otra manera, la línea divisoria entre una limitación y una regulación es tan tenue que por virtud del principio *pro homine* se debe optar por una regulación bajo la modalidad de ley formal antes de que por fuentes jurídicas de menor rango se establezcan restricciones, lo que sin duda es contradictorio con la propia Convención Americana.

Por la razón apuntada, me inclino a interpretar que la regulación de un derecho, por tratarse contemporáneamente de una restricción al mismo u otros derechos, debe hacerse bajo la modalidad de ley formal. En ese sentido, el artículo 2 de la Convención Americana, al disponer que si no estuvieran ya garantizados los derechos contenidos en ella los estados se obligan a crear las disposiciones legislativas o de otro carácter, no está refiriéndose a una modalidad disyuntiva que debe escogerse en función de si se trata de prohibiciones *vis à vis* regulaciones. Más bien, se trata de

⁴³ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, resolución de opinión consultiva*, serie A número 4, del 19 de enero de 1984, pág. 14 y Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resolución de opinión consultiva, serie A número 7, del 29 de agosto de 1986, pág. 32.

una modalidad copulativa en la que se requieren disposiciones legislativas (para atender prohibiciones *vis à vis* regulaciones) y medidas de otro carácter que faciliten su implementación en la realidad normada (programas de capacitación a funcionarios, campañas de divulgación de los derechos, mecanismos de reclamación, asignaciones presupuestarias necesarias, etcétera).

La afirmación anterior lleva a sostener que la ausencia de normatividad con rango de ley formal en lo atinente a la regulación sobre la distribución de la publicidad estatal, al acceso a la información y a la regulación del derecho de rectificación o respuesta, así como respecto de las expresiones prohibidas por el derecho internacional (incitación a la guerra y apología del odio nacional, racial o religioso) constituye una clara violación a la Convención Americana por omisión, no sólo respecto de la obligación genérica de garantizar esos elementos integrantes del derecho a la libertad de expresión, como se estableció *supra*, sino también del artículo 2 de la Convención Americana, toda vez que esta obligación, condicionada al acontecimiento de la falta de garantía, ha implicado una violación sostenida a la misma desde su entrada en vigencia para El Salvador. No corresponde al propósito de este trabajo delinear cuáles deben ser los alcances de esas eventuales leyes, simplemente urgir por la aprobación de las mismas de conformidad con los lineamientos y parámetros que se han ido estableciendo por diferentes instrumentos de *soft law* desarrollados en los últimos tiempos, así como por las recomendaciones emanadas directamente de entidades especializadas como la Relatoría sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De igual manera la existencia de ciertas leyes formales –y de otras normas con rango infralegal– que aluden a la restricción en el acceso de periodistas a juicios penales, la regulación del delito de desacato y la obligación constitucional del Fiscal General de la República de perseguirlo por la vía de acción pública, las normas sobre delitos

relativos al honor –sin tomar en consideración la doctrina de la *real malicia* y sin establecer un tratamiento dual en materia de penalidad respecto de la calidad del sujeto pasivo del delito, y sin referir adecuadamente a la doctrina del *reporte fiel*–, las disposiciones sobre censuras de espectáculos públicos, la protección civil del honor y la legislación sobre acceso al espectro radioeléctrico, se presentan igualmente como violaciones a los artículos 2 y 13 de la Convención Americana, que requieren como modalidad de cumplimiento la adecuación legislativa interna.

Respecto al tratamiento penal de las ofensas contra el honor a funcionarios públicos y personas de relevancia pública, es importante advertir que de un modo directo la Convención Americana no obliga a los estados a proceder a despenalizar. Por el contrario, la Convención Americana, desde el mismo artículo 13.2.a, en relación con los artículos 1.1, 2 y 11 de la citada Convención, impone al Estado la obligación de proteger el honor y la vida privada de las personas. Lo que no puede negarse es que existe, respecto de tales funcionarios o personas, un interés público mayor y el sistema democrático exige que su protección al honor o a su vida privada responda a un umbral menor que el que se emplea respecto de otro tipo de personas que no ostentan esas calidades.

Dicho en otros términos, si bien la Convención Americana no obliga a despenalizar ciertos delitos contra el honor –al menos respecto de la hipótesis de tratarse de sujetos pasivos de la relación delictiva que tienen las calidades de funcionarios públicos o personas que representan relevancia pública–, sí obliga a garantizar ese derecho humano y, en ese intento, tampoco obliga a que la protección se haga por la vía del derecho penal. Lo anterior quiere decir que la única obligación dispuesta por la Convención, que es la protección del honor de todas las personas, puede ser realizada por vías penales o por vías civiles –englobando en esta categoría vías no penales–, lo que se encuentra dentro del margen de apreciación del

Estado. Eso sí, hay que hacer una diferencia en cuanto a la intensidad de esa protección, al tratarse de funcionarios públicos o de personas de relevancia pública, en el entendido que el sistema democrático demanda un mayor nivel de control y crítica sobre la actividad y desempeño de estas personas. Más específicamente, el Estado lo que sí se encuentra obligado a realizar es una valoración casuística sobre la necesidad de la pena en el contexto de una sociedad democrática.

Es por tal razón que la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 13.2 de la Convención Americana como única entidad jurisdiccional del sistema interamericano, no ha afirmado la urgencia de despenalización de ese tipo de delitos en la hipótesis planteada y, por el contrario, ha delineado otros factores que se deben tener en cuenta para hacer admisible la imposición de restricciones –por la vía de pena o de montos indemnizatorios– al ejercicio de la libertad de expresión, a saber: la existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines⁴⁴.

Lo que exige la Convención Americana no es la despenalización, opción que dentro del margen de apreciación puede adoptar un Estado –y que eventualmente pudiera considerarse deseable *de lege ferenda*, mas no jurídicamente obligatorio–, sino la existencia de responsabilidades ulteriores en caso de afectación de *inter alia* el honor de las personas, debiendo evaluarse, bajo el supuesto que la conducta ilícita se encuentra debidamente definida en rango

⁴⁴ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), resolución de opinión consultiva, serie A número 5, del 13 de noviembre de 1985, pág. 38. Corte IDH, *Mauricio Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, sentencia sobre el fondo y reparaciones, serie C No. 107, del 2 de julio de 2004, pág. 120. Corte IDH, *Ricardo Canese Vs. Paraguay*, sentencia sobre el fondo y reparaciones, serie C No. 111, del 31 de agosto de 2004, pág. 104.

de ley y ajustada a los propósitos perseguidos por la Convención Americana –tutela del honor y no cerceamiento del debate político–.

Mientras la legislación de penalización contra el honor, respecto de funcionarios públicos o personas con relevancia pública, no sea formalmente eliminada del ordenamiento jurídico de un Estado parte de la Convención Americana, no se le puede exigir al Estado que no le dé cumplimiento, pero en el cumplimiento de la misma es el poder judicial, su aplicador natural, el que debe ponderar no sólo la existencia del delito como unidad jurídica típica, antijurídica y culpable, sino además la necesidad de la sanción en función de los fines de protección del honor del funcionario público o persona de relevancia pública, en el marco de una sociedad democrática que por otra parte exige el debate como mecanismo de ejercicio de ciudadanía. En mi criterio, no puede estimarse que la existencia *per se* de normativas que posibiliten la imposición de sanciones penales contra periodistas por afectar el honor de funcionarios públicos o personas de relevancia pública constituya una violación a las normas de la Convención Americana, en particular de los artículos 1.1, 2 y 13.2, toda vez que al poder judicial le correspondería, en el caso específico, hacer la ponderación sobre la necesidad de la pena, de donde es posible que se obtengan sentencias condenatorias sin imposición de sanción penal y únicamente con reparaciones al honor dañado, así sea por la vía de indemnizaciones resarcitorias o por otras modalidades reparadoras.

Además de lo anterior, sigue siendo preocupante que el Estado no cuente con un mecanismo por medio del cual discuta con la sociedad civil y analice e implemente las recomendaciones que se emiten desde la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de su homólogo en el sistema de Naciones Unidas.

Cambios recientes en la legislación y la jurisprudencia

Desde la realización de la investigación aludida hasta la actualidad se han producido dos cambios importantes, tanto en el ámbito de la legislación como de la jurisprudencia.

En el ámbito de la legislación penal se incorporaron reformas durante el mes de octubre de 2004, tanto en el Código Penal como en el Código Procesal Penal, que en principio favorecen la realización de la función social del periodismo. Respecto del Código Penal se ha modificado el artículo 191 que contiene las causales de exclusión de delitos relativos al honor. Anterior a la reforma, la norma aludida refería genéricamente que no serían punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho de información, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona. Con la reforma, esta excluyente de punibilidad se ha ampliado al grado de diferenciar cuando el delito es cometido por un particular o por una persona –profesional o no– que se encuentra ejerciendo periodismo. Respecto del primer caso, la norma excluye de punibilidad las acciones anteriores realizadas por un particular en ejercicio de la libertad de expresión, siempre que no revele un ánimo calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o propia imagen. Respecto del segundo caso, la norma excluye de punibilidad las mismas acciones realizadas por personas que ejercen periodismo –con independencia de su carácter profesional– ya sea que las mismas acciones se proyecten mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general. De igual manera se excluye la punibilidad de las empresas comunicativas que publiquen tales juicios o conceptos.

Esta disposición, aparentemente, provee un avance importante para el debate libre de ideas y flujo informativo en la sociedad. Eso es encomiable, sin embargo, tratándose de periodistas, se está generando un cuadro de impunidad absoluta y plena, sin que exista, como ha quedado demostrado anteriormente, vías civiles de tutela y protección del honor. Esto se demuestra más ampliamente porque la primera parte de la reforma –referida a personas que no ejercen periodismo– todavía preserva que el sujeto activo del delito no demuestre un ánimo calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o propia imagen del sujeto pasivo. Pero, respecto de periodistas, tal salvedad no opera, de manera que pudieran hacer afectaciones al honor de manera dolosa, sin sufrir ningún tipo de deducción de responsabilidad (responsabilidad penal obviamente no por tratarse de un excluyente de penalidad y responsabilidad civil, tampoco por el déficit que presenta la legislación salvadoreña en ese aspecto). Vale decir, no obstante, que el ámbito de aplicación de esa norma se reduce a juicios de valor y no a juicios de verdad, de manera que los delitos relativos a calumnias y difamación quedan aún presentes como posibilidad de deducción de responsabilidad.

En el ámbito del Código Procesal Penal, la disposición reformada (el artículo 187) reconoce un importante avance para la protección del ejercicio periodístico en la búsqueda de información, como es la reserva de fuentes.

Finalmente, en el ámbito de la jurisprudencia, debe destacarse que una amplia cantidad de sentencias de la Sala de lo Constitucional se había negado a reconocer valor *supra* o co-constitucional a los tratados de derechos humanos, con lo cual, el régimen de protección local se encontraba disminuido. Sin embargo, una sentencia de inconstitucionalidad emitida en contra de la Ley Anti Maras el 1 de abril de 2004, bajo el número 52-2003 *et all.*, se encarga de reconocer el valor superior de los tratados de derechos humanos, incluso incursionando, tímidamente, a utilizar dichos tratados como parámetros de constitucionalidad. Esto

es un avance notorio y destacable de la jurisprudencia constitucional salvadoreña, que debe ser fortalecido con posteriores resoluciones judiciales que reconozcan ese valor a los tratados internacionales. Aunque personalmente creo que el problema de la relación entre derecho internacional de los derechos humanos y normas internas de derechos humanos no se debe resolver en términos de jerarquías por ámbitos normativos (derecho internacional *vis à vis* derecho interno, buscando una primacía), sino en función del ámbito de protección (buscando que prevalezca la norma que ofrezca mayor protección, independientemente de su origen nacional o internacional), el precedente es importante para re-evaluar la importancia de la interrelación entre ambos sistemas normativos en una relación absolutamente monista.

Conclusiones

Tomando en consideración el caso específico de El Salvador, en función de los hallazgos permitidos por la investigación realizada y referida *supra*, y bajo la interpretación y lineamientos jurisprudenciales empleados, se concluye:

1. Que la ausencia de una legislación, en el sentido de ley formal, que regule el derecho de acceso a la información constituye una violación al deber de garantizar el derecho a la libertad de expresión y, al mismo tiempo, al deber de adecuar el derecho interno, adoptando las medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para garantizar el derecho a la libertad de expresión.
2. Que la ausencia de una legislación, en el sentido de ley formal, que regule la asignación de la publicidad oficial a los diferentes medios de comunicación social, situación que en la práctica ha permitido que desde la Administración Pública se pueda premiar o castigar a medios de comunicación social en función de sus líneas editoriales o informativas, incluso mediante la práctica de anunciantes privados, constituye una violación al deber de garantizar el derecho a la libertad de expresión y, al

mismo tiempo, al deber de adecuar el derecho interno, adoptando medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para garantizar el derecho a la libertad de expresión.

3. Que la ausencia de una legislación, en el sentido de ley formal, que regule el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, constituye una violación al deber de garantizar el derecho referido y, al mismo tiempo, al deber de adecuar el derecho interno, adoptando medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para garantizar el derecho de rectificación o respuesta.
4. Que la ausencia de normas que penalicen los casos de incitación a la guerra y/o apología del odio nacional, racial o religiosos, constituye una violación al cumplimiento de obligaciones derivadas del derecho a la libertad de expresión y, al mismo tiempo, al deber de adecuar el derecho interno, adoptando medidas legislativas y de otro carácter que sean necesarias para garantizar adecuadamente la modalidad de ejercicio de la libertad de expresión.
5. Que la existencia de normas que limitan el acceso de los periodistas a los juicios penales, en términos que exceden los ámbitos tolerados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para preservar el interés de la justicia y la intimidad de las partes en circunstancias especiales, corresponde una violación a la libertad de expresión y al deber de adecuación del derecho interno.
6. Que la existencia de normas sobre penalización del delito de desacato, y la previsión constitucional que confiere al Fiscal General de la República la persecución del mismo por la vía de la acción penal, es una limitación excesiva e ilegítima al ejercicio de la libertad de expresión y representa un incumplimiento del deber de adecuación del derecho interno.
7. Que la legislación existente sobre acceso al espectro radioeléctrico, para fines de comunicación y expresión, al

considerar las posibilidades de acceso en función de la capacidad de postulación económica de los interesados, produce un efecto de exclusión respecto de grupos de personas o comunidades que carecen de esa capacidad de postulación, con lo cual se generan condiciones estructurales para impedir el ejercicio de la libertad de expresión a ese tipo de personas, sin perjuicio que tal normativa implica una falta de adecuación del derecho interno respecto de las obligaciones derivadas del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

8. Que el régimen de censura para los espectáculos públicos excede los límites autorizados por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, representando no sólo una violación a dicho artículo sino también a la obligación de adecuar el derecho interno. Es urgente una revisión de la legislación en este ámbito y su adecuación conforme a los parámetros internacionales.
9. Que la existencia *per se* de normas que habiliten la imposición de sanciones penales respecto de delitos contra el honor de los funcionarios públicos o personas de relevancia pública no puede considerarse como una violación al deber de adecuación del derecho interno, toda vez que la Convención Americana deja en el margen de apreciación de los Estados la modalidad de cumplimiento de su obligación de garantizar el honor de todas las personas. No obstante, mientras ese tipo de legislación exista y no sea formalmente desechada del ordenamiento jurídico, El Salvador, especialmente por la vía de actuación de su poder judicial, no debe limitarse a tratar estos delitos como una simple conjunción de elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, debiendo agregar a ese análisis la necesidad de la pena en el contexto de una sociedad democrática donde el umbral de protección del honor de ese tipo de personas debe ser menor en función del debate abierto y transparente que exige el ideal de la sociedad democrática. Sólo la vía casuística podrá determinar si la imposición de una

sanción penal es innecesaria y por ende ilegítima, y no una exculpación normativa general que no analice diferentes elementos del ánimo delictivo con el que actúa el sujeto activo del delito. En todo caso, debe procederse a adoptar el régimen de la real malicia y del reporte fiel, y si el Estado, en ejercicio de su margen de apreciación, desea caminar por el sendero de la despenalización de los delitos contra el honor cometidos contra funcionarios públicos o figuras con relevancia pública, debe contemporáneamente avanzar hacia una legislación civil moderna que no deje en desamparo ese bien jurídico y que guarde un justo equilibrio entre esa necesidad de protección y el ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de una sociedad democrática.

10. Que el cambio de jurisprudencia sobre el rol de los tratados internacionales de derechos humanos, por parte de la Sala de lo Constitucional, es un avance muy importante que debe sostenerse y apoyarse con posteriores resoluciones. De esta manera se ha dado un primer paso muy importante que se orienta a reconocer la existencia autónoma del derecho de los derechos humanos, y dejar de lado las divisiones artificiosas, y en ocasiones dañinas, entre el derecho internacional y el derecho doméstico en materia de derechos humanos.
11. Finalmente, existen varios otros aspectos que pueden comprometer un ejercicio democrático de la libertad de expresión, pero que exceden el enfoque deliberado del artículo –un análisis desde la perspectiva del deber de adecuación del derecho interno– y que articulan variables metalegales. Por supuesto que la relación entre el poder político y los medios de comunicación debe ser horizontal y orientada por un sentido de gobierno republicano, pero estos cambios acontecerían en la medida en que esas otras variables se vayan modificando, y es imposible pretender que modificaciones legislativas lograrían *per se* el deseado avance.

El estado de la libertad de expresión en Guatemala*

Aylín Ordóñez¹

En la actualidad todo Estado democrático vela por el mantenimiento y respeto de los derechos humanos, dentro de los cuales ocupa un lugar relevante el de la libertad de expresión.

En el devenir de la historia, este derecho fundamental se ha visto amenazado y limitado por distintas situaciones legales y fácticas, en la mayoría de los países latinoamericanos. La historia guatemalteca no presenta una excepción en lo que se refiere a estas limitaciones. Así, pueden mencionarse épocas oscuras en cuanto a su vigencia.

Con el presente artículo se pretende definir una agenda para la promoción de la libertad de expresión en Guatemala,

* El texto de este artículo corresponde al informe final preparado por la autora en la primera etapa del programa de estudios (2001). Su estructura responde al primer sistema de indicadores propuesto por el programa (Ver Molestina e Iturralde en este mismo libro). La aplicación del sistema de indicadores sobre los Principios de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, en la tercera etapa del programa, fue realizada por Gonzalo Marroquín y los resultados se incluyen, en el formato de tabla, al final de este artículo. (Nota de los editores.)

¹ Abogada guatemalteca. Especializada en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala. Ha sido en varias oportunidades Secretaria General de la Corte Constitucional de su país.

analizando su situación en el marco del cumplimiento del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, identificando los obstáculos y avances en la protección de este derecho, tanto desde el punto de vista legal como político, y confrontando ambas realidades.

Marco legal de la libertad de expresión en Guatemala

En Guatemala la libertad de expresión, así como los derechos que se desarrollan con ella la libertad de pensamiento, de opinión y de información, se encuentran plenamente garantizados por una serie de normas nacionales e internacionales. En el presente informe se determinará el marco jurídico en el que se desarrollan estos derechos y, posteriormente, se analizará su situación nacional dentro de ese contexto legal, poniendo especial atención a su contenido enmarcado dentro del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Constitución Política, promulgada el 31 de mayo de 1985, puede calificarse como una norma individuo céntrica, donde se protege al ser humano a través del reconocimiento de una serie de derechos. Así, en su parte dogmática establece dos normas que amplían el margen de protección. Estas son las contenidas en el artículo 44, que señala que los derechos reconocidos en la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente, son inherentes a la persona humana. El artículo 46, por su parte, confiere supremacía sobre el derecho interno a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Dentro del articulado constitucional se encuentra expresamente protegida la libertad de expresión en el artículo 35 y se complementa con otras disposiciones que reconocen el derecho de opinión y acceso a la información (artículos 5, 14, 30, 31 y 36). Es pertinente mencionar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, forman parte del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Situación de la libertad de expresión en Guatemala

Relación entre el poder político y los medios de comunicación

Durante más de 36 años de conflicto armado interno, que finalizaron en diciembre de 1996, se cometieron una serie de abusos contra la libertad de expresión. A partir de esa fecha la situación mejoró; sin embargo, aun no es del todo óptima.

Dentro de lo favorable, puede afirmarse que en la actualidad no hay hechos que demuestren una política del gobierno contra la prensa. El gobierno tolera las críticas. Sin embargo, no ha desarrollado la necesaria capacidad en el manejo de su relación con la prensa, responsabilidad que posiblemente recaiga en la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia. Por lo que puede afirmarse que es indispensable un mayor acercamiento y cooperación hacia la prensa².

A criterio de la Asociación de Periodistas de Guatemala, en la relación gobierno – medios de comunicación, la prensa debe evitar reemplazar a los diferentes actores sociales en sus roles de fiscalización, reduciendo su protagonismo; además, debe ser imparcial y diferenciar con mayor rigor lo que es información y lo que es opinión. El gobierno, por su parte, debe sistematizar las conferencias de prensa a través del Ejecutivo, ampliándolas a columnistas, directores de medios y jefes de redacción³.

Debido al rol que juega la prensa dentro del Estado democrático, al ser vigilante institucional a nivel gobierno, los gobernantes de turno suelen acusarla de ataques

² Asociación de Periodistas de Guatemala y Relator de la Organización de Estados Americanos, *Revista de la Asociación de Periodistas de Guatemala*, número 76, agosto 2000, p. 16.

³ *Ibidem.*, p.16.

constantes por informar de acciones que estos realizan. Gonzalo Marroquín Godoy, director del diario *Prensa Libre*, afirma que en la relación prensa y gobierno el problema fundamental es que el gobierno no respeta la función de informar de la prensa, porque cuando se denuncian hechos el gobierno lo toma como un ataque. En lugar de aprovechar esas denuncias para corregir, lo toman como una agresión, lo que provoca represalias contra la prensa. En época de Vinicio Cerezo (1986-1991) hubo terrorismo fiscal y presiones para el cierre de medios, a consecuencia de ello se cerraron los tele noticieros *Aquí el Mundo* y *Siete Días*. El gobierno juega un papel muy importante respecto de los medios y, por el poder que posee, si los medios no son sólidos pueden resultar gravemente afectados.

Durante el gobierno de Álvaro Arzú se produjo otro tipo de agresión, ésta fue comercial. Por ejemplo, a los propietarios de la revista *Crónica* se les obligó a venderla. En el caso de otros medios, se favorecía con publicidad estatal a los de su agrado y se castigaba a los que no lo eran⁴.

Luis Morales Chúa, presidente de la Asociación de Periodistas de Guatemala durante el año de 1995, afirma que actualmente existe una tensión permanente entre los organismos del Estado y la prensa independiente. Además, se enfrenta el problema de que no siempre se brinda información por parte de los funcionarios gubernamentales de la administración pública⁵.

La Asociación de Periodistas de Guatemala se pronunció, en agosto de 2000, en lo referente a la sensación de inseguridad e incertidumbre en torno a la libertad de emisión

⁴ Entrevista personal realizada a Gonzalo Marroquín Godoy, director del diario *Prensa Libre*, con ocasión de esta investigación, el 25 de julio de 2001.

⁵ Entrevista personal realizada con Luis Morales Chúa, ex presidente de la Asociación de Periodistas de Guatemala, con ocasión de esta investigación, el 24 de julio de 2001.

del pensamiento, debido a los ataques a columnistas de *El Periódico y Prensa Libre*⁶.

En la XXXI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Costa Rica, el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Santiago Cantón, presentó su informe dando cuenta de aspectos relevantes para el caso de Guatemala. Así, en lo referente al tema de análisis, señaló que en este país se vive un ambiente de tensión entre autoridades del Estado y algunos medios de comunicación, además del aumento de intimidaciones y amenazas a periodistas⁷.

En síntesis, puede afirmarse que si bien el sistema normativo de Guatemala garantiza ampliamente el derecho de acceso a la información y la libertad de difundirla, no se logra una plena vigencia, debido a la falta de reglamentación de este derecho.

Acceso a la información en poder del Estado

En Guatemala se encuentra plenamente protegido el acceso a la información en poder del Estado, como se establece en el artículo 35 de la norma suprema: [...] *es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar ese derecho [...]*. Sin embargo, la aplicación práctica de este precepto no siempre es así. Nuevamente los límites se deben a la carencia de normas que desarrollen y establezcan procedimientos que impliquen una efectiva sanción.

Según consta en el Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión del año 2000, a fines de mayo de ese año se organizó en Guatemala, en conjunto con la Presidencia de la República, una conferencia internacional

⁶ Asociación de Periodistas de Guatemala, No. 76, Agosto de 2000, p. 7.

⁷ *Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión*, 2000, 4. d. 118.

titulada *El derecho al acceso a la información en Guatemala*, destinada a reflejar la importancia del derecho al acceso a la información en poder del Estado y la acción de *habeas data* en el marco de una sociedad democrática, así como la necesidad de adecuar las legislaciones en esta materia. Además, el Estado guatemalteco elaboró, con apoyo de la Relatoría, un proyecto de ley sobre acceso a la información en poder del Estado, el cual contó con la amplia participación de la sociedad civil⁸.

El 2 de abril de 2001, el Secretario de Análisis Estratégico de la Presidencia del Estado, Edgar Gutiérrez, hizo público el proyecto de Ley de Libre Acceso a la Información. El proyecto se remitió a la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, desde abril del año 2001⁹. Dentro de los fundamentos de la iniciativa de ley se señala que el derecho a la información es una de las condiciones básicas para la formación libre y democrática de la opinión pública y para el fortalecimiento del proceso democrático del país. Su objetivo primordial es garantizar el acceso de los habitantes del país a la información en poder de los organismos del Estado, así como de entidades que lo integren. Asimismo, establece que se permita conocer la información personal que conste en archivos estatales y particulares. Sin embargo, analistas han considerado complicado que se apruebe la ley¹⁰.

Dentro de las normas que esta iniciativa contiene se encuentran el derecho de las personas para obtener informes, copias, reproducciones, constancias, certificaciones, expedientes, imágenes, hechos, actos, contratos y todo tipo de información en poder del Estado. En caso de rechazo de la

⁸ *Informe del relator Especial para la libertad de Expresión*, capítulo III A.1.2, 2000.

⁹ “Libre acceso a información: Prueba de fuego para legisladores”, p. 8, en: *Infopress Centroamericana*, No. 1411, del 20 de abril de 2001.

¹⁰ “Libre acceso a información: Prueba de fuego para legisladores”, p. 9, en: *Infopress Centroamericana*, No. 1411, del 20 de abril de 2001.

petición debe dictarse resolución razonada al respecto y notificarse.

En síntesis, puede afirmarse que la obtención de información en poder del Estado se complica por la relación prensa – gobierno, ya que los funcionarios públicos aprovechan su posición de autoridad para denegar en algunos casos la información que poseen. Se ha producido un avance al respecto, como lo es el proyecto de Ley de Libre Acceso a la Información, el cual reglamenta el procedimiento para lograr la obtención de la información.

En la actualidad, el único procedimiento que existe para acceder a esta información, es el amparo, alegando violación al artículo 30 y/o 31 de la Constitución. Sin embargo, este es un proceso que se encuentra revestido de formalidades y es poco práctico de promover en cada caso. Se trata de una garantía aplicable a la protección de la mayoría de derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que así como la libertad y la integridad se encuentran debidamente protegidas a través de la exhibición personal, el derecho al acceso a la información puede estar protegido por una garantía específica.

Un caso reciente de falta de acceso a la información en poder del Estado, se dio cuando la prensa solicitó conocer los contratos de compraventa de placas de circulación para los vehículos, celebrado entre un ministerio del Estado y una empresa, sin que éstos fueran efectivamente mostrados. Fue hasta que se presionó en la prensa, a través de titulares en los diarios de mayor circulación, que los datos fueron mostrados.

Acceso de la prensa a juicios penales y órganos legislativos

Es necesario mencionar que la materia procesal penal es particularmente reservada para las partes que intervienen en ella y sus abogados. Este tipo de límites se presenta en el artículo 314 del Código Procesal Penal, el cual establece que todos los actos de la investigación serán reservados para los

extraños, indicándose que las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios. Se permite a los abogados que invoquen, por un interés legítimo, el derecho de ser informados por el Ministerio Público acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiere. A todos se les impone un deber de reserva. En sentido contrario, se establece la publicidad de los debates, salvo algunos casos expresamente calificados en el artículo 356 del Código Procesal Penal.

Como lo afirmó Leonardo Franco, director de la Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala, en mayo de 1996: *[...] mientras los medios tienen que divulgar rápidamente la información obtenida, aunque no sea completa, la administración de justicia debe guardar confidencialidad sobre lo que sabe, hasta concluir la investigación. Para la justicia, la verdad es más importante que el tiempo; en cambio, la prensa no puede llegar tarde a la verdad*¹¹.

En la realidad sucede que la prensa, como lo manda el artículo 314 del Código Procesal Penal, no tiene acceso al proceso durante la investigación y únicamente cuando se abre a debate puede presenciarlos. Sin embargo, de conformidad con lo previsto en el artículo 359 del citado Código, quienes asistan al debate no podrán llevar cámaras fotográficas, vídeos o grabadoras, armas y otros elementos aptos para molestar u ofender, ni adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos. Esta limitación, por lo general, no aplica a la prensa, la que acude con cámaras o vídeos.

La prensa tiene el derecho de acceder a la información y darla a conocer a la población, pero sin realizar un juicio

¹¹ Minugua – PNUD, *Prensa y Justicia. Desencuentro y Encuentro*, p. 18, mayo de 1997.

paralelo, donde insinúe cómo debe fallar el juez e influya de una u otra manera en la opinión pública de cuál ha de ser el resultado esperado. Deben respetar ambos la función del otro sector. Se exagera esta limitación y muchas veces no se permite conocer la sentencia de un proceso penal cuando el mismo ya está fenecido.

Es muy importante la función de la prensa en los juicios penales, así Helen Mack manifestó en el seminario referente a la relación prensa y justicia, que la transparencia en el juicio, en el que se condenó a Beteta por el asesinato de su hermana, la antropóloga Mirna Mack, se llevó a cabo a través de la prensa¹².

En lo referente al acceso de la prensa a órganos legislativos, es aplicable el párrafo del artículo 35 de la Constitución referente a que ninguna autoridad podrá limitar el derecho de acceso a las fuentes de información, aunque en la mayoría de casos así sucede.

Los periodistas entrevistados para esta investigación, señalaron que por lo general no presenta inconveniente el acceso a las fuentes legislativas, sin embargo, recientemente se presentó el problema de la aprobación por el pleno del Congreso de una ley que señala un impuesto para las bebidas alcohólicas, pero posteriormente fue publicado con un porcentaje distinto del aprobado por el Pleno. La prensa requirió las actas de las sesiones del Congreso, pero no se lograron obtener. Sin embargo, en términos generales, se posee un acceso amplio a las fuentes legislativas¹³.

Colegiación obligatoria de periodistas

En Guatemala no existe una norma que obligue a los periodistas a formar parte de un colegio profesional, tampoco existen normas que obliguen a estar inscrito en algún tipo de asociación o agrupación para poder ejercer la profesión de periodista.

¹² *Ibidem.*, p. 94.

¹³ Luis Morales Chúa. Entrevista.

La única norma que hace mención de un colegio de periodistas es el artículo 49 de la Ley de Emisión del Pensamiento, la cual se refiere a la forma en que se integran los jurados para conocer de los delitos y faltas en la emisión del pensamiento. Al respecto, se señala que serán electos 21 jurados para el departamento de Guatemala: siete por la directiva del Colegio de Abogados, siete por el Colegio de Periodistas y siete por la Municipalidad de Guatemala. La nómina se envía a la Corte Suprema de Justicia en el mes de marzo de cada año. En el caso de iniciarse un juicio de esta naturaleza se elige por sorteo a cinco jurados para que resuelvan el caso.

Dentro de la legislación sólo en la norma contenida en el artículo 49 se hace mención de un colegio de periodistas; sin embargo, en la realidad no ha existido y los siete jurados designados por éste son electos por la Asociación de Periodistas de Guatemala.

Penalización del desacato

A pesar de que la Constitución Política de la República de Guatemala contiene una protección muy amplia respecto de la libertad de expresión al establecer en el artículo 35 que: *[...] No constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos*, aun se encuentra tipificado el delito de desacato. Así, el artículo 411 del Código Penal prevé que: *Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos del Estado, será sancionado con prisión de uno a tres años.*

Asimismo, el artículo 412 del Código señala “desacato a la autoridad” estableciendo que lo comete el que amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, y por ello será sancionado con prisión de seis meses a dos años. Por último, en lo referente a este delito se prevé la prueba de

verdad de la imputación si se trata de hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

A pesar de los diferentes informes de los relatores para la libertad de expresión y opinión, el análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Sociedad Interamericana de Prensa y el claro contraste con la Constitución, Guatemala no ha derogado las normas que sancionan el delito de desacato, encontrándose aun vigentes en la forma antes citada.

Vale la pena mencionar que contra la norma contenida en el artículo 412 del Código Penal se promovió un recurso de inconstitucionalidad ante la Corte, el cual fue resuelto el 6 de septiembre de 2000. El caso se refiere a un proceso penal promovido por una jueza de familia contra una persona que se pronunció a través de la prensa escrita en relación al tema de adopciones y dentro de estas declaraciones se refirió a la jueza. El procesado acudió a la Corte de Constitucionalidad planteando la inconstitucionalidad en el caso concreto de la norma contenida en el artículo 412 del Código Penal en que se fundó la denuncia y que contiene el delito de desacato. Sin embargo, este tribunal desestimó la petición debido a que el interponente no efectuó el análisis confrontativo necesario para establecer si la norma ordinaria es o no contraria al precepto constitucional que denuncia violado.

Es lamentable observar que no se produjo un pronunciamiento por parte de la Corte en lo referente a la constitucionalidad o no de la norma precitada, ya que siendo un análisis jurídico el que debía efectuarse por ese tribunal, y en virtud del principio *iura novit curia* –el juez conoce el derecho–, podía confrontar las dos normas y en caso de estimar colisión entre ambas excluir la de inferior jerarquía.

Condenas o procesos penales a periodistas promovidos por funcionarios públicos o figuras políticas

En Guatemala, encontrándose tipificado el delito de desacato en la legislación interna, a pesar de su contradicción

con la Constitución, no se utiliza como un recurso constante contra los periodistas. No son comunes los procesos penales para evitar los ataques que pueda realizar la prensa contra funcionarios públicos.

Así, puede mencionarse que para la elaboración del presente informe se revisaron los libros de ingresos de expedientes de cinco de los 11 tribunales penales de sentencia de la ciudad capital, habiéndose determinado que no existía ningún proceso ingresado por “desacato”, en el período comprendido de enero de 1997 a julio de 2001.

En lo referente a procesos penales promovidos contra periodistas por figuras públicas, durante los años del conflicto armado interno se produjeron este tipo de acciones contra los miembros del gremio periodístico, pero esta práctica se fue reduciendo a partir de la nueva etapa democrática que inició en 1985. Desde este año son escasos los procesos penales contra periodistas y no es un recurso que se utilice frecuentemente.

Aplicación de estándares internacionales en la materia

Se realizó un estudio en diferentes tribunales y en el Archivo General de Tribunales para consultar sentencias que se refieran a procesos penales instaurados contra periodistas; sin embargo, en la gran mayoría de casos estos no llegaron a sentencia. Los casos en los cuales se presentaron sentencias, según informes del citado archivo, datan de más de 30 años por lo que las situaciones han variado, así como la legislación.

Distribución y manejo de la publicidad oficial

La Sociedad Interamericana de Prensa ha expuesto reiteradamente que la publicidad oficial no puede ser discriminatoria. En la Declaración de Chapultepec se establece que es un atentado a la libertad de emisión del pensamiento que un Estado utilice sus recursos para favorecer o castigar a los medios de comunicación.

En Guatemala, se ha tomado el anuncio como un arma contra la prensa independiente. En el gobierno pasado el presidente Álvaro Arzú ejercía presión a anunciantes para que no dieran publicidad a determinados medios, así por ejemplo la revista *Crónica*, lo que provocó una crisis financiera y su posterior cambio de propietarios. Estas medidas afectan más a los medios de comunicación débiles. Se utiliza como un castigo para los medios que critican las acciones del gobierno¹⁴.

Se ha manifestado que [...] *con pocas excepciones “el negocio de la prensa”, sigue siendo más lucrativo para los que se acomodan al sistema que para los que lo cuestionan. En varios países de la región los gobiernos utilizan publicidad oficial para premiar a sus amigos y castigar a sus críticos. El uso de fondos públicos, los nombramientos en puestos de gobierno, las amenazas y el divisionismo son algunos de los mecanismos utilizados por los gobiernos para presionar a los medios económica y políticamente*¹⁵.

En una reciente reunión de periodistas llevada a cabo en Honduras, se afirmó que los gobiernos de Guatemala y El Salvador son los que más castigan a los medios en la distribución de publicidad oficial¹⁶. De lo anterior, puede afirmarse que en Guatemala se utiliza la publicidad oficial como una medida de premio o castigo para la prensa.

La asignación de frecuencias televisivas y radiofónicas (monopolios, radios comunitarios)

En lo que respecta a este tema, Guatemala vive en la actualidad una situación muy crítica, toda vez que existe una práctica monopólica en lo referente a las frecuencias de televisión abierta de canales VHF, los cuales pertenecen a un sólo dueño. Este aspecto es conocido por toda la población y

¹⁴ Luis Morales Chúa, entrevista realizada el 24 de julio de 2001.

¹⁵ “Medios y periodistas independientes bajo amenazas”, p. 12. En: *Infopress Centroamericana*, No. 1417, 1 de junio de 2001.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 12.

ha sido denunciado con preocupación por diferentes sectores.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión señaló en su informe del año 2000, que en Guatemala existe un monopolio de hecho de la televisión abierta de canales VHF. Esto afecta la libertad de expresión y el derecho de información veraz, pues a pesar de que los canales de televisión abierta están registrados a nombre de sociedades anónimas, el tenedor mayoritario de sus acciones es una sola persona. El Relator reitera la existencia de este monopolio como un serio obstáculo para el pleno ejercicio de la libertad de expresión de los diversos sectores de la sociedad guatemalteca. Expone que la existencia de prácticas monopólicas en los medios de comunicación de televisión, radio y prensa no es compatible con el derecho de libertad de expresión¹⁷.

Este monopolio mereció figurar en un comentario editorial publicado en el matutino norteamericano *The New York Times*, el cual reprodujo *Prensa Libre* el 8 de mayo de 2001. El citado editorial señala que un mexicano residente en Miami posee los cuatro canales de televisión abierta que existen en Guatemala, constituyendo un monopolio, lo cual aprovecha para apoyar al candidato de su predilección en época electoral. Además, canceló recientemente un programa crítico al gobierno.

Al respecto, el gobierno ha informado a la Relatoría que el 7 de marzo de 2001 se emitió un Acuerdo Ministerial (395-2001) por el cual se autoriza a dar en comodato una frecuencia radioeléctrica a la Asociación Nacional para la Comunicación, la Cultura, el Arte y el Desarrollo, para que comparta en forma gratuita el tiempo de transmisión que se le autorice con las municipalidades, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, debidamente legitimadas, así como con las organizaciones populares comunales.

¹⁷ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2000, Capítulo IV B. d. 120.

El Presidente de la República anunció, el 23 de marzo de 2001, que ha encomendado a la Secretaría de Análisis Estratégico el estudio de un proyecto de reforma a la legislación sobre las concesiones de radio y televisión para que se incorporen criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades en el acceso a los mismos¹⁸. A pesar de que el gobierno expone su buena voluntad de eliminar el monopolio, es una realidad que existe en Guatemala y que causa una serie de problemas. En primer término, veda a los ciudadanos el derecho a ser informados, porque aquí se decide qué información se brinda y cuál está restringida.

En general, posee mayor credibilidad la prensa escrita independiente que los noticieros televisados. Un claro ejemplo se presentó el día 1 de agosto del año 2001, denominado Día de la Dignidad Nacional, en el cual los guatemaltecos acudieron a un paro, como una forma pacífica de manifestar su inconformidad por el alza a los impuestos. En horas de la tarde se presentaron serios disturbios en los que intervinieron las fuerzas de seguridad y, según se escuchó en los informativos de la radio, las fuerzas de seguridad cometieron una serie de abusos contra la prensa radial y escrita. Sólo a través de los espacios de estos medios se realizó la denuncia de los abusos de autoridad cometidos, ya que en la televisión se presentó un enfoque distinto, en ningún momento se reflejaron los abusos contra los periodistas por parte de funcionarios públicos y además se minimizaron las protestas.

Otras restricciones indirectas

De acuerdo con la información que recibe la Relatoría para la Libertad de Expresión, los métodos más utilizados para coartar la libertad de expresión son las amenazas, tanto físicas como psíquicas, los hostigamientos, las intimidaciones y la utilización de la legislación interna para

¹⁸ *Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión*, 2000, Capítulo IV B. 22.

entablar acciones judiciales contra los medios de comunicación¹⁹.

La Asociación de Periodistas de Guatemala señala, con base en una investigación, que las presiones externas más frecuentes que se han ejercido sobre la prensa son: insultos y amenazas anónimas, algunas de muerte, por vía telefónica; convocatoria a reuniones por parte del Secretario de Relaciones Públicas de la Presidencia o del Presidente para reprenderlos por su actuar; peticiones de funcionarios para que se retire a reporteros de un medio tratando de lograr su despido; intimidaciones directas a los reporteros por parte de elementos del Estado Mayor Presidencial y de seguridad de altos funcionarios; ingerencias abusivas directas del Gobierno Central; eliminación de propaganda del gobierno a medios independientes; eliminación de propaganda privada por presiones del Gobierno a medios que no se adecuan a exigencias del gobierno; secuestro de materiales informativos a dos medios (*Al Día* y *Noti 7*) por parte de una jueza y una fiscal del Ministerio Público, entre otras²⁰.

De lo anterior puede afirmarse que existen diferentes tipos de presiones que se ejercen contra la prensa en forma indirecta pero que limita el libre ejercicio de su profesión. Es de recalcar que no se incluye el promover procesos penales contra periodistas.

Regulación y aplicación de la norma sobre censura previa a espectáculos públicos

En Guatemala se encuentra vigente el Decreto 574, Ley de Espectáculos Públicos, emitido el 29 de febrero de 1956 durante el gobierno del presidente Carlos Castillo Armas, el cual contiene una serie de previsiones respecto de la censura,

¹⁹ *Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión*, 2000, Capítulo IV B.2; B.6.

²⁰ “Libertad de expresión y seguridad ciudadana, en discusión”, p. 18. En: *Revista de la Asociación de Periodistas de Guatemala*, número 76, Agosto de 2000.

conteniendo preceptos que son anacrónicos, lo que obstaculiza la efectiva aplicación de la mayoría de estos.

En su artículo 3 establece que la Dirección de Espectáculos calificará y autorizará previamente toda clase de espectáculos públicos, sin cuyos requisitos no podrán presentarse. Se prohíbe la exhibición de obras teatrales, cinematográficas o de televisión, cuyos temas constituyen incentivo al crimen, a la inmoralidad o que contengan propaganda atentatoria contra los valores humanos, principios de la nacionalidad guatemalteca y de la solidaridad centroamericana y continental. Se observa que esta norma no se cumple en todos los casos, toda vez que dentro del contenido de los canales de televisión se presentan programas que lesionan estos valores y no han sido censurados.

Se señala, en la citada ley, que los espectáculos públicos se clasifican en culturales, recreativos o inadecuados y aptos para menores, adolescentes, adultos y aptos sólo para determinado sexo.

Me parecen adecuadas las regulaciones tendientes a proteger la moral de infantes y/o adolescentes, pero no una serie de aspectos que obedecen a lo anacrónico de la Ley y sólo provocan su incumplimiento. Es necesaria y urgente la emisión de una nueva ley que se adecue a la previsión de la Convención y a la realidad nacional para lograr así una verdadera eficacia.

5.- Artículo 13.5 Estará 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.

Regulación y aplicación de la norma sobre prohibición de propaganda a favor de la guerra

El Código Penal vigente en Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República, contiene una serie de normas

que contemplan aspectos relacionados con el tema, las que pueden sintetizarse así:

Delito	Acciones penadas	Pena
Derrotismo político	Difundir o comunicar noticias falsas, exageradas o tendenciosas, en tiempo de guerra, menoscabando la resistencia del Estado.	5 a 10 años de prisión.
Instigación a la violación de deberes.	Incitar en tiempo de guerra a desobediencia de orden de autoridades militares o a la desertión.	5 a 10 años de prisión.
Incitación pública	Incitar a una rebelión o sedición o dieren instrucciones para realizarla. Rebelión: Alzarse en armas para promover guerra civil o deponer el gobierno, cambiar la Constitución. Sedición: Alzarse públicamente para deponer a alguno de los funcionarios, impedir promulgación de leyes o resoluciones y ejercer actos de odio o venganza contra autoridad o particulares de una clase social.	6 meses a 2 años de prisión y multa de Q.100.00 a Q.1,000.00
Actividades contra la seguridad interior de la Nación.	Propagar o fomentar doctrinas que tiendan a destruir mediante la violencia la organización social y jurídica de la Nación.	1 a 5 años de prisión multa de Q.300.00 a Q. 1000.00

Como puede apreciarse, en los artículos antes citados se contemplan aspectos contenidos en el artículo 13.5 de la Convención Americana, si no exactamente, sí se abarca la mayoría de elementos que el mismo contiene. Estas normas se encuentran vigentes en Guatemala y como tales son aplicables.

Guatemala: aplicación del sistema de indicadores sobre los principios de la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión²¹

Variables	Indicadores	
<p>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.</p>	<p>Reconocimiento constitucional de la Libertad de Expresión como Derecho Fundamental.</p>	<p>Artículo 35 de la Constitución y Ley de emisión del Pensamiento (de carácter constitucional).</p>
	<p>Ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>	<p>25 de mayo de 1978</p>
<p>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.</p>	<p>Existencia de normas que garanticen el Recurso de Hábeas Data</p>	<p>Proyecto de Ley pendiente de discusión y aprobación por el Congreso.</p>
<p>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.</p>	<p>Reconocimiento constitucional del Acceso a la Información en Poder del Estado como derecho fundamental.</p>	<p>Art. 35 de la Constitución</p>
	<p>Garantías legales al Derecho de Acceso a la Información en Poder del Estado.</p>	<p>Ley pendiente</p>
	<p>Límites legales acordados con el Principio.</p>	
	<p>Jurisprudencia que garantice el derecho de acceso a la información en poder del Estado.</p>	<p>No lo hay</p>
<p>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.</p>	<p>Prohibición constitucional o legal de la censura.</p>	<p>Artículo 35 de la constitución y Ley de Emisión del Pensamiento.</p>
	<p>Desarrollo normativo o jurisprudencial que sancionen la restricción a la libre circulación de ideas y opiniones y la imposición arbitraria de información.</p>	<p>Artículo 35 de la Constitución y Ley de Emisión del Pensamiento</p>

continúa en la página siguiente

²¹ Como se indicó antes, esta aplicación constituye una colaboración de Gonzalo Marroquín, guatemalteco, Director del periódico Prensa Libre y Presidente de la Comisión de Libertad de Prensa e Información de la Sociedad Interamericana de Prensa. (Nota de los editores.)

Variables	Indicadores	
<p>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.</p>	<p>Inexistencia o derogación de normas que exijan la colegiación obligatoria o la titulación para el ejercicio del periodismo.</p>	<p>La Ley de colegiación obligatoria en Guatemala fue impugnada en el caso de los periodistas y esta profesión quedó excluida. (año 2003)</p>
	<p>Desarrollo jurisprudencial que garantice este principio.</p>	<p>Corte de Constitucionalidad. Año 2003</p>
<p>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.</p>	<p>Inexistencia o derogación de normas que impongan condicionamientos previos.</p>	<p>No existe en Guatemala</p>
<p>Principio 8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.</p>	<p>Reconocimiento constitucional o legal del derecho al secreto profesional del periodista.</p>	<p>No hay protección específica, pero hasta el momento no hay antecedentes en contra de periodistas.</p>
	<p>Jurisprudencia que garantice el respeto al secreto profesional del periodista.</p>	
<p>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.</p>		<p>El único asesinato que se registra es el de Myrnor Alegría, un periodista radia asesinado en la localidad de Puerto Barrios, al norte del país. La investigación apunta a que el alcalde de la comunidad es el autor intelectual. Hay juicio contra los autores materiales y orden de captura para el ex funcionario, quien está desaparecido.</p>
		<p>Múltiples amenazas e intimidaciones en contra de periodistas, la más destacada, la del periodista José Rubén Zamora, quien fue amedrentado junto a su familia. (ver informe de Guatemala)</p>
	<p>No reporte de casos de destrucción de material de medios de comunicación.</p>	<p>No hay</p>
	<p>Investigación por parte de las autoridades judiciales de los casos mencionados.</p>	<p>Hay investigaciones en marcha, específicamente en el caso de Zamora. Las amenazas casi siempre quedan sin investigarse.</p>
	<p>Existencia de condenas a los responsables.</p>	<p>Pendiente.</p>

continúa en la página siguiente

Variables	Indicadores	
<p>Principio 10.</p> <p>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.</p>	<p>Exclusión de la sanción penal para la protección de la reputación de funcionarios públicos o personas públicas en casos de asuntos de interés público.</p>	<p>No hay casos vinculantes</p>
	<p>Posibilidades de consideración en sede civil de la intención del comunicador de infligir daño o de haber actuado con un grosero menosprecio por la verdad.</p>	<p>No hay casos</p>
<p>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 "<i>leyes de desacato</i>" atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.</p>	<p>Derogación de las leyes de desacato.</p>	<p>El artículo 35 y la Ley son suficientes para el eficiente ejercicio de la labor periodística en estos casos. (Buen respaldo legal para la prensa)</p>
<p>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.</p>	<p>Existencia de leyes antimonopólicas de acuerdo con este principio.</p>	<p>La Constitución dice que no debe haber monopolios. No hay ninguna ley que regule esto y en la práctica se permiten los monopolios y las prácticas monopolísticas.</p>
	<p>Posibilidad de aplicación de criterios democráticos en la asignación de frecuencias radioeléctricas.</p>	<p>No hay criterios democráticos. La ley facilita la concentración de medios.</p>
<p>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.</p>	<p>No reporte de casos de utilización de utilización de medios indirectos de censura.</p>	<p>La concesión de frecuencias con estos fines se dio en el pasado. En la actualidad van a un sistema de subasta.</p>
	<p>Existencia de normas de control de uso de fondos públicos que puedan aplicarse en contra de este tipo de prácticas.</p>	

El estado de la libertad de expresión en Honduras

*Rigoberto Cuéllar Cruz*¹

Introducción

Sin duda, la importancia de la libertad de expresión supera la que ya se deriva de su condición de derecho fundamental, toda vez que debe considerarse a la misma como una libertad pública que forma parte de los principios esenciales de todo Estado social y democrático de derecho.

Cabe reconocer que en Honduras el ejercicio efectivo de dicho derecho se ha propiciado de mejor manera y en mejores condiciones a partir del fin de los últimos regímenes militares que prevalecieron durante el desarrollo político-social de la nación durante la doctrina de seguridad implementada en la década de los ochenta, donde cualquier opinión disidente era calificada, automáticamente, como subversiva. Cabe destacar, sin embargo, que durante dicho período histórico se llegó a reconocer internacionalmente la importante labor realizada por medios de comunicación a favor de la libertad de expresión y que, incluso, llegó a traducirse en denuncia pública los delitos cometidos por los

¹ Doctor en Derecho por la *Universitat Jaume I* de Castellón, Valencia, España. Catedrático de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en los cursos de postgrado y maestría en Derecho Penal y Procesal Penal de las universidades: Nacional Autónoma de Honduras y Centroamericana de Nicaragua. Actualmente es director del Centro de Capacitación del Honorable Colegio de Abogados de Honduras.

entes de seguridad del Estado contra derechos y garantías fundamentales de ciudadanos considerados como opositores del régimen de seguridad establecido. Denuncias que, posteriormente y especialmente a partir del nacimiento del Ministerio Público como institución autónoma en el año de 1994, se materializaron en causas criminales en contra de elementos policiales y militares. Muchas de estas denuncias aún se encuentran pendientes de resolución.

Por ejemplo, Álvarez de Miranda² en su informe sobre la Administración de Justicia en Honduras durante la referida década de los ochenta, se expresaba en los siguientes términos: *La libertad de los medios de comunicación sigue siendo uno de los orgullos de este país*. Si bien, el propio autor advertía desde entonces lo que continuaría constituyendo, hasta el presente, el principal obstáculo a la realización de un auténtico derecho a la información en nuestro país: *No hay que desconocer la existencia de posibles relaciones de dependencia, al menos de periodistas concretos, e incluso de algún periódico, a parte de la natural sumisión al grupo empresarial al que pertenezcan*.

No obstante lo anterior, y sin menoscabo de reafirmar que la situación de la libertad de expresión en Honduras ha alcanzado en la actualidad índices aceptables en cuanto a su ejercicio material, éste representa aun un reto inacabado.

El derecho fundamental a la libertad de expresión: encuadre constitucional

La Constitución hondureña, en su artículo 72, reconoce el derecho a la libre emisión del pensamiento en similares términos a los utilizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, al declarar que *es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o*

² Álvarez De Miranda, Fernando, "Los Derechos Humanos en Centro América", pp.249-277. En: *Los Derechos Humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*, Cortes de Castilla y León, España, 1994.

indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

Tal como se concibe el precepto constitucional anterior, se derivan dos consecuencias relevantes. Por una parte, la consagración de la libertad de emisión de pensamiento como derecho fundamental, digno por tanto de una máxima protección por parte del Estado; y, por otra parte, un derecho fundamental que debe ser garantizado en su ejercicio a favor de todo ciudadano por igual, y oponible frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté fundada en ley, e incluso frente a la propia ley, si ésta fija límites distintos de los que contempla la Constitución en menoscabo de su efectivo ejercicio.

No obstante lo anterior, cabe reconocer que, en la práctica judicial, dicho artículo constitucional ha encontrado efectividad de forma unilateral en una sola de sus exigencias, esencialmente en su declarada responsabilidad ante la ley para quienes *abusen de dicho derecho*; pero no en su igualmente declarada protección legal en contra de quienes *por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones*. Extremo que resulta fácilmente comprobable ante la inexistencia de procesos judiciales por la última y, en contraste, el creciente número de procesos criminales en contra de periodistas con relación a la primera, muchos de los cuales han resultado con sentencias condenatorias. Tema sobre el cual volveremos más adelante.

Reconocida la proclamación general a favor de la libertad de expresión contemplada en el artículo constitucional visto, lo cierto es que la propia norma fundamental, esta vez en su artículo 75, excluye su carácter de derecho fundamental absoluto o ilimitado al prever posibles restricciones a favor de otros intereses generales, al establecer que *la ley que regule la emisión de pensamiento podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y culturales de la sociedad, así como los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud.*

Al respecto, cabe evidenciar, de entrada, una aparente contradicción entre lo declarado por el artículo 72 constitucional, que establece literalmente que *es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura.*; y lo declarado por el artículo 75, al afirmar que *la ley que regule la emisión de pensamiento podrá establecer censura previa*. Entrando igualmente en contradicción el citado artículo 75 con la máxima declarada en el artículo 13, numeral 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que literalmente establece que *el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*. La propia Ley de Emisión de Pensamiento se inclina por el respeto a la no censura previa, en los siguientes términos: *Todo habitante de la República podrá libremente, sin censura previa, expresar su pensamiento, dar y recibir información y discutir sus opiniones o las ajenas, por medio de la palabra escrita o hablada o por cualquier otro procedimiento gráfico, oral o visual*.

Por otro lado, y pese a la aparente intención constitucional de relacionar la censura con el ánimo de proteger los valores morales, la cultura, la infancia y la juventud, la falta de objetivización legal de dichos términos jurídicos indeterminados (valores morales y culturales), sumado a la protección de *derechos de las personas*, amplían peligrosamente el espectro de censura, de tal forma que, de no respetarse una fórmula interpretativa, tanto legislativa como jurisdiccional, necesariamente restrictiva de tan amplios conceptos, se corre el peligro de negar la efectividad del derecho mismo. Riesgo que es igualmente asumido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al utilizar, en su artículo 13, numeral 2, conceptos similarmente indeterminados como fundamento, si bien *a posteriori*, de posibles censuras, como los de *respeto a los derechos o a la reputación de los demás*; o, *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud*.

En atención a lo antes aseverado, habrá que sostener la correcta ausencia de una preestablecida jerarquía de

derechos fundamentales, sin menoscabo de que, en casos determinados y atendiendo a sus circunstancias particularizadas, pueda llegarse a la conclusión de la prevalencia de unos sobre otros, efectuada una obligatoria ponderación de los derechos en conflicto.

Ahora bien, admitida la naturaleza limitable del derecho fundamental a la libertad de expresión, no resulta menos cierto que para que tales injerencias en su pleno ejercicio resulten legítimas y “constitucionalmente tolerables”, éstas deben ceñirse al cumplimiento de una serie de estrictas condiciones, entre ellas y de especial importancia, las de estar expresamente fijadas por la ley. Asegurándose de esta forma, tal y como aparece previsto en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el respeto a otros derechos y valores igualmente relevantes, como efectivamente pueden ser, entre otros, la reputación, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la propia moral pública.

En este sentido, cualquier injerencia que no respete la mencionada reserva de ley, constituye, de conformidad a nuestra legislación y a la Convención, una directa y constatable vulneración al derecho fundamental de libertad de expresión.

Expuesto lo anterior y demostrado el reconocimiento constitucional general a favor de la libertad de expresión, resta ahora examinar si la normativa ordinaria referente a la materia es coherente y respetuosa con dichos límites constitucionales.

Normativa ordinaria

Ley de libre emisión de pensamiento

Cabe señalar, como primer aspecto relevante, que dicha normativa es muy anterior al régimen constitucional actual³;

³ La Constitución Política de Honduras es de 1982 y la Ley de Libre Emisión de Pensamiento es de 1958.

pero, curiosamente, efectúa un desarrollo mucho más amplio del derecho a la libertad de expresión que la propia Constitución, la cual, como hemos visto, en realidad se limita únicamente a su enunciación, con las contradicciones evidenciadas en el acápite anterior.

Al contrastar los parámetros fijados por dicha Ley con los establecidos por la Convención a lo largo del desarrollo de su artículo 13, encontramos que ambas normativas son, en términos generales y esenciales, compatibles.

Observamos que la Ley de Libre Emisión de Pensamiento, en su artículo 2, regula el derecho a la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones. Entre ellas: la libertad en la exteriorización de opiniones, en la investigación para recabar información y en la difusión de las mismas. Manifestaciones de un derecho general a la libre emisión de pensamiento que, al igual que aquél, no resultan del ejercicio ilimitado o de naturaleza absoluta, pudiendo igualmente ser sometidas a ciertas restricciones.

Por otro lado, y de manera similar a la Convención, la citada Ley regula el derecho a la libertad de expresión en un sentido global, es decir, desde el reducido ámbito individual, hasta el campo de los medios de comunicación masiva, que es donde se manifiesta con mayor incidencia práctica y general este derecho.

Con referencia a este último aspecto, cabe destacar que en Honduras, a partir del primer régimen constitucional presidencial de 1982, después de una década de regímenes militares, los medios de comunicación social se han expandido a lo largo del territorio nacional, produciéndose con ello una constatable descentralización que ha dado lugar al surgimiento de diversas empresas, tanto en lo relativo a medios escritos y radiales, como televisivos. No obstante, lo que no resulta halagador es el poco grado de independencia de muchos medios de información con relación al gobierno de turno y a las fuerzas políticas y económicas del país en general.

Se refleja la innegable existencia de un monopolio en la propiedad de la mayoría de medios de comunicación, o cuando menos de los más importantes, que genera una estrecha vinculación con los poderes políticos y económicos tradicionales⁴, sirviendo, por ende, como instrumentos de manipulación para alimentar aspiraciones políticas o para intentar truncar la de contrarios.

De esta forma, si bien no se produce una vulneración del derecho de libertad de expresión *stricto sensu*, sí se reduce indirectamente su efectivo ejercicio al limitar una de sus manifestaciones principales, como sin duda lo es el derecho a la información, básico en un Estado democrático de derecho y del cual son sujetos o titulares no sólo los profesionales del periodismo, sino todos los ciudadanos.

Lo anterior abre la posibilidad de que dicho monopolio de medios de lugar a potenciales restricciones o condicionamientos por razones de conveniencia política o intereses particulares o de grupo sobre la información que se transmite. Lo que conlleva, como consecuencia directa e inmediata, a la falta de formación adecuada de la opinión pública, sacrificándose de esta manera la información libre a que tiene derecho todo ciudadano.

Con respecto a la vinculación de los medios de comunicación con el gobierno de turno, en los últimos años se ha convertido en práctica generalizada el idear e implementar métodos indirectos de restricción a la libertad de expresión, usualmente mediante compensaciones de carácter económico. Entre éstas, especialmente la de asignar, discrecional y metódicamente, publicidad oficial a favor de medios de comunicación dispuestos a respaldar las políticas establecidas o particularmente a las personas que las ejecutan, o al menos dispuestos a callar y no criticarlas

⁴ De los 11 principales medios de comunicación escritos y televisivos del país, son propietarios exclusivos un reducido grupo de cinco personas, las cuales, en su gran mayoría, tienen intereses políticos manifiestos, hasta el grado de incluir dentro de los mismos a ex presidentes y candidatos presidenciales.

abiertamente. Sancionando, por el contrario, a aquellos medios que no están dispuestos a colaborar⁵.

Por otro lado, el denunciado oligopolio que controla las políticas informativas, últimamente se ha fortalecido, principalmente a través de pactos en el seno de la denominada Asociación de Medios de Comunicación, conformada, a su vez, por parte decisiva del poder político y económico del país.

De esta forma, se tiende a limitar ambos derechos, expresión e información, al no propiciarse un ámbito amplio y transparente para un verdadero debate ideológico, pues los medios de comunicación incumplen voluntariamente su papel protagónico, no como simples transmisores de noticias, sino como auténticos difusores de ideas diversas, e incluso contrapuestas, que indiscutiblemente contribuyen de manera decisiva a formar una opinión libre, sin la cual difícilmente podría llegar el ciudadano a ejercitar, con pleno conocimiento y efectividad, sus derechos políticos y sociales, o a optar por una participación activa y responsable en los asuntos públicos. Actividades legítimas cuyo fomento debería constituir una constante en un Estado democrático de derecho.

Concluyendo que si realmente se quiere servir con profesionalismo a ese interés público de formación de opiniones, propios de una sociedad plural y democrática, debe superarse el prevalente fin político que mueve a numerosas empresas periodísticas en Honduras.

Código Penal

El derecho penal puede condicionar el ejercicio de la libertad de expresión, mediante el establecimiento de límites

⁵ Ejemplo de lo anterior, es el caso en que el actual Presidente de la República ordenó la suspensión de la publicidad oficial de la revista *Hablemos Claro*, así como del noticiero *Abriendo Brecha*, ambos propiedad del periodista Rodrigo Wong Arévalo por publicar un artículo en el que se sostenía que la destitución de la titular, en aquél entonces, del Ministerio de Cultura, Arte y Deporte respondía a exigencias, por motivos de celos, de la Primera Dama.

legales a su efectivo desarrollo; y ello, dado que, desde luego, la afirmación generalmente aceptada en cuanto a su posición preferente, no significa necesariamente que todo el ámbito de su ejercicio resulte inmune a cualquier clase de limitante.

De esta forma, si bien en algunos supuestos la ley penal puede efectivamente llegar a limitar la libertad de expresión, no resulta menos cierto que ésta también se constituye en el marco legal para la tutela de otros derechos igualmente relevantes.

Profundizando en esta idea, puede llegar a sostenerse que la propia libertad de expresión puede constituirse no sólo en un derecho potencialmente capaz de ser restringido a favor de la eficacia de otros, sino también, en marco negativo o limitante para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Por ejemplo, en lo que respecta al honor, la correcta tutela de este derecho conlleva la necesidad de respetar igualmente el contenido esencial de la libertad de expresión, lo que se traducirá en la no punición de opiniones vertidas sobre cuestiones públicas que no supongan injurias absolutas; esto es, descalificaciones innecesarias de la persona, con absoluto desprecio a su dignidad, cuyo acontecimiento conllevaría las posibilidades de una sanción penal (artículo 157 del Código Penal); mereciendo una pena mayor, en el caso que dichas descalificaciones personales se hiciesen en forma o por medios de divulgación pública, constituyendo, en este caso, el delito de difamación (artículo 160 del Código Penal).

Especial referencia merece la regulación que sobre el delito de desacato aún realiza nuestro Código Penal, específicamente en su artículo 345, capítulo I, título XIII, referente a los delitos contra la Administración Pública: *Se sancionará con reclusión de dos (2) a cuatro (4) años, a quien amenace, calumnie, injurie, insulte o de cualquier modo ofenda en su dignidad a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de sus funciones, ya de hecho, de palabra o por escrito. Si el ofendido fuere el Presidente de la*

República o alguno de los altos funcionarios a que se refiere el artículo 325 anterior, la reclusión será de tres a seis años.

Al respecto, resulta evidente que los sujetos pasivos, en todos los distintos supuestos previstos por la norma, han de ser necesariamente autoridades, sus agentes o, finalmente, cualquier funcionario público. De lo que se colige que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos no puede ser otro que la honorabilidad, dignidad y prestigio mismo de las autoridades públicas.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la dignidad de la Administración Pública, representada a través de sus funcionarios, no es contentiva de un valor superior a la de cualquier ciudadano y, por ende, no resulta merecedora de un grado de protección mayor o especial. Por lo tanto, la protección penal de los ataques al derecho al honor y a la dignidad que pudieran recibir tanto particulares como funcionarios públicos, debería ser sustancialmente idéntica. Sostener lo contrario, llevaría a una situación jurídica contraria al principio constitucional de igualdad, estableciéndose de hecho una discriminación constitucionalmente injustificada desde todo punto de vista.

Así lo han comprendido tanto la Fiscalía General hondureña, cuando en el mes de octubre del año 2003 interpuso recurso de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional para su derogación; como la Corte Suprema de Justicia, la cual, sin hasta la fecha haber resuelto sobre el referido recurso de inconstitucionalidad, se pronunció favorablemente en esa dirección, con motivo de consulta elevada a ese poder del Estado por parte del Congreso Nacional a raíz de una moción presentada por uno de sus diputados. Moción que actualmente espera para su aprobación y a que la comisión nombrada por el Congreso Nacional, encargada de Asuntos Judiciales, emita su respectivo dictamen e informe.

Cabe destacar que en su pronunciamiento a favor de la derogación del delito de desacato en Honduras, relacionándolo con la libertad de expresión, la Corte Suprema de

Justicia se basó en la idea de que dicha figura propiciaba el reconocimiento de “clases privilegiadas”, creando con ello desigualdades entre los hondureños al proteger a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, *dado que en un gobierno democrático la transparencia en el ejercicio de las funciones públicas debe ser la regla como modo de organización administrativa en torno al deber de responder por la gestión pública confiada, no necesitando más protección a los bienes jurídicos que puedan lesionar en su gestión, que las establecidas en otras figuras penales, no violándose en consecuencia con la derogación del artículo en mención, ninguna garantía, principio o derecho Constitucional.*

Coincidiendo de esta forma con la consolidada doctrina, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que los funcionarios públicos lejos de merecer una mayor protección, deben estar abiertos de una forma más amplia a la crítica pública.

Por su parte, el proyecto de nuevo Código Penal, actualmente en discusión en el Congreso Nacional, suprime definitivamente el delito de desacato, regulando exclusivamente los de injuria y calumnia; considerándose como una infracción perseguible únicamente a instancia privada, sea quien sea el sujeto pasivo de la misma. De cualquier manera no se desconoce de forma total una cierta distinción en atención a la calidad pública del ofendido.

El referido proyecto, en su artículo 213, literalmente establece que *cuando la injuria tenga como sujeto pasivo a un funcionario o servidor público, por hechos relacionados con su cargo, la persona que pruebe la veracidad de la imputación estará exenta de punibilidad.* Evidenciándose la persistencia de una especie de *probatio diaboli*, o inversión de la carga de la prueba, en perjuicio de la persona procesada por estos tipos penales.

Extremos que abiertamente contradicen el principio 10 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que al

efecto establece que *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 esos casos debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo la 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.*

Sistema procesal penal

Como premisa, debe evidenciarse que en Honduras actualmente coexisten dos diferentes sistemas procesales penales: uno, de corte eminentemente inquisitivo, vigente desde el año de 1984 y aún aplicable a causas iniciadas bajo su procedimiento; y, otro, de corte predominantemente acusatorio, vigente desde febrero del año 2002.

El Código de Procedimientos Penales de 1984, aún de aplicación obligatoria en causas tramitadas antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal del 2002, establece en su artículo 174 que *las diligencias del sumario serán públicas exceptuando aquéllas que sea necesario mantener en secreto para preservar los intereses de la justicia.*

No obstante, la aparente claridad y contundencia de lo prescrito por la norma procedimental anterior, lo cierto es que en ella se proclama una pretendida, pero ilusoria, garantía de publicidad de difícil, sino imposible, concreción práctica; y ello, dada la innegable realidad que todo procedimiento escrito conduce, irremediabilmente, a la secretividad.

En este sentido, al establecerse la publicidad de las actuaciones judiciales dentro de un sistema predominantemente escrito, dicha declaración de publicidad viene

referido a un alcance limitado únicamente y, por regla general, a las partes directamente intervinientes en el proceso. Debiendo admitirse al respecto que, aún en referencia a este reducido ámbito de efectividad, dicha garantía de publicidad resulta un principio de difícil cumplimiento material, lo que se traduce en un atentado directo al principio de contradicción como elemento básico para el derecho de defensa, así como para el correcto desarrollo de un proceso penal auténtico.

En lo que respecta a la ciudadanía en general, en cuyo nombre e interés cabe recordar se imparte justicia, bajo este sistema procedimental la publicidad no es más que una falacia, pues los trámites efectuados en los juzgados y tribunales, como sería la presentación de solicitudes y resoluciones judiciales, no pueden ser presenciados públicamente.

No obstante, y salvo que en el correspondiente proceso se haya decretado judicialmente la secretividad de las actuaciones, en principio debe entenderse como permitida la publicidad a través de los medios de comunicación de actos procesales concretos y de su contenido. Si bien, y con mucha mayor razón en estos casos, debe denunciarse un dificultoso acceso a la información, la cual debe obtenerse mediante “tácticas informales” y muchas veces de dudosa legalidad.

Con la reforma procesal penal del 2002, el problema de la publicidad queda en gran parte superado para convertirse en una realidad, ya que la oralidad, como principio procedimental que rige su desarrollo, supone y permite de mejor manera su efectividad (artículo 308 CPPH).

Sobre este principio procedimental cabe distinguir, nuevamente, entre una publicidad dirigida estrictamente hacia y para las partes, a fin de promover y garantizar el principio de contradicción o audiencia como único medio para evitar indefensión, y una publicidad de alcance mucho más general, orientada hacia la sociedad en general, así como a los medios de información social, como fórmula de

fiscalización pública en la gestión de la administración de justicia.

De esta forma, y como sostiene Andrés de la Oliva Santos, *la publicidad de las distintas actuaciones procesales se erige en una verdadera garantía que resulta singularmente intensa y necesaria cuando en el proceso penal se ventila alguna causa que importa a la generalidad de los ciudadanos*⁶.

Igualmente se admite que, en atención a valores y derechos que dadas las particularidades de una determinada causa pudiesen verse en riesgo por la publicidad, se justifique la restricción en cuanto al acceso al juicio por terceros. Situación que, en primer lugar, requerirá de una resolución judicial debidamente motivada; y, en segundo lugar, ciertamente representará la excepción a la regla general de la publicidad de los procesos penales.

Así, el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 308, prevé cinco diferentes supuestos en los que el órgano jurisdiccional, motivada y excepcionalmente, puede llegar a considerar la necesidad de que la causa se ventile, total o parcialmente, en forma privada para el público:

- a) Afecte directamente el honor, la intimidad personal o familiar o la vida privada de la víctima o de cualquiera de los testigos;
- b) Ponga en peligro la vida o la integridad física de cualquiera de los miembros del tribunal de sentencia, de las partes o de alguna de las personas autorizadas para participar en el juicio;
- c) Ponga en peligro un secreto oficial o privado que amerite protegerse;

⁶ De la Oliva Santos, Andrés, Díez Picazo y Vega Torres, *Derecho Procesal. Introducción*, Centro de Estudios Areces, Madrid, España, 1999, p. 78.

- d) Pueda alterarse el orden público, y
- e) El testigo sea menor de 18 años.

Restricciones acordes con lo prescrito en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como con el artículo 8, numeral 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Instrumentos que han sido suscritos y ratificados por el Estado hondureño y que por ello forman parte de su ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, la no delimitación de conceptos jurídicos indeterminados como los de “secreto oficial”, “secreto privado” u “orden público”, podría propiciar lecturas extensivas de los mismos y con ello restricciones injustificadas al principio de publicidad y al necesario control social que a través del mismo se promueve, como garantía a la transparencia con que debe ejercitarse la función jurisdiccional. De ahí la importancia en cuanto a la exigencia de debida motivación en la resolución judicial que estime y ordene la secretividad de las actuaciones procesales, especialmente en lo concerniente a la etapa de debate o juicio.

El verdadero conflicto surge al intentar equilibrar, por una parte, la protección que la publicidad provee a las partes al evitar una justicia sustraída del control público, así como de la confianza que dicha publicidad promueve en la ciudadanía a través de una administración de justicia transparente; y, por otra, la salvaguarda de otros derechos individuales que en determinados casos no pueden sacrificarse a favor de un pretendido interés general.

Otros aspectos de interés con respecto a la libertad de expresión en Honduras

Efectuado el encuadre normativo, tanto ordinario como constitucional, resta ahora hacer algunas aseveraciones puntuales con respecto a la efectiva vigencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Honduras.

Procesos penales en contra de periodistas

Sobre el tema, debe destacarse que hasta inicios del año 2004 no existían procesos pendientes en contra de profesionales del periodismo promovidos por funcionarios públicos. Lo que no se traducía necesariamente en ausencia de un condicionamiento del derecho a la información en su doble sentido de proporcionar y recibir la misma, dada la comprobada existencia de monopolios en la propiedad de los medios de comunicación y la estrecha relación entre éstos con determinados grupos políticos y económicos del país.

No obstante, desde entonces hasta la fecha, se ha producido un creciente número de causas, por parte de funcionarios públicos o empresarios vinculados a grupos de poder político, en contra de comunicadores sociales por los delitos de difamación constitutivas de injurias o calumnias.

Entre éstas resaltan especialmente las siguientes⁷.

- a) Proceso penal contra el comunicador social Renato Álvarez, incoado por un ex diputado del Partido Nacional de Honduras, Julio Eduardo Sarmientos, y concluido mediante sentencia condenatoria de dos años y ocho meses de reclusión; si bien se otorgó la suspensión condicional de la pena impuesta⁸.

⁷ Además de los descritos, enfrentan procesos penales por su labor periodística los siguientes comunicadores sociales: Sandra Maribel Martínez, Rosanna Guevara y Sandra Moreno, entre otros.

⁸ Cabe destacar que, dentro de la motivación judicial que fundamentó la sentencia condenatoria, el Tribunal se basó, entre otras doctrinas, en el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, aunque no de forma expresa, en la doctrina de la real malicia, al expresar que *conforme a los criterios mencionados para la determinación de la naturaleza contenido y límites del deber de diligencia del periodista, debemos afirmar que Renato Álvarez Vásquez, en lo que respecta al caso en concreto, no observó ni siquiera el mínimo de aquel deber como informador responsable, pues dada la naturaleza de la información difundida, la cual según él era de trascendencia nacional, con cuya difusión, además del derecho al honor, podría estar lesionando el derecho al estado de inocencia, era menester que el deber de diligencia se observará en su "máxima intensidad", estando obligado a realizar una verificación estricta y exhaustiva de aquella....*

- b) Proceso penal contra el comunicador social Adolfo Hernández, incoado por el presidente de la Asociación de Agencias de Publicidad de Honduras, Fernando Más, y concluido mediante sentencia condenatoria de tres años de reclusión. Actualmente dicha sentencia se encuentra en recurso de casación.
- c) Proceso penal contra el comunicador social Adolfo Hernández, incoado por el viceministro de Gobernación, Carlos Alejandro Pineda, y concluido mediante conciliación en la que el comunicador se retractó y se disculpó públicamente por las aseveraciones vertidas.
- d) Proceso penal en contra de los comunicadores sociales Rodrigo Wong Arévalo y Yuri Mora, incoado por el empresario (propietario de un medio escrito y otro televisivo) y político (actualmente precandidato presidencial) Jaime Rosenthal Oliva, mismo que aún se encuentra pendiente de resolución.
- e) Proceso penal en contra del comunicador social Rodrigo Wong Arévalo, incoado por el ex presidente de la República y actual presidente de la Federación Nacional de Fútbol, Rafael Leonardo Callejas, concluido mediante conciliación en la que el comunicador se retractó de sus aseveraciones y solicitó disculpas públicas.

Atentados en contra de periodistas

Por otra parte, y agregado al creciente número de procesos penales en contra de periodistas, resultan preocupantes los recientes casos de asesinatos y amenazas a comunicadores sociales, los cuales, en su enorme mayoría, continúan sin respuesta por parte del sistema de justicia penal hondureño.

Así, entre otros, el asesinato ocurrido en el mes de noviembre del año 2003, contra el periodista Germán Antonio Rivas, director de la corporación *Maya Visión*, Canal 7, con sede en la ciudad de Santa Rosa de Copán.

Hasta la fecha las autoridades no han llegado a determinar, ni la identificación de los perpetradores, ni los

motivos del hecho, aunque forman parte de las hipótesis policiales las investigaciones periódicas que éste realizaba sobre el contrabando de café y ganado en la frontera con Guatemala, así como el vertido de cianuro en el río Lara por parte de una empresa privada minera.

Igual mención merece, como atentado directo a la libertad de información, el caso del periodista Carlos Ismael Galeas, director de los noticieros de radio *San Miguel*, del Municipio de Marcala, Departamento de la Paz, quien fue objeto de amenazas por parte de funcionarios públicos al revelar, a finales del año pasado, el testimonio de un oficial de policía quien implicaba a sus superiores en la comisión de delitos de contrabando de café en la zona.

Finalmente, resalta el atentado realizado durante el mes de octubre del año pasado en contra de las instalaciones del diario *La Tribuna* de la Ciudad de Tegucigalpa, supuestamente perpetrado por elementos policiales quienes dispararon, desde un automóvil en movimiento, contra sus oficinas administrativas y de redacción. Dicho atentado sucedió en momentos en los que el referido periódico se encontraba publicando una serie de reportajes de investigación sobre operaciones ilícitas planificadas por supuestos grupos del crimen organizado operando desde la Penitenciaría Nacional, con la aparente complicidad de las propias autoridades penitenciarias, dependientes del Ministerio de Seguridad.

Al respecto, y después de haberse prometido por parte del actual ministro de Seguridad, Oscar Álvarez, una investigación exhaustiva sobre el incidente, lo único que existe es un informe policial que indica que dicho evento fue contingencial y no premeditado, como resultado de la negligencia de un policía uniformado a quien accidentalmente se le disparó su arma reglamentaria mientras la revisaba desde la cabina de un vehículo en movimiento y justo en el momento en que transitaban frente a las oficinas del referido medio escrito.

Esta versión no fue admitida como válida ni creíble por parte de los directivos del medio escrito, quienes denunciaron que el supuesto autor de los accidentales disparos nunca fue citado, ni ante las oficinas Ministerio Público, ni ante la Dirección General de Investigación Criminal.

Colegiación obligatoria

La Ley Orgánica de Periodistas en Honduras, establece la obligatoriedad en la colegiación de dichos profesionales, como requisito previo para el ejercicio de esta función, dándose a conocer públicamente denuncias efectuadas contra personas que, sin estar legítimamente colegiadas, ejercen la función periodística.

Al respecto, resulta evidente que dicha normativa ordinaria, de conformidad a la opinión consultiva OC-5/85 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, violenta el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

No obstante, el Estado hondureño hizo caso omiso de la observación formulada en tal sentido por el Relator para la Libertad de Expresión de la CIDH-OEA, quien en su informe de abril del año 2001, denunció la limitación que dicha exigencia significa para la profesión periodística en Honduras.

Por el contrario, el Congreso Nacional ratificó dicha exigencia de colegiación al aprobar en el mes de mayo del año 2001 una reforma a la Ley del Colegio de Periodistas de Honduras (el cual funciona desde el año de 1979), en la que se establece que formarán el Colegio de Periodistas de Honduras los graduados en periodismo de las universidades del país o del extranjero cuyo título haya sido reconocido por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, y los graduados de profesiones afines que llenen los requisitos que el Colegio establezca y que así lo manifiesten, estableciendo que solamente los miembros del Colegio de Periodistas de Honduras podrán ejercer el periodismo profesional en el territorio nacional, creando sanciones pecuniarias contra

aquellos que ejerzan el periodismo profesional sin estar inscritos en dicho colegio profesional, y sancionando a aquellas empresas que contraten personas ajenas a la profesión.

Como antecedente, cabe destacar que en septiembre de 1999, el Colegio de Periodistas de Honduras presentó ante las oficinas del Ministerio Público una denuncia criminal por usurpación de títulos y ejercicio ilegal de la profesión en contra de 152 comunicadores sociales. Ésta fue desestimada semanas más tarde por la Fiscalía Especial de Derechos Humanos y su archivo confirmado por la Dirección General de Fiscalía, utilizando como fundamento principal la citada opinión consultiva que sobre la colegiación obligatoria de periodistas emitió la Corte Interamericana de los Derechos Humanos el 13 de noviembre de 1985.

Simultáneamente a la citada reforma legislativa, el Colegio de Periodistas de Honduras intensificó su campaña de persecución contra comunicadores sociales que ejercen sin tener licencia extendida por ellos o bien por estar en condición de morosidad con la institución gremial. Así, el 8 de junio del 2001, el Colegio de Periodistas de Honduras publicó en un periódico nacional un listado de periodistas suspendidos en el ejercicio de la profesión por causales de morosidad. Otro listado se publicó el 18 de septiembre de ese mismo año.

Distribución de frecuencias comunitarias

En cuanto a la situación legal de las denominadas radios comunitarias en Honduras, cabe destacar que, hasta el año de 1996, la responsabilidad en la asignación de frecuencias radiales en Honduras correspondía a la Empresa Hondureña de Telecomunicaciones (HONDUTEL), gerenciada y administrada en aquel entonces por las Fuerzas Armadas. Por lo que podemos afirmar que las asignaciones de dichas frecuencias respondían a intereses o preferencias de tipo político y económico sectoriales.

Desde 1996 hasta la fecha, y por disposición de la denominada Ley Marco del Sector de Telecomunicaciones, creada por Decreto 185-95 del 31 de octubre de 1995, es la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones (CONATEL) la encargada de regular todo lo relacionado con las bandas de frecuencia de radio difusión (radio y televisión, así como de telefonía celular).

En este sentido, y como crítica general en cuanto a la efectiva instauración de radios comunitarias en Honduras, podemos sostener que el sistema establecido por dicha Comisión para conceder el otorgamiento de autorizaciones en el uso de frecuencias no es el adecuado para propiciar un verdadero ejercicio de la libertad de expresión y de información, dado que éste se sustenta en el sistema de subastas sobre la base de la mejor oferta.

Esta situación legislativa predispone un marco de desigualdad competitiva en perjuicio de sectores populares de condición económica desfavorable, y a favor de grupos monopólicos, pudiendo llegar a constituir un medio indirecto de restricción a la libertad de expresión, a la luz del artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al efecto establece 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*⁹.

El acceso a la información pública y oficial

Finalmente, cabe denunciar la falta absoluta de legislación que regule el acceso a la información pública u oficial, existiendo únicamente en la actualidad una breve referencia

⁹ Preocupación que en idéntico sentido fue compartida por los comparecientes al foro que sobre la libertad de expresión se celebró en Tegucigalpa el 20 de febrero del 2003, auspiciado por el Foro para el Fortalecimiento de la Democracia, la Fundación Luz y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

al derecho de *habeas data* en un proyecto de ley, aún no aprobado, denominada “Ley Sobre Justicia Constitucional”, en el cual literalmente se expresa: *La acción de amparo tiene como finalidad 1)...2)...3)...4) Garantizar el Habeas Data o derecho a la información, asimismo al honor, a la intimidad personal, y a la propia imagen; pero sin que hasta la fecha se haya procedido a formular una normativa que específicamente regule esta materia.*

La ausencia de regulación normativa sobre el acceso a la información pública y oficial propicia la violación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, que al efecto establece que *toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma, o sobre sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en base de datos, registros públicos o privados y, en caso de que fuese necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*

El estado de la libertad de expresión en México

*Balbina Flores Martínez*¹

Los medios, coadyuvantes del proceso democrático

El año 2000 marcó para los medios de comunicación en México una etapa histórica relevante. La alternancia política que inició ese año, difícilmente se hubiera producido sin una serie de transformaciones, lentas pero sucesivas, de los medios –en especial la radio y la prensa escrita, y en los últimos años también la televisión–. Estos cambios edificaron un espacio público de deliberación y crítica para construir una alternativa viable al poder establecido².

El papel de los medios de comunicación en el fortalecimiento de la democracia en México ha sido indispensable. El costo no ha sido menor. La necesidad de un cambio se dejó sentir desde hace por lo menos tres décadas y en este momento, si bien no se ha consolidado, sigue un proceso lento de desarrollo.

¹ Corresponsal de Reporteros sin Fronteras en México, 2000-2005. Reportera periódico Zócalo, 2000-2005. Coordinadora del Programa de Protección a Periodistas de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, AC, 2000-2003. Miembro de la Red Mexicana de Protección a Periodistas, 2000-2005. Integrante del equipo jurídico del Centro de Derechos Humanos “Fray Francisco de Vitoria, OP, AC, 1987-1999.

² Curzio, Leonardo, “Los medios y la democracia”, p.49. En: Instituto Electoral del Distrito Federal, *Democracia y medios de comunicación*, cuarto volumen, colección Sinergia, Ed. IEDF, septiembre de 2004.

El movimiento estudiantil de 1968 mostró con fuerza inusitada y masiva el reclamo democrático e hizo sentir la necesidad de un cambio político en el país. La masacre de Tlatelolco fue uno de los hechos que más agravaron a la sociedad y los medios guardaron silencio, con lo que quedó claro el control que había de la prensa, salvo algunas excepciones.

Los cambios empezaron a gestarse en ese momento y se dio paso a una sociedad más demandante. La elecciones de 1988 marcaron otro momento político importante en el país que, indudablemente, impactó en los medios que en ese entonces mantenían una relación de conveniencia con el poder, situación que poco a poco se fue modificando y fue gestando una sociedad más organizada y vigilante del quehacer de los medios. Los datos sobre el tratamiento que la prensa dio a las elecciones de ese año muestran una abismal iniquidad informativa³, que indudablemente influyó para fortalecer la necesidad de un cambio en la sociedad.

Es justamente a partir de esta dinámica de cambio que los medios comienzan un proceso de apertura que los lleva a sintonizarse mejor con la democratización general. Se abren en la radio espacios para distintas opiniones y comienzan a disolverse las barreras y las exclusiones que impedían a los ciudadanos conocer de primera mano el punto de vista de las diferentes fuerzas políticas.

Con estos antecedentes, no es mera casualidad que la expresión de la diversidad haya acabado por permear en los

³ Trejo Delarbre Raúl. Sobre la elección presidencial de 1988 encontró que el partido gobernante (PRI) recibió 55% del espacio concedido a las campañas electorales en los seis principales diarios del país, mientras que el Frente Democrático Nacional obtuvo el 17% y 12% el PAN. Pablo Arredondo, investigador de la Universidad de Guadalajara, afirma que en 1988 los noticieros de TV dieron al partido en el gobierno 91.7% del total de los espacios informativos, mientras que los demás contendientes ninguno alcanzó siquiera el 4% del tiempo de los noticieros. Woldenberg José. *Consolidación democrática y medios de comunicación*, cuarto volumen, colección Sinergia. Ed. Instituto Electoral del Distrito Federal, septiembre de 2004.

medios, y que las elecciones altamente competidas en México (2000) hayan tenido lugar justamente cuando la prensa, la radio y la televisión consiguieron abrirse a la pluralidad⁴.

Sin embargo, este proceso democrático no ha sido fácil. Varias fueron las expectativas que despertó el cambio de gobierno registrado el 6 de julio de 2000 en el ámbito político, económico y en materia de medios de comunicación.

Desde un principio, la relación de la prensa con el Ejecutivo se caracterizó por ser ríspida, por la descalificación, el reproche y el menosprecio al trabajo informativo de los medios, situación que no ha cambiado. La relación del poder político con la prensa, empezando por el Ejecutivo, inició con serias fricciones y en un año dejó claro que entre el presidente Vicente Fox y los medios, habría “una relación sin relación”, donde cada quien hace lo que puede⁵. En tan sólo doce meses se llegó al distanciamiento.

Con este panorama, los cambios en la relación de la prensa con el poder no han sido sustanciales y éstos sólo han tenido que reacomodarse a las nuevas condiciones políticas que vive el país, impuestas por la actual administración.

En un balance realizado en el año 2000 sobre la libertad de prensa, la Red Mexicana de Protección a Periodistas señala: *aunque el presidente Vicente Fox ha reiterado el respeto a la libertad de expresión, en los hechos el poder público se mantiene igual que en anteriores administraciones priístas, como el principal responsable de afectar e inhibir el ejercicio periodístico*⁶. Curiosamente, durante el primer semestre del año 2000, los medios electrónicos fueron los que más sufrieron agresiones.

⁴ *Ibidem.*

⁵ Carreño Marcela, “La relación de Vicente Fox con la Prensa. Del idilio al divorcio”. En: *Periódico Zócalo*, diciembre de 2001.

⁶ Crecieron 25% los actos de agresión contra periodistas en 2001. Ver: *Periódico Zócalo*, p. 11, mayo de 2002.

Marco jurídico de la libertad de prensa en México

Las bases del marco jurídico interno en materia de libertad de expresión, datan de 1811. En los *Elementos Constitucionales* (Artículo 29), elaborados por Ignacio López Rayón, quedaron de manifiesto las bases para el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión: *Aunque los diversos documentos fueron evolucionando de acuerdo con la época, se mantuvieron los principios fundamentales que actualmente tiene nuestra Constitución desde aquella época, que se refieren: a) el reconocimiento, protección de la libertad de expresión y manifestaciones más importantes como son el derecho a escribir y a publicar, como uno de los derechos fundamentales de especial trascendencia; b) la prohibición de la censura previa; c) estas libertades no eran absolutas sino que debían compatibilizar con otras libertades, entre las cuales se mencionaban: el honor de los ciudadanos, la vida privada, los derechos de terceros, así como la no perturbación del orden público y la provocación a algún crimen, entre otras*⁷. En el caso de México, la libertad de expresión y el derecho a la información, se incorporaron en la Constitución del 5 de febrero de 1917, en sus artículos 6 y 7⁸. A partir de esta fecha, el artículo 6 constitucional sólo ha sufrido una reforma para adicionarle una oración: *El Derecho a la información será garantizado por el Estado*. Así, México se incorporó a la corriente internacional de los derechos

⁷ Academia Mexicana de Derechos Humanos, AC, “Mecanismos nacionales, regionales e internacionales sobre libertad de expresión e información”, p.35. En: *Manual para periodista número 6*, enero de 2004.

⁸ Artículo 6: *La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, en el caso de que el ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público, el derecho a la información será garantizado por el Estado.* Artículo 7: *Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o*

humanos que había nacido en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹, y ratifica este mandato con su reconocimiento a la libertad de expresión como un derecho fundamental reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰.

En materia de libertad de expresión, una de las leyes más importantes es la Ley de Imprenta (9 de abril de 1917), vigente hasta nuestros días y considerada como reglamentaria de los artículos 6 y 7 constitucionales. También se han promulgado diversas leyes que hacen referencia principalmente al derecho a la información, contenidas en los siguientes ordenamientos jurídicos y decisiones judiciales¹¹.

impresores, ni coartar la libertad de imprenta que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que, so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que demuestre previamente la responsabilidad de aquellos. Ver: Mexicano ésta es tu Constitución, octava edición, LV Legislatura Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Instituto de Investigaciones Legislativas, 1993.

⁹ *Artículo 19 - Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras por cualquier medio de expresión. Artículo 29.- 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral y del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*

¹⁰ *Artículo 13.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

¹¹ *Carpizo Jorge y Miguel Carbonell, Derecho a la información y Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p.161. Vale la pena recordar que, de conformidad con*

- Convención Americana de Derechos Humanos;
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos;
- Ley Federal de Radio y Televisión y su reglamento;
- Ley Federal de Procedimientos Administrativos;
- Ley de Información Estadística y Geográfica;
- Ley General de Salud y sus Reglamentos;
- Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales;
- Códigos civiles (federal, del Distrito Federal y de las entidades federativas);
- Códigos penales (federal, del Distrito Federal y de las entidades federativas), y
- Diversas tesis de jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

Especial mención merece la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981, entrando en vigor el 24 de marzo de ese año. En ella que se establece: *Artículo 13.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

El artículo 133 de la Constitución considera las normas de los tratados internacionales, las incorpora al derecho interno y son de observancia obligatoria y aplicación directa,

el artículo 133 de la Constitución mexicana, los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, firmados por el Presidente y aprobados por el Senado son “ley suprema de la unión”, y los jueces deben aplicarse directamente.

hay tesis jurisprudencial que inclusive las ubican por encima de las leyes federales y locales¹².

A pesar de la obligatoriedad en la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y en concreto sobre libertad de expresión, éstos no siempre son invocados por la jurisprudencia interna por desconocimiento de los tribunales judiciales, más bien son los organismos defensores de derechos humanos los que han contribuido a que se conozcan y apliquen estos mecanismos.

Avances y retrocesos en materia de acceso a la información

Uno de los aspectos positivos a destacar, en materia de libertad de expresión y derecho a la información, es la promulgación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), que tiene como finalidad garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, así como cualquier otra entidad federal¹³.

Hasta septiembre de 2004, a nivel federal y en 19 estados de la República se habían aprobado leyes en la materia y faltaban 13 entidades por legislar en la materia.

Sin embargo, la situación no ha sido del todo satisfactoria. A un año de su puesta en marcha, el Instituto

¹² *Ibidem.*, p 161. Véase los comentarios a esta tesis en la revista *Cuestiones Constitucionales*, número 3, julio-diciembre de 2000, pp.169-228.

¹³ La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, entró en vigor el 12 de junio de 2003. La Ley establece en su artículo 3, fracción XIV a los sujetos obligados: a) *el Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República*, b) *El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos*, c) *El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal*; d) *Los Tribunales administrativos federales*, y f) *cualquier otro órgano federal*. Ver: Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, *Informe de Organizaciones Civiles*, México, agosto de 2003. p. 22.

Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), encargado del adecuado cumplimiento de la Ley, carece de autonomía e independencia frente al ejecutivo federal, lo cual ha generado que se emitan criterios y resoluciones contrarios a los principios de apertura¹⁴.

Por otra parte, algunas organizaciones civiles y el propio IFAI han coincidido en que hay resistencia por parte de las dependencias gubernamentales y autónomas para abrirse a la transparencia. Esta situación fue informada al Relator Especial para la Libertad de Expresión, en su visita a México, ante lo cual manifestó que *hay preocupación por la política de secretismo en el otorgamiento de la información pública que aún persiste dentro de algunos entes de la administración pública en el ámbito federal y local*; destacando algunos casos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Poder Legislativo y el Poder Judicial¹⁵.

A más de un año de haber entrado en vigor la LFTAIP, que si bien en algún momento generó expectativas de un verdadero acceso a la información, éstas se han ido disipando en la medida que los medios y los ciudadanos han ido haciendo uso de este derecho y se han encontrado con las resistencia a la transparencia, la falta de difusión y educación para el acceso a la información y de una cultura de la transparencia en estos rubros.

En cuanto al acceso a la información por parte de los medios. En un primer momento se pensó que éstos tendrían

¹⁴ Flores, Balbina, "El gobierno no atiende recomendaciones: Bertoni", p. 9. En: *Periódico Zócalo*, agosto de 2004.

¹⁵ La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha mantenido su postura de negar información, ignorando la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, lo que originó una controversia con relación a esta negativa, situación por la que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en su informe sobre México (2003) manifestó preocupación porque *se estaría interpretando la ley por sobre los principios de la Ley Federal de Transparencia vigente en México y los instrumentos internacionales relacionados con la materia*. Ver: Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual 2003*, Capítulo II.

una herramienta más para enriquecer su labor, que otrora les hubiese negado el gobierno. La realidad ha sido otra¹⁶. Los medios han enfrentado serios problemas para poder acceder a la información. Para los medios esta herramienta enfrenta algunos retos que a corto plazo deben subsanarse, entre ellos, hacer una mayor difusión de los mecanismos para acceder a la información y evaluar de manera permanente su aplicación.

Hay que reconocer que en este aspecto también se han registrado acciones alentadoras que sientan jurisprudencia sin precedente. El Tribunal Electoral del Poder Judicial resolvió a favor del periodista Arturo Zárate, del periódico *El Universal*, quien obtuvo una sentencia favorable ante la negativa del acceso a información por parte del Instituto Federal Electoral¹⁷.

De parte del Poder Judicial, la apertura al acceso de información se ha dado de manera paulatina y cuidadosa, creando las normas necesarias para la accesibilidad informativa, al emitir el acuerdo 9/2003 de la Suprema Corte donde estableció ciertos criterios para reglamentar la información de diversas opiniones que en su momento criticaron y que señalaban que propiciaba una cultura del secretismo lo que obligó a modificarla¹⁸. En este sentido la

¹⁶ Según un estudio realizado por el Instituto Federal de Acceso a la Información acerca del perfil de los solicitantes de información, al 16 de septiembre de 2004, el porcentaje es como sigue: académico 30.5%; empresarial, 21.4%; gubernamental, 12.5%; medios de comunicación, 9.7%; otros, 2.5% por ciento. Ver: Valencia, Raúl, "Escasa atención de medios a la ley de transparencia" p. 18. En: *Periódico Zócalo*, Noviembre, 2004.

¹⁷ La sentencia definitiva resuelve que: *Se revoca la resolución emitida por la Comisión para la transparencia y acceso a la información del Consejo General del Instituto Federal Electoral, debiendo, dicha autoridad, proporcionar la información solicitada.* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Resolución del expediente Sup-JDC 041/2004*, 28 de junio de 2004. Página electrónica: www.limac.org.

¹⁸ Ver Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura para la aplicación de la Ley Federal de

Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión, en sus recomendaciones, alentó toda acción tendiente a eliminar la cultura del secretismo dentro del Poder Judicial¹⁹.

Es significativo que el 30 de marzo de 2004 el Poder Judicial Federal, por unanimidad de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal, aprobara un nuevo reglamento para la aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública que permitirá al público en general la revisión de sentencias de juicios y de las resoluciones que se vayan tomando durante el desarrollo de un litigio, además de que, entre otras medidas, ordena a ambos organismos difundir por Internet los fallos judiciales.

Otro aspecto preocupante sobre el acceso a la información es el registro de que a varios comunicadores sociales, sobre todo en algunos estados de la República, se les ha negado el acceso a eventos públicos o se les ha despojado de sus cámaras y grabadoras para impedirles que cubran la noticia, como una reprimenda a su línea informativa. En el peor de los casos se les ha excluido de las listas de periódicos invitados a eventos oficiales o bien se les han negado entrevistas²⁰. Esta práctica contraviene lo que establece la

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, título segundo, de los criterios de clasificación y conservación de la información reservada o confidencial, 30 marzo 2004. www.scjn.gob.mx/transparencia/MarcoNormativo/SCJN/AcuerdosPlenos.

¹⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2003*, capítulo II. www.cidh.oas.org/relatoria.

²⁰ El periódico *El Sur*, que se edita en Acapulco, Guerrero, denunció que desde septiembre de 2002 había sido excluido de las listas de periódicos invitados a las actividades oficiales del gobernador del estado, sin explicación alguna. Por otra parte, durante la visita del Relator al estado de Chihuahua, recibió información según la cual en varias dependencias del Estado se ha negado información pública sin dar justificación. Al respecto, la Relatoría considera que la cultura del secretismo que persiste en ciertos sectores de los órganos de los estados debe ser enérgicamente rechazada para garantizar una real transparencia de la administración pública tanto federal como local.

Convención Americana de Derechos Humanos en su declaración de principios²¹.

Uno de los objetivos importantes para la transparencia en la información es garantizar la protección de datos personales dentro de los registros públicos y privados, una necesidad que se ha dejado sentir cada vez con mayor urgencia, al no existir mecanismos precisos que protejan esta información. A este respecto, la Relatoría recomienda: *Dada la importancia para los individuos de proteger sus datos personales dentro de registros públicos y privados, se pide que continúe con las iniciativas de las que fue informada para promulgar una ley que contemple y reglamente la acción de Habeas Data, a fin de que sea más precisa que la dispuesta por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*²².

Sobre el acceso a la prensa a los juicios orales, no existe hasta el momento una norma federal que establezca de manera explícita este derecho; sin embargo, el Código Penal Federal y de Procedimientos Penales en la primera etapa de la averiguación previa prevé el acceso de las partes a los juicios públicos. El único estado de la federación que considera los juicios orales, en materia penal, civil y mercantil, es el de Nuevo León²³.

Cabe señalar, en esta temática, que hay por lo menos 190 propuestas diversas para que los juicios orales sean incorporados al sistema judicial mexicano, entre ellas la propuesta del ejecutivo federal de 2003 y el Partido Acción Nacional en el estado de México. Sin embargo, ninguna hace referencia al acceso de la prensa a estos juicios.

²¹ El asesinato, secuestro, intimidación y la amenaza a periodistas, así como la destrucción de materiales de prensa, coarta severamente la libertad de expresión. El Estado tiene una responsabilidad de proteger a los periodistas y medios de comunicación. Relatoría para la Libertad de Expresión, *Declaración de Principios (Principio 9)*, CIDH y OEA.

²² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe Anual 2003*, capítulo II. www.cidh.oas.org/relatoria.

²³ www.general.nl.gob.mx/general/normatividad.

Secreto profesional de los periodistas y acciones judiciales

Los citatorios judiciales a periodistas, con el objeto de que estos revelen sus fuentes de información, ha sido una de las situaciones que más han preocupado a los comunicadores. En su informe 2003, la Red Mexicana de Protección a Periodistas, registró 18% de citatorios a periodistas, de un total de 76 agresiones registradas ese año. El secreto profesional es uno de los temas más debatidos recientemente en México en distintos foros públicos.

Si bien la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece: *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales* (Principio 8), en el país no existe una legislación que proteja la secrecía, contrario a ello, los citatorios para relevar fuentes es una práctica que se mantiene.

No es casual que durante la visita a México, el Relator Especial para la Libertad de Expresión manifestara su preocupación por la información recibida que daba cuenta que: *desde el año 2002 periodistas de investigación habían sido objeto de citaciones ante el Ministerio Público, con el fin de que revelaran sus fuentes de información*. Por lo que en su informe final recomienda: *se incorpore dentro de la ley mexicana directrices que establezcan en forma clara y precisa el derecho de que gozan los periodistas a mantener sus fuentes de información*²⁴.

Es positivo, reconoció el Relator, que en materia de libertad de expresión en México, haya un amplio debate sobre la necesidad de legislar en el ámbito de la protección del secreto profesional de los periodistas y sobre lo cual hay por lo menos cuatro iniciativas en el Congreso en espera de ser aprobadas. Una de estas fue presentada por la Comisión

24 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe 2003*, capítulo II, p. 3.

Nacional de Derechos Humanos, en marzo de 2003, al Senado de la República, y otras que han sido elaboradas por el Partido Revolucionario Institucional y de la Revolución Democrática, entre otros.

Hasta el momento, podríamos concluir que en materia legislativa sobre libertad de expresión, en México hay perspectivas de avanzar y preocupación de las autoridades por atender este problema; y desde luego, ello es alentador. La publicación del acuerdo A/118/2003 de la Procuraduría General de la República, en el que se establecen los lineamientos que deberán seguir los agentes del Ministerio Público y otros representantes del poder judicial para proteger el secreto profesional de los periodistas, es un avance en este sentido.

Una de las novedades positivas de este documento es el reconocimiento del derecho del comunicador a no revelar sus fuentes, como lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Mientras tanto, los citatorios y “visitas” judiciales se han seguido registrando en los estados de Chihuahua, San Luis Potosí y Guerrero²⁵.

Otro aspecto alentador es el hecho que recientemente en varias legislaturas estatales han sido presentadas iniciativas tendientes a legislar el secreto profesional, aun cuando en su mayoría está pendiente su discusión y aprobación.

²⁵ El 27 de mayo de 2004, un agente de la Procuraduría de Justicia del estado de Chihuahua, contactó a nueve periodistas de diversos medios de comunicación para interrogarles y exigirles que revelaran el origen de unas informaciones publicadas sobre nueve cuerpos localizados en una fosa común en Ciudad Juárez. El 9 de octubre de 2004, Jorge Nava, reportero de *El Sur de Guerrero*, fue llamado a declarar en la delegación de la PGR en el estado de Guerrero por publicar una foto y una nota acerca del momento que elementos de la Agencia Federal de Investigaciones (AFI) cateaban a dos jóvenes. El 29 de septiembre, *La Jornada* de San Luis Potosí denunció que elementos de la AFI se presentaron en sus instalaciones para que se revelara la fuente de una nota publicada en agosto de 2003. Flores, Balbina, *Periódico Zócalo*, número 57 noviembre 2004. *La Jornada*, 29 septiembre de 2004.

Acciones judiciales

Una mención particular merecen las acciones judiciales emprendidas contra periodistas y medios de comunicación por las llamadas demandas por presuntos “delitos de prensa”; es decir, aquellos que únicamente pueden ser cometidos por los periodistas, con lo que se pone en cuestión el principio constitucional de igualdad ante la ley²⁶, contraviniendo así la declaración de principios que establece: *La protección de la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles en el caso de que la persona ofendida sea un funcionario o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público.*

Las demandas penales se han mantenido como una de las prácticas inhibitorias constantes contra la libertad de expresión. Grupos de poder o actores políticos han recurrido cada vez con más frecuencia a las acciones judiciales, basados en un marco legal cuya interpretación y aplicación es discrecional o condicionada por intereses que atentan contra la libertad de expresión²⁷.

Cabe señalar que en el Código Penal Federal²⁸, como en todos los códigos penales de los estados, figuran los delitos

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias 1836-2001*, México, Ed. Porrúa. 2002, p. 61.

²⁷ Red Mexicana de Protección a Periodistas.

²⁸ *Código Penal Federal, artículo 189- Al que cometa un delito en contra de un funcionario público, servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicará de tres días a tres años de prisión. Además de la que le corresponda por el delito cometido. Artículo 350 – El Delito de difamación se castigará con prisión y hasta dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos o ambas sanciones a juicio del juez. Artículo 351. Al acusado de difamación, no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación, sino en dos casos: cuando se haya hecho a un depositario o agente de autoridad o cualquier otra persona haya obrado en carácter público. El presunto responsable deberá acreditar la verdad de su dicho en donde la parte ofendida es un funcionario público o persona que actúa en carácter de público, si la imputación se refiere al ejercicio de sus funciones.*

de calumnia, injuria y difamación. El uso constante de este recurso ha permitido que algunos periodistas sean hostigados y encarcelados por informar de asuntos de interés público, tal como lo refiere la Declaración de Principios. Un caso relevante es el del periodista Francisco Barradas, absuelto por un tribunal por el presunto delito de calumnia²⁹.

En este sentido, la Relatoría recomendó al gobierno mexicano *que el Estado revise y modifique la Ley de Imprenta que data de 1917 y la legislación penal, teniendo en cuenta los parámetros internacionales sobre la materia*. El Relator manifestó su preocupación porque en el estado de Chihuahua y en el Distrito Federal las acciones penales por difamación pudieran estar siendo utilizadas, particularmente en Chihuahua, con el fin de acallar y amedrentar al periodismo crítico, investigativo y de denuncia³⁰.

Se han presentado otras propuestas que van en la línea contraria: la de obligar a los periodistas a denunciar o también la de aumentar las penas. Quizá uno de los retrocesos más graves se presentó en el estado de Chiapas donde la penalización de los delitos de difamación se aumentó hasta con nueve años de prisión y multas de cien a mil días de salario mínimo³¹.

²⁹ En septiembre de 2003 se dictó auto de formal prisión en contra de Francisco Barradas, director de la revista *Bi*, que se edita en la ciudad de Zacatecas, Zacatecas, por el presunto delito de calumnia contra Rafael Medina Briones, síndico del Ayuntamiento de Zacatecas. El periodista apeló la resolución del juez y la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado resolvió que: *no existen suficientes medios de prueba para acreditar el delito de CALUMNIAS, que se dijo cometió en perjuicio de RAFAEL MEDINA BRIONES... Por lo que dictó AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR*. Resolución 812/2003, 25 de noviembre de 2003.

³⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual*, capítulo II, 2003, p. 4.

³¹ El estado de Chiapas, el gobierno y Congreso local reformaron el Código Penal del estado en el que se aumentan las penas para los delitos de difamación. Anteriormente dichos delitos se sancionaban con prisión de tres a cinco años y multa hasta de 75 días de salario mínimo, ahora con las reformas se establece prisión de tres a nueve años y multa de 100 a 1000 días de salario mínimo. También se reformaron los artículos 173, 173 BIS, 173 BIS A y 173 BIS B. Dichas reformas entraron en vigor el 26 de mayo de 2004.

En el ámbito de la libertad de expresión existen algunos antecedentes jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación y medios de comunicación registrados hasta el 2001. En la jurisprudencia se puede constatar el esfuerzo de la Suprema Corte por establecer criterios claros para la interpretación de los artículos 6 y 7 constitucionales que garantizan la libertad de expresión y el derecho a la información³². Sin embargo, ello no es suficiente, se requiere de una revisión profunda de la ley de imprenta que garantice efectivamente la libertad de expresión.

Amenazas, intimidaciones y asesinatos contra periodistas

Aunque las agresiones y amenazas a periodistas disminuyeron en los dos primeros años de gobierno de Vicente Fox, según el monitoreo de organismos defensores de la libertad de prensa, se mantuvieron los hechos de intimidación, citatorios y demandas judiciales. Lamentablemente, en 2004 este panorama alentador ha tenido un peligroso retroceso; al contar, al 30 de noviembre del año 2003, con un saldo de cuatro periodistas asesinados y un desaparecido, lo que se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de la sociedad y el gremio periodístico.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en su informe anual 2003, había manifestado ya su observación acerca de *que sigan pendientes las investigaciones relacionadas con el asesinato de periodistas*. Aunque también valoró positivamente la anuencia del Estado por avanzar en las investigaciones judiciales para esclarecer la muerte de los periodistas Héctor Félix Miranda y Víctor Manuel Oropeza, asesinados en 1998 y 1991 respectivamente, situación ante la cual la Declaración de Principios establece la respon-

³² Instancia: T.C.C. tomo XI Mayo de 2000. Tesis 1.7°.C.30C, p.921. Instancia Pleno. Tomo XI abril 2000. Tesis P.XLV/2000. p.72. Instancia Pleno. Tomo XI. Abril 2000. Tesis PLX72000. Página 74. Ver: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial y los Medios de Comunicación. Sentencias (1836-2001)*, Ed. Porrúa, Apéndice A.

sabilidad del Estado en las investigaciones y en la sanción de los responsables³³.

En julio de 2004, diversas organizaciones civiles se reunieron con el Relator Especial para la Libertad de Expresión en México y le manifestaron su preocupación porque las recomendaciones que hizo la Relatoría en su informe anual, tras su visita a México, permanecían sin cumplirse. En particular, dijeron, les preocupaban los homicidios de comunicadores ocurridos en el norte del país, entre otros, los de Roberto Javier Mora García, Francisco Ortiz Franco, Francisco Arratía, Gregorio Rodríguez y Leodegario Aguilera³⁴.

³³ El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de 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 los hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada. *Principio 9. Declaración de principios sobre Libertad de Expresión.*

³⁴ 1.- Roberto Javier Mora García, editor del periódico *El Mañana*, de Nuevo Laredo, Tamaulipas, fue asesinado a puñaladas el 19 de marzo de 2004 al llegar a su domicilio. El trabajo realizado por Roberto Mora antes de su homicidio deja claros indicios de que su muerte tiene que ver con su labor informativa 2.- Francisco Arratía, columnista de los diarios locales *El Imparcial*, *El Regional*, "PM", *Línea directa*, *La Extra* y *El Fronterizo*, que se editan en la ciudad de Matamoros, Tamaulipas, fue asesinado el 31 de agosto de 2004 en esa ciudad. Francisco Arratía murió a consecuencia de los golpes recibidos, según las informaciones de medios y organismos civiles locales, le fueron rotos los pulmones a tablazos y destrozados los dedos de ambas manos. Meses antes, Arratía había publicado información sobre al llamado Cártel del Milenio y sus sicarios, además de la inacción de las autoridades locales en el caso de un asesinato, presuntamente por narcotráfico. 3.- Francisco Ortiz Franco, editor del *Semanario Zeta*, que se edita en Tijuana, Baja California, fue asesinado a balazos el 22 de junio de 2004 en la ciudad de Tijuana. Las primeras investigaciones arrojaron elementos suficiente para considerar que Ortiz Franco fue muerto por su trabajo periodístico. 4.- José Luis Ortega Mata, director del *Semanario de Ojinaga* de Chihuahua fue abatido con dos balas en la cabeza el 19 de febrero de 2001. Las investigaciones realizada por RSF informan que el 15 de febrero el periodista publicó una información sobre el tráfico de droga en la región. Igualmente, el semanario se disponía a publicar un *dossier* sobre la financiación de las campañas electorales de políticos locales por el narcotráfico. Lo anterior, da indicios para considerar que el asesinato de Ortega Mata se vincula con su trabajo periodístico. 5.- Félix Alonso Fernández,

Alentadoramente, en el 2003 no se registró ningún asesinato en el que se viera involucrado algún periodista. Sin embargo, se mantuvieron las amenazas e intimidaciones a informadores y medios de comunicación, lo que ha sido considerado como una de las prácticas más comunes, que van desde los anónimos, amenazas telefónicas o vía correo electrónico, entre otros. Ver cuadro de casos de intimidación contra periodistas, registrados 2001 al 2003³⁵.

director del semanario *Nueva Opción*, fue asesinado a balazos el 18 de enero de 2002 en la Ciudad Miguel Alemán, Tamaulipas. Días antes del asesinato, el periodista había denunciado ante la justicia, las supuestas relaciones existentes entre el ex alcalde de Miguel Alemán, Raúl Rodríguez Barrera, y algunos narcotraficantes.

³⁵ Estos casos fueron tomados de los informes sobre la libertad de prensa en las Américas y en el resto del mundo. Reporteros sin Fronteras informes, 2002-2003, Francia. Así como de los informes anuales de la Red Mexicana de Protección a Periodistas.

Casos de intimidación contra periodistas

Nombre	Lugar y fecha	Medio	Relación con el periodismo
Marfil Guerra y Ciro Rodríguez	Guardados de Abajo, Tamaulipas. 31/03/01.	<i>Televisa</i> . Reporteros.	Los periodistas fueron amenazados por elementos del Ejército Mexicano cuando pretendían cubrir un operativo.
Francisco Guerrero	Cuernavaca, Morelos. 09/11/01	<i>La Jornada de Morelos</i> . Director.	Desconocidos vigilaban su domicilio y periodistas del diario fueron detenidos y amenazados de muerte.
Francisco Castellanos	Morclia, Michoacán. 01/12/01	<i>Proceso</i> . Corresponsal.	Fue amenazado después de publicar un artículo sobre el desvío de fondos por parte de un ex procurador y policías del Estado.
Jesús Blancornelas	Tijuana, Baja California. 10/01/02	<i>Semanario Zeta</i> . Director.	Recibió un correo electrónico en el que le advertían que un asesino a sueldo tenía órdenes de matarlo. El periodista es reconocido por sus investigaciones sobre narcotráfico.
Jesús Hiram Moreno	Oaxaca, Oaxaca. 11/03/02	<i>Tiempo de Oaxaca</i> . Corresponsal.	Fue amenazado por Francisco García, comandante de la policía judicial, tras haber revelado irregularidades cometidas.
Francisco Castellanos	Morelia, Michoacán 05/12/02	<i>La Voz de Michoacán</i> . Colaborador.	Fue amenazado un día después de haber publicado información sobre las cuentas bancarias del ex gobernador.
Tomás Martínez. Juárez	Oaxaca, Oaxaca. 12/09/03	<i>Diario Noticias</i> . Reportero.	Fue amenazado después de publicar información sobre presunta alianza de policías con bandas delictivas.
Alberto Barranco Chavarria	Distrito Federal 11/03/03	<i>Reforma</i> Columnista.	Fue amenazado por criticar a Lino Korrodi, operador financiero de "Amigos de Fox".
Édgar Rafael Arellano	Compostela, Nayarit 05/06/03	<i>Express</i> Director	Amenazado por la presidenta Municipal, después de revelar irregularidades en su administración.

Con relación a la destrucción de materiales de medios de comunicación, hasta la fecha sólo se han registrado intentos de destrucción de medios, entre estos casos se registraron: el diario *Despertar de la Costa*, del estado de Guerrero³⁶.

³⁶ El 31 de diciembre de 2001, desconocidos lanzaron proyectiles con llamas al edificio del periódico. Otro hecho reciente ocurrió en junio de 2004, cuando el periódico *Frontera*, que se edita en Tijuana, Baja California, denunció que sus instalaciones fueron balaceadas por desconocidos.

Lamentablemente, en la mayor parte de esto casos de amenazas e intimidaciones no ha habido investigaciones serias que lleven a la sanción de los responsables, lo que desde luego ha permitido que éstas continúen.

En el caso de los asesinatos de periodistas la situación no es más alentadora; a la fecha no hay ningún sentenciado por estos hechos. En los casos donde hubo detenidos, estos han sido puestos en libertad por falta de pruebas (caso Ortega Mata); otros, como el caso de Roberto Mora, Francisco Arratia y Gregorio Rodríguez, sorprendentemente las autoridades, por la presión nacional e internacional, han logrado la detención de los presuntos autores materiales dentro de los quince días posteriores a los hechos; sin embargo, de los autores intelectuales nada se sabe.

Las investigaciones sobre el trabajo periodístico no han sido una prioridad para las autoridades, lo que genera cierta incertidumbre y desconfianza en el esclarecimiento de los móviles de estos crímenes.

En este panorama gris para la libertad de expresión en México, las amenazas e intimidaciones en contra de periodistas se han mantenido año con año sin que se vea una posibilidad de que esta práctica tienda a disminuir, los hechos registrados por organizaciones defensoras de la libertad de prensa así lo indican³⁷.

³⁷ Año 2002. De un registro de 126 agresiones contra la libertad de expresión, entre los actos más recurrentes están: las agresiones físicas 20%; citas a comparecer 11%; demandas 10% y amenazas e intimidación 8%; anuncios de demandas y detenciones 6% y 5% respectivamente. Año 2003. De un registro de 100 agresiones contra periodistas, se registraron los siguientes porcentajes: agresiones físicas 21%; demandas 17%; amenaza o intimidación 14% y detenciones 13%. *Informe de Organizaciones Civiles para el Relator de Libertad de Expresión*, agosto 2003, p. 23.

Censura y publicidad como medios de control

Si bien en México no existe una censura explícita hacia los medios, sí es una práctica que se da sobre todo en el interior de la República, donde las relaciones entre prensa y gobierno poco han cambiado. La censura también se manifiesta como una costumbre encubierta y poco documentada con actos de despido de periodistas incómodos, cancelación de programas radiofónicos y amenaza del retiro de publicidad, entre otros.

Aunque desde 1996 el gobierno federal abandonó, por lo menos oficialmente, su vieja práctica de subsidiar la cobertura noticiosa, gastando sumas voluminosas en publicidad, en las demás entidades federativas esta práctica no ha variado sustancialmente. Sin embargo, el Relator constató que *aunque la asignación selectiva de publicidad ya no es una práctica sistemática, oficialmente la mayoría de los medios privados siguen dependiendo en gran medida de los ingresos de la publicidad estatal*³⁸. Al no existir una legislación específica en esta materia, la publicidad sigue otorgándose con criterios discrecionales y en ocasiones como un medio de presión, registrándose algunos casos que así lo muestran³⁹.

Esta práctica discriminatoria de otorgamiento de publicidad pudo ser constatada por el Relator durante su vista a los estados de Chihuahua y Guerrero, también recibió

³⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe 2003*, capítulo V, www.cidh.org/relatorial.

³⁹ El 31 de enero de 2003 fue sacado del aire el programa “Consensos” de *Radio Korita* por sus críticas a la administración de Antonio Chavarría Domínguez, gobernador del estado de Nayarit. Chavarría Domínguez fue acusado de censurar el programa “Consensos”. El director de la radio declaró que el corte de la señal se debió a *órdenes del gobernador y que ello era una condición para que se renovara la publicidad ese año*. José Santiago Ealy, director de *La Crónica* de Tijuana denunció el 3 de octubre de 2002 que las autoridades del estado estaban discriminando a su periódico en la distribución de publicidad pública y el acceso a la información. Ello sucedió días después de que el diario revelara que el salario del gobernador de Tijuana había aumentado en un 65%.

denuncias de los estados de Chiapas y Baja California. El Relator corroboró que la publicidad oficial se colocaba en forma discrecional, sin parámetros claros y con signos evidentes de arbitrariedad. Los casos como el del periódico *El Sur de Guerrero* y el *Norte de Juárez*, ambos abiertamente críticos del gobierno, han sido sujetos de esta práctica⁴⁰.

Por esta situación el Relator exhortó a todos los organismos del Estado a modificar estas prácticas y a establecer criterios claros, justos y objetivos para determinar la publicidad oficial. Además, declaró que en ningún caso puede utilizarse la publicidad oficial con la intención de perjudicar o favorecer a un medio de comunicación frente a otro⁴¹.

Concentración de medios y falta de acceso de la ciudadanía

De los principales problemas de la libertad de expresión y acceso a la información en el ámbito de medios en México, destaca el legislativo. México cuenta con una Ley Federal de Radio y Televisión, promulgada en 1960 y su reglamento fue expedido en 1973. Entre algunas deficiencias de la ley están: la alta discrecionalidad del ejecutivo federal para el otorgamiento de concesiones, la falta de transparencia y la concentración de medios en unas cuantas familias.

Durante más de 20 años, diversos grupos y organizaciones civiles han trabajado incansablemente para cambiar la situación de los medios electrónicos y permitir su apertura. Sin embargo, estos esfuerzos se han visto constantemente bloqueados por el Poder Ejecutivo y por el Congreso debido a las presiones de los concesionarios.

Dos grupos concentran casi la totalidad de los medios electrónicos. Grupo Televisa opera 196 estaciones, 42% del total; mientras que TV Azteca cuenta con 180 estaciones,

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

39% del total. Si se considera sólo las emisoras concesionadas a inversionistas privados, por lo menos el 81% de las estaciones de televisión están en manos de las dos cadenas mencionadas.

La falta de transparencia en los criterios para el otorgamiento de las frecuencias ha provocado una fuerte concentración de la radio y la televisión en unos cuantos grupos, 14 de ellos controlan el 80% de la radio comercial. En la televisión dos familias controlan el 86% de las frecuencias. En total, sólo 16 empresas concentran el 82% de las frecuencias de radio y televisión autorizadas⁴². Esta situación está en contra de los estándares internacionales de libertad de expresión y derecho a la información⁴³, ello a pesar del cambio político en el año 2000. La resistencia para democratizar los medios ha sido una batalla difícil.

A lo anterior se suma el retroceso que se dio el 10 de octubre de 2002, cuando el Ejecutivo Federal publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, cambios al Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, renunciando a los tiempos fiscales que corresponden al Estado, reduciéndolos del 12.5% a un 1.25%, estipulando que se hará la transmisión de campañas grabadas solamente por el Ejecutivo Federal⁴⁴. Lo anterior generó una dura crítica y descontento de la sociedad que dejó la mesa de diálogo que se venía desarrollando con el gobierno federal a través de la Secretaría de Gobernación. La negativa de las organizaciones fue una respuesta a la acción del gobierno. La concentración de los medios no favorece el acceso a la libre expresión de todos los

⁴² *Informe sobre la situación de la libertad de expresión y derecho a la información en México. Informe de organizaciones civiles*, agosto 2003, p. 7.

⁴³ Los monopolios y oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a las 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. *Principio 12. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 9.

ciudadanos, contraviniendo los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁵.

Al reformar los tiempos fiscales, el gobierno mexicano en lugar de avanzar, incumple con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998), respecto de establecer cambios normativos en forma abierta y democrática. Para las organizaciones civiles, con este acto quedó claro que los empresarios de los grandes consorcios mediáticos pueden doblegar al Estado, ignorando las recomendaciones internacionales y las demandas de la sociedad.

Por otra parte, el marco jurídico actual impide que la sociedad tenga acceso a los medios de comunicación. De acuerdo con la información recibida por el Relator, de 100 proyectos de radios comunitarias existentes en México, el Estado sólo ha otorgado seis permisos a asociaciones civiles y organizaciones sociales, de los cuales cuatro pertenecen a emisoras de baja potencia que operan en albergues para niños en zonas indígenas en Yucatán y que son proyectos tutelados por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Esta Comisión cuenta con una red de 21 emisoras indígenas en el país; sin embargo, a la mayoría de ellas se les ha negado permiso –por acción u omisión–, porque las autoridades no responden a las peticiones o bien porque los requisitos son inaccesibles para estas radios⁴⁶. Los requisitos para el acceso a frecuencias de radio son operados por la Secretaría de Comunicaciones y Transporte.

A partir de esta situación, la Relatoría señaló: *dada la importancia que puede tener los canales comunitarios para*

⁴⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13.3. *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 cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*

⁴⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2003*, capítulo II.

*el ejercicio de la libertad de expresión, resulta inadmisibles el establecimiento de marcos legales que sean discriminatorios o formas de dilación que obstaculicen la adjudicación de frecuencias a radios comunitarias. Igualmente resulta preocupante que, aún en los casos de funcionamiento en el marco de la legalidad, importan amenazas de cierre injustificadas o la incautación arbitraria de equipos*⁴⁷.

En un hecho sin precedente, y después de 40 años de no expedir permisos a radios comunitarias, en los primeros días de diciembre de 2004 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes otorgó cinco permisos para transmitir a radios comunitarias⁴⁸. Los permisos para las radios comunitarias fueron considerados por la Asociación Mundial de Radios Comunitarias como históricos. En este ámbito, hay que reconocer lo positivo de esta acción pero no hay que olvidar que aún quedan varios pendientes en el tema; entre ellos, establecer un marco jurídico que garantice a las organizaciones civiles y sociales el acceso a los medios.

En el aspecto legislativo, en materia de medios electrónicos y a más de un año de la visita del Relator, la Ley Federal de Radio y Televisión no ha sido aprobada y actualmente está como anteproyecto de dictamen y continúa su discusión, así como también las resistencias de legisladores y concesionarios, entre otros. De aprobarse la Ley Federal de Radio y Televisión, se estaría dando respuesta a las demandas que desde hace más de 20 años ha planteado la sociedad, pero por lo pronto tendrá que seguir esperando. Así como el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998) y las recomendaciones del Relator para la Libertad de Expresión de marzo de 2004.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Las radios a las que se otorgó los permisos hasta por siete años, son: *Jèn Poj* de Oaxaca, *Uandarhi* de Michoacán, *Nandía* de Mazatlán Villa de Flores, Oaxaca, *Cultural* de Tepalcatepec, Michoacán y *Ecos de Manantlán* de Zapotitlán, Jalisco. Ver: *Periódico*, número 59, enero 2005, pp. 22 y 23.

Algunas conclusiones que se pueden hacer al final de este documento y que pudieran contribuir a un mayor respeto a la libertad de prensa son las siguientes:

1. Los medios de comunicación en México han contribuido, sin lugar a duda, de manera activa al proceso democrático del país.
2. México tiene valiosos principios que han considerado la libertad de expresión como parte importante de su legislación, sin embargo, falta una legislación más específica que considere la libertad de expresión y una revisión a fondo de la Ley de Imprenta, que de alguna forma reglamenta este derecho pero que es una ley que no responde a las nuevas necesidades sociales del país.
3. Es alentador que en años recientes se haya iniciado un proceso de apertura y discusión sobre la necesidad de legislar en materia de libertad de expresión y sobre la protección de trabajo periodístico; faltaría dar un mayor impulso a estas propuestas hasta llegar a su concreción.
4. Del análisis que se refiere al rubro de agresiones a la libertad de prensa (amenazas, intimidaciones y asesinatos), se concluye que es necesario promover mecanismos de protección y seguimiento de las agresiones a periodistas y de las investigaciones que se realizan en estos casos, a fin de no permitir la impunidad.
5. Es necesario y urgente una legislación que permita una mayor transparencia en el otorgamiento de frecuencias y el acceso de la ciudadanía a los medios de comunicación.
6. Es indispensable promover un debate sobre el otorgamiento de la publicidad, evaluar de manera abierta y plural los criterios que al respecto ha establecido la Secretaría de Gobernación y promover una mayor transparencia en este ámbito.

El estado de la libertad de expresión en Nicaragua

Oliver Bodán¹

Con la llegada al poder del Partido Liberal Constitucionalista (PLC) y su líder, Arnoldo Alemán, se esperaba un fortalecimiento de las políticas de respeto a la libertad de expresión impulsadas durante el gobierno de Violeta Barrios de Chamorro.

Los medios de comunicación nicaragüenses avanzaron, durante la década de los noventa, con paso firme hacia el camino de la profesionalización. La vigencia de un gobierno sin ánimo de confrontación, una expansión radial y televisiva, mayor preparación de los periodistas y la desmilitarización de la agenda pública con el fin del conflicto bélico, abrieron las puertas a una nueva etapa en la prensa nacional a partir del gobierno de la presidenta Chamorro.

Pero, después de las elecciones generales de octubre de 1996, bajo la presidencia de Alemán, se registró un evidente retroceso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debido a una serie de factores: actitud amenazante y de confrontación contra los medios; uso de la publicidad

¹ Periodista, con estudios superiores en Ciencias de la Comunicación en la Universidad Centroamericana (UCA). Se ha desempeñado como Editor Página Universitaria y periodista de la Sección Domingos Diario BARRICADA, Diario La Tribuna, Programa Esta Semana, y Semanario Confidencial. Consultor en comunicación e investigador para la Fundación Violeta Barrios de Chamorro y otras instituciones.

estatal para premiar o castigar; intimidación a la prensa por el llamado terrorismo fiscal, y una marcada y deliberada cultura de “secretismo” sobre la información pública, convertida en política oficial para ocultar los impunes actos de corrupción que marcaron este período.

Fueron días difíciles para la prensa nicaragüense. Los periodistas lo recuerdan muy bien: *Alemán atacó la libertad de expresión: fue castigando a los medios que no pensaban como él, quitándole anuncios o utilizando el terrorismo fiscal. Mucha gente de su gobierno era agresiva en su relación con los medios, creando continuos conflictos*².

Pero, a su vez, los periodistas tomaron el reto de convertirse en la institución fiscalizadora del poder público, ante la paralización de las instituciones designadas por la ley y la Constitución para ejercer esta función: Contraloría y Poder Judicial. La mayoría de las denuncias publicadas en los medios de comunicación fueron retomadas después por estas instituciones, abriéndose así causas formales contra la mayoría de ministros y funcionarios de la “era Alemán”, incluyendo el propio ex mandatario.

Una vez que el ingeniero Enrique Bolaños asumió la presidencia del país, tras las elecciones de noviembre de 2001, se emprendió una lucha anticorrupción que terminó con el encarcelamiento de Alemán, gracias a la combinación de tres factores: una fuerte voluntad política del nuevo gobierno, el ejercicio de una prensa vigorosa y altamente fiscalizadora y el funcionamiento de las instituciones judiciales.

Regulación constitucional

Los artículos 29, 30, 66 y 67 de la Constitución de Nicaragua establecen los derechos sobre la libertad de pensamiento, de expresión e información. El artículo 67 señala que el derecho a informar no puede estar sujeto a

² Eduardo Enríquez, Jefe de Redacción del diario *La Prensa*.

censura, sino a responsabilidades ulteriores y el artículo 68 le atribuye una función social a los medios para contribuir al desarrollo de la nación.

Con el gobierno de Bolaños, a nivel general, el ejercicio del derecho a informar y ser informado cambió para todos los nicaragüenses. *Ha habido una diferencia significativa, una relación de comunicación entre el periodismo y las autoridades políticas, y especialmente con el presidente, no hay enfrentamientos directos con los medios de comunicación. Nos hemos caracterizado por una tolerancia importante a las diferencias que tenemos con el periodismo*³.

De una relación de confrontación, amenazante e irrespetuosa, el mandatario Enrique Bolaños ha intentado mantener una relación armónica con los representantes de la prensa. *Ahora ninguna de esas cosas existe. En general este gobierno es menos agresivo. Yo siento que conflictos frontales con la prensa no ha habido, pero la actual administración no ha sido capaz de llevar su mensaje en muchos casos. El presidente dice que crea empleos, que la situación económica ha mejorado, pero es una voz en el desierto, no hay esfuerzo conjunto de su gabinete*⁴.

A pesar de los avances, todavía se mantienen críticas sobre la asignación de la publicidad oficial, el acceso a la información de interés público y la colegiación obligatoria de periodistas. El acceso a la prensa a juicios penales y órganos legislativos es abierto, pero su documentación sigue guardándose, en la mayoría de instituciones, como secreto de Estado.

Es preocupante que la relación entre el poder político y los medios de comunicación siga siendo conflictiva, 15 años después del fin de la guerra que ensangrentó al país durante la década de los ochenta. *Los funcionarios públicos*

³ Lindolfo Monjarrez, vocero de la Presidencia de la República.

⁴ Eduardo Enríquez, Jefe de Redacción del diario *La Prensa*.

*aceptan muy poco la crítica, cuando tienen suficiente poder para reaccionar en contra de un medio, no dudan en hacerlo*⁵.

Existe una marcada tendencia de sectores gubernamentales, políticos y empresariales de responsabilizar a la prensa de alejar la inversión extranjera y crear una atmósfera de caos con la publicación de noticias negativas. Pero lo que el periodismo hace es informar y debatir alrededor de las interminables crisis políticas que sufre el país, especialmente cuando los dos principales partidos, Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) y PLC, tienen una pugna frontal con el Ejecutivo⁶. *Los funcionarios, políticos y empresarios, toman decisiones que si les resultan acertadas no dicen nada, pero si son equivocadas las achacan al periodismo. Ocupan de mampara al periodismo para sus inmaduras acciones o visiones limitadas del curso del país. En ocasiones informan o desinforman con fines particulares y eso incluye al gobierno y su presidente*⁷.

Viendo hacia el interior de los medios de comunicación, en ocasiones son ellos mismos quienes violentan la libertad de expresión, prestándose a *determinados ejes de la campaña gubernamental contra sus oponentes. El anti sandinismo, el anti danielismo y el anti arnoldismo son ejes expuestos al máximo por los medios, antes que temas sociales, como el impacto del rotavirus o el tema del servicio de transporte*⁸.

⁵ Eduardo Enríquez, Jefe de Redacción del diario *La Prensa*.

⁶ A manera de ejemplo, a finales del año pasado y comienzos de 2005 fue constante la posibilidad de que el gobierno decretara un Estado de Emergencia, debido a la aprobación de reformas constitucionales que afectaron el poder del Ejecutivo y la vida política del país.

⁷ Carlos Salgado, ex presidente de la Unión de Periodistas de Nicaragua (UPN).

⁸ *Ibidem*.

Censura previa y autorregulación

El artículo 67 de la Carta Magna señala que el derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.

El tema de la rendición de cuentas es relativamente nuevo en el debate de los medios de comunicación nicaragüenses. En general, prevalece una tendencia que oscila entre la reacción defensiva y la actitud autosuficiente ante la demanda social de que se establezcan mecanismos para que los medios rindan cuentas ante la sociedad⁹.

Un reciente debate público sobre la nota roja televisiva –un fenómeno que se ha generalizado en los canales 2, 8 y 10 de televisión–, puso de manifiesto que amplios sectores de la sociedad consideran que algunos medios faltan a la ética y violan de forma flagrante los derechos individuales de los ciudadanos.

Hay iniciativas, como las desarrolladas por medios líderes como *La Prensa*, *El Nuevo Diario* y *Canal 2*, de establecer códigos de ética en sus redacciones para promover la autorregulación profesional de los periodistas. Sin embargo, tales iniciativas son insuficientes para establecer una comunicación más efectiva entre las audiencias y los medios. *Los diarios recurren a las cartas de los lectores para evacuar algunas inquietudes del público. Y en los programas de radio y televisión se debate ocasionalmente sobre el papel de los medios ante la sociedad. Pero no existe una estrategia comunicacional para encauzar el debate público sobre los medios de forma sistemática*¹⁰. *En ningún medio de comunicación se ha establecido la función del*

⁹ Carlos Fernando Chamorro, director del semanario *Confidencial* y el programa televisivo *Esta Semana*.

¹⁰ *Ibidem*.

Defensor del Lector o el Defensor del Televidente. Este tipo de figuras autónomas son altamente recomendables, pues permitiendo el ejercicio de una función crítica y autocrítica desde los medios hacia la población, se fortalecería la credibilidad de los medios. Sin embargo, hasta ahora ningún medio se ha decidido a dar este paso¹¹.

Acceso a la información pública

Los medios tienen también severos problemas para ejercer su papel en la sociedad. Una de las principales dificultades de la libertad de expresión en Nicaragua es el acceso a la información de interés público.

El artículo 52 de la Constitución establece que *los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva a los poderes del Estado o cualquier autoridad, de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca.*

Bajo esta misma lógica, el artículo 66 consigna que los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz y a buscarla, recibirla o difundirla por cualquier procedimiento. Si esto se cumpliera, los documentos o informaciones públicas estarían a la mano de la ciudadanía, lo que actualmente no ocurre.

Otro artículo constitucional, el 131, señala que los funcionarios de los cuatro poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales.

Hay información a la que no puede accederse de acuerdo al Código Penal, como secretos de Estado e información oficial. Sin embargo, dicho Código no detalla el tipo de información restringida, lo cual se prestaría a discre-

¹¹ *Ibidem.*

cionalidad, aunque hasta el momento no hay jurisprudencia al respecto.

En la medida que la población tenga acceso a los datos de interés público, la gestión administrativa se volverá más transparente. Pero la experiencia es otra. *Esa cultura de secretismo se mantiene siempre, independientemente del gobierno: el funcionario se aprovecha que no existe ninguna ley de acceso y prefiere mantenerse callado por temor a la crítica*¹². Y *Encontrar lo que estás buscando es difícil, si no es con influencias. Por falta de voluntad política sobre el tema y por la burocracia, porque existe la creencia de que los periodistas buscan los documentos públicos para hacerle daño a las instituciones. Debería ser un derecho, porque los documentos son públicos y el público los paga con los impuestos de todos los nicaragüenses*¹³.

Otros periodistas recuerdan que el acceso a juicios penales y órganos legislativos es limitado, a pesar de los avances registrados. Conseguir documentos, en el caso del Poder Judicial, en ocasiones puede convertirse en una verdadera batalla. *Es bien difícil acceder a sentencias o documentos de los expedientes. En materia penal, aunque la ley establece que son públicos, no se cumple. Siempre hay objeciones de una u otra naturaleza y se alegan razones de tipo administrativo: que el expediente está ocupado, que no hay secretaria que lo pueda prestar o que hay que buscarlo en archivo. Y en lo civil te dicen claramente que únicamente hay acceso para las partes. Es casi imposible ver un expediente*¹⁴.

Un punto a destacar en el ámbito legislativo es la disponibilidad de dictámenes y proyectos de ley que la Asamblea Nacional proporciona a los periodistas por medio del correo electrónico. Asimismo, la página electrónica de este poder del Estado contiene la legislación desde 1969 hasta 2003.

¹² Eduardo Enríquez, Jefe de Redacción del diario *La Prensa*.

¹³ José Adán Silva, periodista del diario *La Prensa*.

¹⁴ Eloísa Ibarra, periodista de *El Nuevo Diario*.

La urgencia de una ley que regule el acceso a la información por parte de la ciudadanía ha sido puesta en agenda nacional por periodistas, diputados y la Fundación Violeta Chamorro, organización sin fines de lucro que en 2003 inició un proceso de cabildeo y movilización para despertar conciencia y consenso sobre los principios de dicha legislación. La intención es integrar a la ciudadanía en las ventajas del manejo de la información pública, promover este derecho con sentido de utilidad democrática y consensuar reglas para un ejercicio ético de esta libertad, no sólo entre periodistas, sino con todos los ciudadanos y el mismo Estado.

Sobre este punto, otros sectores de la sociedad han tomado conciencia. Directores de bibliotecas universitarias se reunieron en marzo de 2005 para aportar a dicha legislación, ante la cantidad de investigaciones y documentos que generan y resguardan. La ley no tiene que ver sólo a los periodistas como consumidores de la información, sino a todas las personas que la requieren para hacer investigaciones y trabajos de diferente índole. *Las unidades de información, lo que son las bibliotecas y centros de documentación, tienen que jugar un rol muy importante, porque son las que brindan servicios de información a los usuarios y facilitan el acceso a la información. Además, se debe de ver como una manera de promover la información y la documentación que se genera*¹⁵.

Actualmente hay un consenso alcanzado entre 10 organismos no gubernamentales, medios de comunicación, entidades académicas, Presidencia y Asamblea Nacional, los que se han concentrado en la promoción de una ley que propone como precondition para institucionalizar la transparencia publica: honrar un derecho humano y cumplir una exigencia constitucional, la cual requiere que el Estado tome medidas concretas para su real vigencia.

¹⁵ Ruth Velia Gómez, directora del Centro Nacional de Información y Documentación Agropecuaria, de la Universidad Nacional Agraria. Diario *La Prensa*, 5 de marzo de 2005.

En este esfuerzo conjunto, primero recogieron un anteproyecto de Ley de Acceso a Información redactado en el 2000 por un grupo de periodistas y, con base en esta iniciativa y un anteproyecto que introdujeron organizaciones de la sociedad civil, se preparó una tercera versión que presentaron como base para su discusión en septiembre del 2003 durante un seminario con más de 100 participantes y la presencia del Centro Carter y Dialogo Interamericano.

Este último anteproyecto recogió las sugerencias que aportaron más de 100 participantes en un seminario local convocado por la Fundación Chamorro, así como las observaciones enviadas por el Centro Carter en septiembre del 2003. El resultado de las deliberaciones fue presentado a los diputados de la Asamblea Nacional, quienes en octubre de 2003 introdujeron al órgano legislativo su propio proyecto de ley, incorporando algunas de las recomendaciones del grupo promotor y del Centro Carter.

Según un predictamen del proyecto de ley, fechado al 10 de marzo de 2005, *los ciudadanos no sólo tienen derecho a elegir libremente a sus gobernantes, sino también el de acceder con transparencia, responsabilidad y oportunidad a la información que estos produzcan, administren y resguarden en el ejercicio del poder público delegado a ellos por la ciudadanía. Este derecho no se puede ejercer si no se cuenta con los mecanismos jurídicos y administrativos para tal fin. Sin pleno acceso a la información pública la población no podrá contar con los elementos de juicio suficiente para valorar la eficiencia, idoneidad y sanidad de la gestión gubernamental y en consecuencia para respaldarla o rechazarla*¹⁶.

El predictamen incluye también a empresas privadas de servicio público, establece los mecanismos para acceder a la información y señala las sanciones para aquellos funcio-

¹⁶ Predictamen de Ley de Acceso a la Información Pública, 10 de marzo de 2005.

narios que no cumplan la ley y continúen con la cultura del secretismo.

Algunos periodistas han señalado que la iniciativa carece de regulaciones puntuales en el área judicial, una fuente clave de información para la prensa en general, y en la que el acceso al expediente oficial es fundamental para no depender exclusivamente de fuentes de información, como son las partes involucradas en un caso y el juez.

Pero, apartando la forma de la ley, el problema de fondo es que la urgencia de la clase política no coincide con las iniciativas de interés democrático a largo plazo. En Nicaragua, los asuntos de interés nacional se subordinan a temas urgentes de las agendas partidarias y personales de quienes controlan el poder político.

Diputados de diferentes partidos, consultados sobre el estado de parálisis en el proceso de aprobación de esta ley en el cuerpo legislativo, aseguran que no hay una actitud en contra de la iniciativa, pero reconocen que por ahora los ánimos están concentrados en otras prioridades de sus respectivas agendas partidarias.

Una vez que el tema se encuentra en el Parlamento, pueden enfrentarse los siguientes retos y riesgos en relación a la aprobación de dicha iniciativa: peligros de una aprobación inadecuada, elaboración no participativa de la ley, existencia de leyes vigentes que puedan obstaculizar su aplicación, excepciones consideradas en la ley que obstaculicen su aplicación, falta de voluntad política para su aprobación y pocos recursos para una consulta nacional.

En cuanto a la aplicación, se corre el peligro de: burocratización de la información, negligencia de instituciones para informar, órgano de aplicación de ley ineficaz, resistencia de funcionarios a aceptar la ley, falta de infraestructura para ordenar la información, deficiente educación ciudadana para apropiarse del derecho y recursos ineficaces para ejercicio del derecho.

Existe el temor de que en su aprobación y aplicación prevalezcan conceptos de poder antidemocrático y que esta ley termine siendo limitativa del derecho a la información, estrechamente ligado al de la libertad de expresión y participación ciudadana.

Los sectores promotores de esta ley consideran que una mala legislación, sin procedimientos claros y poco funcionales, no serviría ni siquiera de bandera política a quienes dispongan aprobarla sin lograr la apropiación del público, sin consultarla y sin adecuarla a estándares internacionales en esta materia.

Una vez que entre en vigor la ley, uno de los principales retos es apoyar la transformación estructural de las instituciones públicas para que éstas puedan brindar servicios de información a la población. Así como generar una campaña de movilización que reivindique la demanda de acceso a la información como un derecho fundamental y no como una concesión de quienes ejercen el poder.

Finalmente, monitorear la etapa más difícil, que es la aplicación de la ley, promoviendo alianzas multisectoriales que permitan apropiarse de dicha ley y hacerla funcional. Precisamente sobre estos puntos es que los periodistas tienen muchas expectativas: *Ojalá y se ponga en práctica y que no pase como con las demás leyes, que se interpretan a beneficios de instituciones o sectores políticos*¹⁷.

Colegiación de periodistas

Una ley que parece que no se quedará en el papel, es la Ley 372, Ley Creadora del Colegio de Periodistas de Nicaragua. Aunque la ley entró en vigor hace más de tres años –el 16 de abril de 2001–, no es hasta que recientemente se eligió a la Junta Directiva, en noviembre de 2004, integrada por ocho miembros, que el gremio periodístico está muy interesado en el tema.

¹⁷ Eloísa Ibarra, periodista de *El Nuevo Diario*.

Continúa la crítica de que la idea de un Colegio que vele por la ética profesional ha sido sustituida por la de un instrumento de control cuyo propósito es reducir la competencia profesional, proveer de beneficios a los que se afilien y cooptar a los periodistas.

Pese a que la legislación, en su artículo 6, ordena que *para ejercer el periodismo o profesiones afines será necesario contar con credencial del Colegio de Periodistas de Nicaragua*, este requisito, violatorio de la Constitución pues según los críticos restringe el derecho que toda persona tiene a informar, aún no se ha aplicado a cabalidad.

Tampoco se ha aplicado otra norma de la ley, que obliga a que *serán objeto de reglamentación estatutaria los cargos que dentro de las empresas privadas o estatales deben desempeñar periodistas acreditados por el Colegio de Periodistas de Nicaragua*. La infracción de esta reglamentación *será considerada como ejercicio ilegal del periodismo y se sancionará por la autoridad de Policía de oficio o a solicitud de parte, de conformidad con los artículos 29 y 31 del Reglamento de la Policía (vagancia)*.

Este reglamento fue decretado por el presidente Joaquín Zavala el 25 de octubre de 1880 y tuvo la finalidad de organizar y reglamentar el servicio de la policía del siglo XIX. En éste se tipifica la vagancia como el estado de desocupación de una persona, sin uso o sin oficio, considerándola como una forma de delito que justificaba el arresto y el trabajo forzoso.

Dicho Reglamento de Policía castiga la vagancia *por la primera vez en los hombres con ocho días de obras públicas, con 16 por la segunda, y con un mes en los demás de reincidencia a quienes no tengan profesión, oficio lícito o cualquier otro modo honesto de vivir conocido*.

Directivos del Colegio han afirmado que no existe voluntad de aplicar tal reglamento, una vez se lleve a cabo el registro de periodistas, sino únicamente *regular el ejercicio de la profesión, simplemente no emitiendo carné a aquellas*

*personas que no cumplen los requisitos para ejercer el periodismo*¹⁸.

Pero aunque el corazón de la ley no se ha aplicado, hay pasos firmes al respecto. Finalmente, el 27 de noviembre de 2004, las dos organizaciones de periodistas del país –Asociación de Periodistas de Nicaragua y Unión de Periodistas de Nicaragua– se pusieron de acuerdo para realizar un congreso y elegir autoridades de la Junta Directiva, tal y como manda la legislación. *En 2004 tuvimos varios encuentros, trabajamos en conjunto en la Comisión Organizadora, integrada por dos representantes de la Asociación de Periodistas de Nicaragua (APN) y dos representantes de la Unión de Periodistas de Nicaragua (UPN)*¹⁹.

En el gremio hay opiniones diversas. *Es bueno que haya la colegiación, sobre todo para que no exista gente que no sea periodista metiéndose a la carrera, porque lo que hacen es dar una imagen negativa. No creo que sea patrimonio sólo de la gente que estudia periodismo, pero tampoco debe ser tan abierta para que entre cualquiera sin escrúpulos. Por lo tanto es buena esa regulación, lo que hay que tener cuidado es quienes quedan al frente de esa regulación, porque debe ser gente con alguna autoridad dentro del propio gremio para que podamos respetarla y reconocerla*²⁰.

Hay críticas de que personas no autorizadas por la ley votaron en dicho congreso del Colegio de Periodistas, lo cual ha creado inconformidad en un sector del periodismo. Sin embargo, no hay ninguna iniciativa legal tomada contra esta actividad. Adicionalmente, se alega que pasó el período de impugnación de dicha elección.

¹⁸ Irma Franco, miembro de la Comisión Institucional del Colegio de Periodistas de Nicaragua.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Eloísa Ibarra, periodista de *El Nuevo Diario*.

Será hasta abril de 2005 cuando otro congreso evaluará la actividad de noviembre, incluyendo el nombramiento de la Junta Directiva del Colegio. Mientras tanto, el 15 de marzo de 2005 se realizó un sorteo de la Lotería Nacional en cumplimiento del artículo 35 de la ley: *Para que el Colegio de Periodistas pueda poner en marcha las actividades de registro y habilitación de sus miembros, se facilitará al Colegio fondos originados en un sorteo semestral de la Lotería Nacional que deberá entregarse a la Junta Directiva Nacional del Colegio.*

Una vez recogido fondos suficientes, entraría en vigor el registro de periodistas. Sin embargo, todavía no hay una reglamentación de la ley y deben cumplirse ciertas formalidades, por lo que se espera que esto se prolongue algunos meses. Actualmente, organizaciones de periodistas realizan una “depuración” de sus listas de miembros para instaurar el registro.

Para evitar que se apliquen estas medidas, se han interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia dos recursos de inconstitucionalidad. El primero fue presentado por personeros del diario *La Prensa* (Jaime Chamorro y Luis Sánchez), *El Nuevo Diario* (Danilo Aguirre, Javier Chamorro y Francisco Chamorro), *Canal 2* (Octavio Sacasa), *Canal 8* (Carlos Briceño) y *Canal 10* (Carlos Pastora). El segundo, por directivos de la Asociación de Periodistas de Nicaragua, que ha promovido ante el Ejecutivo y el Legislativo un proyecto de reforma a la ley.

Sin embargo, actualmente permanece en la Corte sólo el recurso interpuesto por Luis Sánchez Sancho y Jaime Chamorro, del diario *La Prensa*. *La Corte puso un reparo (una corrección jurídica) y como el resto de personas no estaban disponibles, sólo quedamos Jaime Chamorro y yo*²¹.

Sobre estas iniciativas legales no hay todavía respuesta de parte de las autoridades judiciales. *El recurso está pendiente*

²¹ Luis Sánchez, editor Páginas de Opinión del diario *La Prensa*.

de fallo. Ya lleva cuatro años, está ahí esperando. Es parte de la crónica retardación de justicia y expresión del desinterés de los magistrados en un tema tan importante como la libertad de prensa, porque en otros temas políticos y partidistas, resuelven con suma rapidez²². El ejercicio de la libertad de expresión le pertenece, de acuerdo a declaraciones de derechos humanos, a todos los ciudadanos, y no solamente a los que tiene un cartón universitario o la autorización de una entidad paraestatal²³.

En meses pasados, organizaciones de periodistas y representantes de medios de comunicación –diario *La Prensa*– se sentaron a negociar una salida consensuada al Colegio. *En dos ocasiones nos sentamos con Jaime Chamorro y Luis Sánchez (del diario La Prensa) y fue positivo porque hubo disposición de platicar primero, escucharnos y buscar salidas y por eso hay que darles el lugar a estos señores. Si no corrigen en el Colegio en el próximo Congreso en marzo o abril, hasta mayo podemos llegar²⁴.*

Sánchez confirmó la voluntad de conciliar posiciones con las organizaciones de periodistas: *Hemos hablado de la posibilidad de una reforma a la ley, no estamos en contra de la colegiación, de lo que estamos en contra es que se exija la pertenencia al Colegio para ejercer el periodismo. No es pleito con ellos, hablamos con los presidentes de APN y UPN de la posibilidad de una reforma a la ley de colegiación, que dejaría todos los beneficios que se pretenden obtener, pero sin la obligatoriedad²⁵.*

Penalización del desacato

Sobre el tema de desacato no existe ninguna ley específica al respecto. El delito de desacato está regulado en

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ Carlos Salgado, ex presidente de la Unión Nacional de Periodistas.

²⁵ Luis Sánchez, Editor Páginas de Opinión del diario La Prensa.

el artículo 347 del Código Penal: *Cometen desacato contra la autoridad: Los que provocan a duelo, calumnian, injurian o insultan de hecho o de palabra, amenazan a funcionario público en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, en su presencia, o en notificación o en escrito que se les dirija.* Dicho artículo del Código Penal se encuentra vigente, pero no es invocado por los funcionarios públicos.

Tampoco existe una utilización por parte de los funcionarios públicos de querellas penales por delitos contra el honor como medio para desincentivar la crítica. En este sentido, el ejercicio del periodismo en Nicaragua no se encuentra amenazado.

En relación al derecho al secreto profesional, la obligación establecida por el Código Penal de guardar secretos, corresponde en realidad con la idea del derecho que gozan los periodistas de reservar el nombre de sus fuentes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la regla general es garantizar el secreto profesional, pero existen excepciones. Por ejemplo, cuando es necesaria la información para perseguir un delito: *En caso contrario el periodista se convertiría en un encubridor, insisto esto es cuando no existe otro medio para averiguar la verdad y hacer justicia*²⁶.

A la fecha no se registra ningún juicio realizado en contra de periodistas utilizando dicho marco legal. Tampoco se registran condenas o procesos penales a periodistas promovidos por funcionarios públicos o figuras públicas. De acuerdo a algunos analistas, existe cierto grado de temor de parte de la administración pública hacia los medios de comunicación. *Realmente los funcionarios públicos se ven intimidados por el periodismo, de tal forma que no acuden a los tribunales*²⁷.

²⁶ María Asunción Moreno, catedrática de derecho, Universidad Centroamericana.

²⁷ María Asunción Moreno, catedrática de Derecho, Universidad Centroamericana.

Otra lectura revela una creciente apertura y tolerancia de los funcionarios públicos a rendir cuentas a los medios y aceptar la responsabilidad social de los periodistas de fiscalizar el poder, principalmente con la salida del ex presidente Alemán. Asimismo, no hay aplicación de estándares internacionales como la doctrina de la *real malicia*.

Publicidad oficial

En el capítulo de la publicidad estatal, debe destacarse una importante reducción del presupuesto destinado para publicitar las actividades de gobierno. Durante la administración de Arnoldo Alemán, el “pastel” publicitario era empleado para premiar o castigar a adversarios y amigos del gobierno, lo que motivó severas denuncias de parte de los medios de comunicación, organismos de periodistas e instituciones internacionales vinculadas a la libertad de expresión.

El panorama ha cambiado relativamente. Según el gobierno, actualmente disponen de pocos recursos para emplearlos en publicidad. La Presidencia de Alemán contaba con un presupuesto general de 440-450 millones de córdobas, este gobierno tiene 217 millones. De esta última cantidad, destina un millón 200 mil córdobas para publicidad. *Los pocos recursos que tiene la Presidencia para publicidad se invierten en radio, en los departamentos, y para las publicaciones escritas a lo largo del año. Entiendo que las políticas de las demás instituciones básicamente está orientada de acuerdo al rating los diferentes medios. Te puedo asegurar que no hay una política de premio-castigo. Con este conflicto político, la publicidad se ha visto afectada, porque muchas veces el recurso es visto como un gasto innecesario en la Asamblea y lo recortan o eliminan*²⁸.

Sobre la disminución de la publicidad gubernamental coinciden algunos periodistas: *Es cierto que hay una fuerte*

²⁸ Lindolfo Monjarrez, vocero de la Presidencia de la República.

*reducción de la publicidad del gobierno central, pero es pareja: no le han bajado a uno y a otros le han subido*²⁹.

Sin embargo, para otros periodistas, la libertad de expresión sigue sufriendo la práctica de utilizar la publicidad para premiar o castigar a los medios: *La libertad de expresión ha retrocedido por razones de índole institucional: el gobierno favorece a quienes lo apoyan, por medio de relaciones comerciales. Es el caso de Páginas Azules (suplemento gubernamental semanal), otorgada a La Prensa y Nuevo Diario o campañas televisivas para los canales 2, 8 y 10*³⁰.

También se considera que existe “amiguismo” de funcionarios públicos hacia espacios noticiosos afines al gobierno. Actualmente no existe ninguna legislación, norma institucional o resolución administrativa que regule el uso de los fondos estatales destinados a la publicidad. *Eso no es nuevo, siempre se ha visto de esta manera: si apoyas la gestión gubernamental de turno tenés los anuncios adecuados. Eso lo comenzó el doctor Alemán, hizo una lista de quienes apoyaban a su gobierno y nunca se utilizaron criterios que tienen que ver con el rating. No ha cambiado con Bolaños, se ha mantenido. Por el contrario, si proyectás la figura del ministro te dan publicidad. Hay gente que paga por cobertura. // Recuerdo que una vez, siendo empleado de Canal 2, hablé en contra de los ministros y el secretario de Comunicación, Joel Gutiérrez, llamó al canal y dijo que iba a retirar la publicidad del Estado. Eso me asustó porque no quería causarle daño al propietario del canal. Por eso afirmo que siempre ha sido un instrumento de presión sobre los medios*³¹.

Pese a las críticas, hasta el momento no existe ninguna denuncia oficial en contra del gobierno sobre el uso que hace

²⁹ Eduardo Enríquez, jefe de redacción del diario *La Prensa*.

³⁰ Carlos Salgado, ex presidente de la Unión de Periodistas de Nicaragua.

³¹ *Ibidem*.

de la publicidad estatal, de parte de algún periodista o medio de comunicación.

Acceso al mercado de medios

En cuanto a la propiedad de los medios, el artículo 68 de la Constitución establece: *El Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo. La ley regulará esta materia.*

No obstante, no existe ninguna ley o norma antimonopolio de los medios de comunicación. ¿Cuál es la posibilidad de aplicación de criterios democráticos en la asignación de frecuencias radioeléctricas? Según el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales: *El otorgamiento de licencias y permisos deberá responder al principio de igualdad de trato. En consecuencia se otorgarán a todos aquellos solicitantes que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley y los diversos reglamentos que sean aplicables, así como las demás normas técnicas y administrativas vigentes.*

No hay jurisprudencia que apoye este principio. Sin embargo, actualmente hay una pugna entre el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR) y el periodista Miguel Mora, por el otorgamiento de una licencia para operar el Canal 15 (UHF) de televisión abierta. Dicha frecuencia fue asignada en diciembre de 2004 a la Arquidiócesis de Managua (Iglesia Católica, representada por el Cardenal Miguel Obando y Bravo).

Según TELCOR, la asignación fue hecha de conformidad a los artículos 29 y 30 del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, luego que un Comité de Licitación observó *que dentro del proceso evaluativo cumplieron con los factores y valores de ponderación establecidos en las Bases de Licitación*³².

³² Nota de prensa del 17 de enero de 2005. Página Web de TELCOR, www.telcor.gob.ni/Noticias.asp?ID=81.

Sin embargo, Mora alega que fue él quien cumplió todos los requisitos técnicos y legales del caso, razón por la que introdujo un recurso de amparo, el cual se encuentra en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Todavía no hay respuesta del mismo.

De acuerdo a una nota de prensa de TELCOR: *la Arquidiócesis de Managua, presentó un proyecto de televisión religiosa y programación de promoción de la cultura de paz y no violencia, enfocada a lograr una mejor sociedad donde prive en los ciudadanos nicaragüenses los principios morales y el bienestar de todos. // Tomando en cuenta los resultados obtenidos en la evaluación de la Oferta, el Comité de Licitación, por unanimidad de votos de los miembros participantes, resolvieron a favor de dicha adjudicación. Las personas y/o empresas que adquirieron el pliego de bases para esta licitación fueron: Telecomunicaciones y Sistemas S.A. (TELSA); Servicio Informativo de Nicaragua, S.A., Arquidiócesis de Managua / Cardenal Miguel Obando y Bravo*³³.

Pero Mora alega que fue excluido arbitrariamente del proceso de licitación, el que considera irregular: *A mí ni siquiera me precalificaron. Ya tengo derechos adquiridos, yo fui el único que llenó todos los requisitos de ley y los publiqué. TELCOR establece que sólo llenando los requisitos te dan derecho de publicación, y nadie más lo hizo. El proceso siguió, recurrí de revisión ante TELCOR, dijo que no, recurrí ante el presidente, dijo que no. Y fue entonces que recurrí al Tribunal de Apelaciones, que ordenó enviar todo lo actuado a la situación original hasta que la Sala Constitucional se pronuncie*³⁴.

Pero las críticas sobre la asignación y el manejo de frecuencias televisivas y radiofónicas no terminan ahí. A finales del año pasado, el Parlamento aprobó una ley que

³³ *Ibidem.*

³⁴ Miguel Mora, director del *Canal 100% Noticias* (UHF).

crea la Superintendencia General de Servicios Públicos, que unifica los entes reguladores de los servicios eléctricos, telecomunicaciones y agua potable. Sus titulares (superintendente y vicesuperintendente) son nombrados por la Asamblea Nacional. *El gobierno interpreta esta iniciativa como un intento de los partidos liberal y sandinista de seguir restándole atribuciones al Poder Ejecutivo, y someter los servicios públicos al control partidista. Según el mismo gobierno, esto significa una grave amenaza contra el derecho a la libertad de expresión, debido a que dicha Superintendencia estaría a cargo de las concesiones y renovaciones de las frecuencias de radio y televisión, que ahora están bajo la normativa del ente estatal TELCOR, cuyos titulares son nombrados por el presidente de la República. Por su parte, los diputados liberales y sandinistas han negado que sea esa su intención y alegan que el interés es unificar y racionalizar el sistema de control de los servicios públicos*³⁵.

Restricciones a los espectáculos públicos

En relación al sometimiento a censura previa de los espectáculos públicos para proteger a la niñez y adolescencia, hay legislación que regula dicho tema. El artículo 65 del Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado en 1998, establece que el Estado, a través del Ministerio de Gobernación, será responsable de clasificar las diversiones y espectáculos públicos en relación a la naturaleza de los mismos, las edades para los que no se recomiendan, locales y horarios en que su presentación no sea adecuada. *Los responsables de las diversiones y espectáculos públicos deberán fijar en lugares visibles y de fácil acceso, información destacada sobre la naturaleza del espectáculo y edad permitida. Se prohíbe admitir a niñas, niños y adolescentes en salas de proyección cinematográficas u*

³⁵ Asamblea General de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), *Informe sobre Libertad de Prensa en Nicaragua*. Guatemala, 22 al 26 de octubre de 2004.

otros lugares de espectáculos similares en la presentación de programas clasificados como no aptos para ellos, así como participar o admitir en espectáculos y lugares públicos, programas de radio y televisión que puedan lesionar o poner en peligro su vida e integridad física, psíquica o moral.

El artículo 221 del mismo Código ordena: Los dueños de establecimientos que omitan exponer en un lugar visible un anuncio sobre la naturaleza del espectáculo que se presenta y las edades de las personas a las que le es permitido el ingreso, previa identificación del adolescente, de acuerdo a la Ley de Identificación Ciudadana, se les aplicará multa de 1,000 a 5,000 córdobas y el cierre temporal. En caso de reincidencia se aplicará el cierre definitivo. Serán sancionados con igual medida las empresas de canales de televisión y televisión por cable, que transmitan programas para adultos antes de las diez de la noche.

Sin embargo, dicha legislación no se aplica de ninguna manera. Existe legislación al respecto incluida en el Código de la Niñez y la Adolescencia, pero no se ha operativizado la misma por parte de la Policía, el Ministerio de la Familia y el Ministerio de Gobernación. En otras palabras, esto se ha quedado en el papel³⁶.

Violencia y atentados contra periodistas

Un capítulo a lamentar es la violencia contra comunicadores en Nicaragua. Se reportan nuevos casos de asesinatos y amenazas. El 10 de febrero de 2004 fue asesinado de tres disparos el periodista Carlos Guadamuz, frente a las instalaciones del Canal de Noticias de Nicaragua (Canal 23), mientras se disponía a realizar su programa *Dardos al Centro*. Polémico periodista y crítico del partido sandinista, se menciona una clara relación del crimen con su trabajo periodístico. Incluso, Guadamuz se presentó meses antes al

³⁶ Carlos Emilio López, Procurador Especial de la Niñez y la Adolescencia.

Juzgado Séptimo Local del Crimen de Managua, a denunciar por amenazas de muerte al ex presidente Daniel Ortega y a Dionisio Marengo (actual alcalde de Managua).

El asesino de Guadamuz, capturado *in fraganti*, fue identificado como William Augusto Hurtado García. El propio Hurtado declaró ante la Policía que asesinó a Guadamuz por sus críticas acérrimas al sandinismo. Hurtado García fue condenado, el 19 de abril de 2004, por la Juez Octavo de Distrito Penal de Juicio, Rafaela Urroz, a una pena de 21 años y seis meses de presidio: 18 por asesinato y tres y medio por tentativa de homicidio, lo que mereció el rechazo de los familiares de Guadamuz y la Fiscalía, quienes pedían la pena máxima de 30 años. La juez tomó en cuenta la premeditación y alevosía como las dos agravantes que la condujeron a aplicar dicha pena, dejando por fuera otras nueve agravantes que pidió la Fiscalía.

Dos días después de las elecciones municipales, el 9 de noviembre de 2004, fue asesinada a tiros la periodista María José Bravo, corresponsal del diario *La Prensa* en el departamento de Chontales. El hecho ocurrió en la salida del Centro de Cómputos de Juigalpa, donde ella daba cobertura a protestas electorales.

Bravo fue ultimada por el ex alcalde de la comunidad de El Ayote, Eugenio Hernández González, miembro del Partido Liberal Constitucionalista (PLC). Las investigaciones revelaron que Bravo fue criticada por no dar cobertura a actividades partidista del PLC, lo que habría motivado una revancha política en su contra, que al final concluyó en su asesinato. Hernández González, fue encontrado culpable el 26 de enero de 2005 por Rosa Inés Osorio, Juez de Distrito Penal de Juigalpa. La jueza concluyó que el asesino ejecutó el hecho utilizando *medios y formas con la única intención de no correr riesgo ante una posible defensa de la víctima*, por lo que declaró su culpabilidad y lo condenó a la pena principal de 25 años de presidio.

Otro caso relevante de amenazas ocurrió el 22 de octubre de 2002, cuando Tirso Moreno, ex miembro de la Resistencia Nicaragüense, se tomó por asalto la redacción del diario *La Prensa*. En estado de ebriedad y empuñando dos pistolas, Moreno responsabilizó irracionalmente al periódico por la muerte de Arnoldo José Alemán Cardenal, hijo del ex presidente Arnoldo Alemán, quien falleció de forma accidental esa misma tarde. Moreno, ex comandante de la Resistencia Nicaragüense, mantuvo de rehenes a 27 personas, entre periodistas, fotógrafos, editores y personal administrativo. Al final se entregó a las autoridades y no hubo víctimas.

Pese a las abrumadoras pruebas judiciales recabadas, Moreno fue declarado inocente por un tribunal de jurados el 6 de mayo de 2003 de los cargos de secuestro y exposición de personas al peligro. La causa fue llevada por Edgard Altamirano, Juez Séptimo de Distrito del Crimen de Managua. Se alegó que el delito de secuestro no podía aplicarse a los sucesos, ya que, según la defensa, se trataba de una detención ilegal.

Otras formas de limitar la libertad de expresión

Un capítulo que ha causado gran preocupación en los principales medios de comunicación de Nicaragua es la modificación, en marzo de 2005, del artículo 68 de la Constitución, que establecía exoneraciones para la importación de equipos, materiales y repuestos para los medios de comunicación.

Dicho artículo, ahora reformado, rezaba: *La importación de papel, maquinaria y equipo y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos, así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas, estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales.*

A este artículo se le agregó una coletilla, que ordena que la ley regulará la materia. Y una reforma a la Ley de Equidad Fiscal reguló, en efecto, el tema. Ahora los medios catalogados como grandes contribuyentes tendrán derecho a sólo el 2.5% de exención calculada sobre sus ingresos brutos del año fiscal anterior y los pequeños a un 5%, un techo que no existía anteriormente.

Ante esta medida los medios han reaccionado fuertemente, alegando que es un ataque a la libertad de expresión, principalmente en una sociedad en la que el periodismo ha tomado el lugar de otras instituciones fiscalizadoras del poder. *Los medios son los controladores del poder por excelencia. Ya lo decía Horacio Verbitsky: 'El periodismo es oposición, lo demás es propaganda'. Se nos ha olvidado que las relaciones entre medios y políticos son relaciones tensas y que las esferas de actuación, además de ser complementarias, son disociativas; los medios no pueden hipotecar ni renunciar a su función primigenia que es la de controlar el poder, y el poder es alérgico a todo tipo de control*³⁷.

Por su parte, los diputados afirman que únicamente quieren regular las exoneraciones. Alegan que la medida nace para regular “abusos” que algunos medios de comunicación cometen con las exoneraciones y para actualizar la lista taxativa de bienes exonerables que había en la Ley de Reforma Tributaria.

Los legisladores argumentaron que la reforma se basa en el análisis de las exoneraciones recibidas de parte del gobierno, en las que han encontrado que, supuestamente, tres medios de comunicación “se llevan” las tres cuartas partes de las exoneraciones, lo cual fue negado por propietarios de medios.

³⁷ Declaraciones de Guillermo Rothschild Villanueva, decano de la Facultad de Ciencias de la Comunicación, de la Universidad Centroamericana (UCA), 21 de enero de 2005.

Se espera que a finales de marzo o principios de abril, la ley entre en vigencia. Sin embargo, en la segunda semana de abril los diputados sandinistas se reunieron con los medios de comunicación para buscar una salida intermedia a la discusión.

El estado de la libertad de expresión en Panamá*

Salvador Sánchez¹

Este artículo pretende ser una recopilación del tipo de respuestas constitucionales y legislativas que la República de Panamá ha brindado en el tratamiento de la libertad de expresión y el derecho a la información, sobre la base del texto del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Regulación constitucional

La Constitución Política vigente en Panamá (1972), consagra la libertad de expresión de forma análoga a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su artículo 37, establece: *Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos*

* Este texto ha sido resumido por los editores del libro, con el consentimiento del autor.

¹ Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Licenciado en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA) de Panamá. Profesor en la USMA desde 1993. Fundador en 1998 del Centro de Iniciativas Democráticas (CIDEM). Desde 2000 coordina la asesoría brindada a las Comisiones de Gobierno, de Derechos Humanos y de Asuntos Indígenas en la Asamblea Nacional de Panamá.

medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público.

También regula, en otros artículos, el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación administrados por el gobierno central (artículo 140), orientaciones para la publicidad (artículo 89), derecho a la práctica de cultos religiosos (artículo 35), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 29) y derecho de petición (artículo 41), todos ellos relacionados con la libertad de expresión y el derecho a la información. Debe recordarse, sin embargo, que la Constitución Política de 1972 es un texto modificado en múltiples ocasiones, la última hace muy poco, a finales de 2004². Esta última reforma afectó considerablemente la regulación constitucional de la libertad de expresión.

Entre los temas que son tratados en la renovada Constitución Política panameña, se incluyen los siguientes: exigencia de mandato de autoridad judicial para poder interceptar o grabar las comunicaciones privadas (artículo 29); derogación de la facultad de sancionar sin juicio previo de los funcionarios públicos cuando se sintieran agraviados (artículo 33.1); establecimiento del derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión (nuevo artículo 42); establecimiento del derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación (nuevo artículo 43); constitucionalización de la acción de *hábeas data* con miras a garantizar el derecho de acceso a la información personal recabada en bancos de

² La reforma entró a regir el 15 de noviembre de 2004, en lo referente a los asuntos discutidos en este artículo.

datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información (nuevo artículo 44), y reconocimiento del derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere (nuevo artículo 49).

Se trata de una serie de cambios trascendentales, que aunque no son novedosos en sí mismos, representan la elevación constitucional de instituciones y principios previamente establecidos en la ley.

Regulación legal

La regulación actual de la libertad de expresión está dispersa en una gran variedad de normas legales, que desarrollan o completan lo dispuesto constitucionalmente.

Regulación profesional del periodismo

Bajo la Constitución Política de 1972, se expidió la Ley 67 de 1978, que reguló el ejercicio de la profesión de periodismo. Mediante fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de 7 de octubre de 1983, fueron declaradas inconstitucionales varias de sus disposiciones. Concretamente, muchas de las que reservaban para periodistas graduados el ejercicio exclusivo de oficios relacionados con la actividad de la prensa: correctores y fotógrafos, por ejemplo. Sin embargo, el fallo conservó otras de estas actividades como de ejercicio exclusivo de periodistas titulados: jefes de redacción, reporteros y responsables del área en el sector público. El Relator para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado problemáticos algunos de los artículos subsistentes de la Ley 67 de 1978 y que se refieren a quién debe ser considerado periodista³.

³ Relatoría para la Libertad de Expresión, *Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Panamá*, 2003, párrafos 123 y 124.

Igualmente, el artículo 41 de la Ley 24 de junio de 1999, que regula los servicios públicos de radio y televisión, estipula que los locutores de radio y televisión deben estar debidamente acreditados ante el Ente Regulador de los Servicios Públicos, presentando constancia de universidad acreditada en la República de Panamá de que se está capacitado para ser locutor.

Mediante la Ley 55 del 20 de diciembre de 1999, se derogó la Ley 68 de 1978 que establecía la Junta Técnica de Periodismo y regulaba el ejercicio de la profesión de periodista. En la Ley 55 se dio mandato al Ministerio de Gobierno y Justicia para que, de común acuerdo con los grupos profesionales y empresariales del sector, preparara y presentara a consideración de la Asamblea Nacional un proyecto de ley que tratara la materia. Si este mandato no se cumplía dentro de los 180 días siguientes a la promulgación de la ley, se habilitaba a que el proyecto fuera presentado por la Comisión de Comunicación y Transporte de la Asamblea Nacional.

En 2001 se presentó un Proyecto de ley “Por medio de lo cual se regula el ejercicio del periodismo en la República de Panamá”, el cual preveía la derogación de la Ley 67 de 1978 y crearía un Consejo Nacional de Periodismo. El Proyecto, sin embargo, no fue aprobado en esa oportunidad.

En marzo de 2005 el ministro de Gobierno y Justicia presentó a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley (Proyecto de Ley 73) “Que prohíbe la imposición de sanciones por desacato, dicta medidas en relación con el derecho a aclaración y réplica y adopta otras disposiciones.” Aunque no se trata de la primera iniciativa en sentido semejante, tiene particular interés por haber sido presentada por el ministro de Gobierno y Justicia, lo que parece asegurarle una próxima discusión y aprobación. Entre las normas que pretende derogar este Proyecto, se encuentra la Ley 67 de 1978. La eventual derogación completa de la Ley 67, sin embargo, derogaría también el derecho de reserva de la fuente, consagrado en su artículo 21. Al igual que ocurría

con la Ley 11 de 1978 (cuya derogación íntegra también pretende el Proyecto de Ley 73), debieron rescatarse algunos artículos de la Ley 67 de 1978 para que fueran reproducidos en una nueva versión del Proyecto.

Sin embargo, otras disposiciones de la Ley 67 no fueron reproducidas en el trámite legislativo, y estuvieron condenadas a desaparecer con la aprobación del Proyecto de Ley 73, pese a la resistencia de al menos una organización de periodistas. Los remanentes de la protección legal al ejercicio profesional del periodismo, incluyendo la restricción para ejercer una variedad de cargos en medios de comunicación privada y pública, de exclusiva ocupación por periodistas titulados e idóneos, y el requisito de nacionalidad para directores de medios, y para los propietarios de medios de comunicación escritos, aparecía así en la víspera de desaparecer.

En la actualidad existe una gran variedad de organizaciones profesionales de periodistas, incluso una que se autodenomina Colegio de Periodistas, pero no existe obligación de pertenecer a ninguna organización en particular. Por el contrario, existe un reconocimiento legal de esa pluralidad de organizaciones en disposiciones tales como el artículo 25 de Ley 67 de 1978, que ordena: *Las organizaciones de periodistas legalmente constituidas comunicarán periódicamente a los medios de comunicación social la lista de periodistas en disponibilidad con el fin de que puedan ser contratados por los medios de comunicación social que requieran sus servicios.*

De modo similar, el artículo 42 de la Ley 24 de 1999 establece que: *Los gremios con personería jurídica que agrupen periodistas idóneos, incluyendo el Sindicato de Periodistas de Panamá, emitirán un código de ética que deberá ser de conocimiento de los concesionarios de radio y televisión, quienes establecerán normas de comportamiento para los comentaristas de dichos servicios durante la ejecución de esta actividad.*

Así, el derecho a la libre asociación de los periodistas está garantizado en la ley y en la práctica cotidiana. Permanece abierto, sin embargo, el problema de la colegiación profesional obligatoria, aparentemente resuelto en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), en relación con el ejercicio del periodismo. Debo decir que la colegiación profesional obligatoria ha dado lugar a múltiples confusiones tanto en la jurisprudencia constitucional panameña, como en la jurisprudencia del SIDH.

La Constitución panameña autoriza a la ley a regular la colegiación, como fenómeno distinto del derecho de asociación. La colegiación profesional obligatoria es por tanto una posibilidad constitucionalmente garantizada, sin exclusión expresa de la colegiación obligatoria de los periodistas. Otra cosa es admitir, como es de rigor, que actualmente la ley no consagra la colegiación obligatoria de periodistas. La confusión de la jurisprudencia constitucional radica en que, a pesar del expreso mandato constitucional y confundiendo inexplicablemente el derecho de asociación y la colegiación profesional, se ha decretado la inconstitucionalidad de la ley que consagraba la colegiación obligatoria de los abogados, estableciendo el precedente de la supuesta inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria de todas las profesiones. Vale decir, que la fundamentación de esa decisión no se encontró en la aplicación del artículo 13 de la Convención Americana, sino en que la colegiación obligatoria vulneraba el derecho de asociación.

Es por eso que el Estado panameño informó al Relator, para disipar su preocupación de que se restablezca la colegiación obligatoria de periodistas, que *la Colegiatura Obligatoria fue declarada inexecutable por fallo de la Corte Suprema de Justicia de 2 de junio de 1994, y por ende, no se practica para ninguna profesión en Panamá*⁴. Esa

⁴ Relatoría para la Libertad de Expresión, *Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Panamá*, 2003, párrafo 125.

jurisprudencia, sin embargo, podría verse modificada en el futuro, si se recupera el auténtico sentido de la norma textual de la Constitución vigente, especialmente en su artículo 40.

En este sentido debe recordarse que existen diferencias fundamentales entre el ejercicio del derecho de asociación y la institución conocida como colegiación profesional. Esta última implica el ejercicio de funciones públicas, tradicionalmente estatales, como suele hacerse respecto a la verificación de la idoneidad técnica para el ejercicio de una disciplina o a la supervisión de la ética profesional. Si bien el derecho a la libre asociación de los periodistas debe preservarse, esto no excluye la posibilidad de establecer un auténtico colegio profesional, siempre que el ejercicio de la libertad de expresión de un periodista no esté condicionada a la pertenencia al mismo⁵.

En lo que respecta al SIDH, es inevitable destacar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la Colegiación Obligatoria de Periodistas. Esa Opinión señala que sólo cuando la colegiación obligatoria obstaculice el acceso a los medios de comunicación, estaríamos en presencia de una violación a la Convención. Eso y sólo eso puede entenderse de la parte resolutive de la Opinión Consultiva, aprobada por unanimidad, que indica que *la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁶.

Los argumentos utilizados por la Corte a lo largo de la OC-5/85 son bastante conocidos y no es del caso repetirlos aquí. En general, están afectados por la pretensión por

⁵ Ver: Barrios González, Boris, *La Libertad de Expresión*. Editorial Portobelo, Panamá, septiembre de 2003.

⁶ OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985. Parte resolutive primera. El resaltado es nuestro.

identificar el ejercicio del periodismo y el ejercicio de la libertad de expresión. Al forzar esa identidad, hace irreconocible el periodismo profesional y convierte toda expresión humana en una variedad de periodismo. El efecto es que toda condición al ejercicio de esa profesión, deviene automáticamente un límite a la libertad de expresión. El problema real para la libertad de expresión queda oculto tras unas reflexiones valiosas, pero desencaminadas. Lo fundamental no es la colegiación obligatoria de los periodistas como una condición para el ejercicio del periodismo. En el escenario de la OC-5/85, lo fundamental era el acceso de los no colegiados a los medios de comunicación. La lesión a la Convención Americana provendría de que no hubiera acceso pleno a los medios de comunicación para todos, fueran o no periodistas, estuvieran o no colegiados.

Hay explicaciones que contribuyen a extraer el legado diverso de la OC-5/85. Pienso que debe rescatarse la argumentación de jueces de la Corte Interamericana como Pedro Nikken, quien indicó: *No creo que sea justo ni prudente interpretar la Opinión de la Corte como señalando que la colegiación limita la libertad de expresión y que basta eliminar esa colegiación para restablecer automáticamente dicha libertad, porque esa aseveración no es cierta. La sola supresión de la colegiación puede conducir a otorgar mayor poder de "control particular" a unos pocos empresarios de la prensa, sin provecho especial para la comunidad y sin que haya ninguna seguridad de que se abrirá el acceso a los medios de difusión a todo no colegiado. Puede, más bien, favorecer una incondicionalidad de los periodistas, aun al margen de la ética, a favor de su patrono, cosa ésta que también podría llegar a lesionar los valores preservados por el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos*⁷. Por supuesto, esto no implica que la colegiación obligatoria, por sí sola, garantizará la libertad de expresión, aunque sí puede contribuir en un aspecto relevante del

⁷ OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985. Declaración del Juez Pedro Nikken, párrafo 11.

ejercicio de esa libertad, frecuentemente marginado del análisis de comentaristas interesados: la independencia de los periodistas respecto del medio en el que trabajan.

También resulta de interés la explicación del voto del Juez Máximo Cisneros, a favor de la Opinión Consultiva. En su criterio, lo establecido por la Corte *no significa la adopción de un concepto genérico de que la colegiación obligatoria de los periodistas deba desaparecer forzosamente como condición indispensable para que pueda existir la libertad de expresión*. El Juez Cisneros resalta que los colegios de periodistas *son útiles al interés social porque dentro de sus fines y actividades persiguen objetivos de evidente interés común*. Incluye entre esos objetivos la capacitación de sus miembros y la *indispensable vigilancia de la ética profesional*. Más aún, el Juez Cisneros señala que *la forma de ejercer la vigilancia de la ética profesional más congruente con los principios de una sociedad democrática, es precisamente a través de los Colegios, porque así en cierta forma significa una auto limitación de los derechos personales de los periodistas en razón del bien común*⁸.

Más clarificadora aún es la declaración del Juez Rafael Nieto Navia, quien indica que *la norma imperativa de derecho público que obliga a los individuos a asociarse en colegios por profesiones es válida y no puede considerarse per se violatoria de la libertad de asociación, cuando tales colegios cumplen fines estrictamente públicos, trascendentes al interés privado, es decir, cuando reciben del Estado una delegación que éste podría cumplir directamente pero que delega porque considera que esa es la forma más idónea para cumplir el fin propuesto*⁹.

En última instancia, el Principio 6 de la Declaración de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de

⁸ OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985. Declaración del Juez Máximo Cisneros, párrafos 3 y 5.

⁹ OC 5/85 de 13 de noviembre de 1985. Declaración del Juez Rafael Nieto Navia, párrafo 7.

Derechos Humanos, ha recogido la posición más extrema de tachar la colegiación obligatoria y la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística como restricciones ilegítimas a la libertad de expresión. Se trata del triunfo de la idea de que periodismo y libertad de expresión son lo mismo. La defensa de la colegiación obligatoria, como posibilidad jurídica está enmarcada por tanto en ese contexto jurídico internacional, y enfrentada a la resistencia que generan sus posibilidades ordenadoras del ejercicio profesional y promotoras de la independencia periodística.

Acceso a la información de los expedientes del Estado

El acceso a la información de los expedientes del Estado, ha estado originalmente bajo el paraguas constitucional del derecho de petición. La disposición del artículo 41 de la Constitución indica: *Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución. // El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días. // La Ley señalará las sanciones que correspondan a la violación de esta norma.*

Este derecho ha tenido distintos desarrollos legales. La recepción de un derecho autónomo a la información, primero legal y luego constitucionalmente, ha generado alguna confusión a la hora de ejercitar estos derechos, toda vez que la “petición de información” podía ser encuadrada en ambas vías, y dada la novedad del reconocimiento explícito del derecho a la información¹⁰. En cuanto al acceso a los expedientes administrativos, la Ley 38 de 2000, estableció originalmente en su artículo 70 que: *Al expediente sólo*

¹⁰ Ver Esquivel Morales, Ramiro A. “La Ley de Transparencia, su Reglamentación y el Habeas Data frente a la Información e Acceso Limitado”, pp.105-388 En González Montenegro, Rigoberto y Esquivel Morales, Ramiro A. *El Derecho de Acceso a la Información y la Acción de Habeas Data: Un Estudio Legislativo*, Panamá, 2004.

tienen acceso, además de los funcionarios encargados de su tramitación, las partes interesadas, sus apoderados y los pasantes de éstos, debidamente acreditados por escrito ante el despacho, sin perjuicio del derecho de terceros interesados en obtener copias autenticadas o certificaciones de la autoridad respectiva, siempre que no se trate de información confidencial o de reserva que obedezca a razones de interés público, o que pueda afectar la honra o el prestigio de las partes interesadas.

La misma norma define para fines de la Ley 38, qué debe entenderse por información confidencial o de acceso restringido, la que: *[...]podría ocasionar graves perjuicios a la sociedad, al Estado o a la persona respectiva, como es el caso concerniente a las negociaciones de tratados y convenios internacionales, seguridad nacional, situación de salud, ideas políticas, estado civil, inclinación sexual, antecedentes penales y policivos, cuentas bancarias y otras de naturaleza similar, que tengan ese carácter de acuerdo con una disposición legal.*

La disposición contenida en el artículo 70 de la Ley 38 fue contestada duramente en los medios de comunicación, de forma que poco después debió modificarse. La redacción actual agrega que la negativa de acceso en razón de confidencialidad o reserva, debe hacerse *conforme a las disposiciones legales vigentes*. En este sentido, reemplaza la definición de estas categorías, incluida en la Ley 38 original, por una reiteración de la naturaleza objetiva de su utilización por los funcionarios. Así, el artículo 1 de la Ley 45 de 2000: *La calificación de confidencialidad de una información deberá ser objetiva y ceñirse a las condiciones establecidas en leyes vigentes. El funcionario no podrá negarse a dar un información so pretexto de que es confidencial o de reserva, si ésta no se encuentra debidamente establecida como información confidencial o de reserva en normas legales vigentes*. En este orden de cosas, hay algunas disposiciones legales previas a la Ley 38 y a la Ley 45, que establecen el deber de reserva en determinados supuestos.

Muy anterior es el Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970, que establece en su artículo 21 que es obligación [...] *de todos los funcionarios y empleados de la Dirección General de Ingresos, la de mantener la más absoluta reserva en las cuestiones que lleguen a su conocimiento como consecuencia de sus funciones.* Esta disposición se relaciona directamente con el artículo 722 del Código Fiscal, que ordena que no se podrá [...] *divulgar en forma alguna la cuantía o fuentes de entradas o beneficios, ni las pérdidas, gastos o algún otro dato relativo a ello que figuren en las declaraciones del contribuyente, ni se permitirá que éstas o sus copias y los documentos que con ella se acompañen sean examinados por personas distintas al contribuyente o de su representante o apoderado.*

Obligaciones generales de reserva se encuentran igualmente en otras disposiciones. Tal es el caso de la Ley 9 de Carrera Administrativa, que en su artículo 137 establece que los servidores públicos en general tienen el deber de guardar [...] *estricta reserva sobre la información o documentación que conozca por razón del desempeño de sus funciones, y que no esté destinada al conocimiento general.*

De modo similar, el Decreto 194, Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, en su artículo 78, literal g, señala los deberes de los funcionarios e incluye entre estos el de guardar [...] *la reserva y confidencialidad que requieren los asuntos relacionados con la naturaleza del trabajo que desempeña, así como de los asuntos administrativos reservados cuya divulgación pueda causar perjuicio a la Institución.*

De cualquier forma, ya la cultura política iba dando un giro que se reflejaba en el tipo de disposiciones legales que se adoptaban, con variada eficacia. Así, la Ley 39 de 19 de julio de 2001 “Que modifica y adiciona disposiciones del Código Penal y al Código Judicial y dicta normas para la prevención de la Corrupción”, establecía en su artículo 38 que todo *ciudadano tiene derecho a estar informado periódicamente acerca de las actividades que desarrollen*

las entidades públicas y las privadas, que cumplan funciones públicas o administren recursos del Estado, salvo los casos de reserva establecidos en la ley.

El Capítulo IV sobre “Normas de Información de la Gestión Pública” de la Ley 39 plantea la posibilidad de establecer sanciones penales para los funcionarios que obstaculicen el acceso libre de la información, asimilando esa conducta al delito de infracción de los deberes de servidor público¹¹.

Pero el cambio legal destinado a tener más impacto aún estaba por llegar. Se trataría de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones”. Esta importante norma consagra en su glosario que derecho a la información es el que tiene [...] *cualquier persona de obtener información sobre asuntos en trámite, en curso, en archivos, en expedientes, documentos, registros, decisión administrativa o constancias de cualquier naturaleza en poder de las instituciones* incluidas en dicha Ley. También define lo que debe entenderse por información confidencial e información de acceso restringido, estableciendo además que es información de acceso libre toda la que esté en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que no tenga restricciones específicas como las previstas para la información confidencial o restringida. Establece un *derecho de libertad de información*, que se ejerce al solicitar *sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna* (artículo 2), la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones.

En caso de que el funcionario receptor de una de estas solicitudes de información incumpliera su obligación de proporcionar la información solicitada, puede interponerse la acción de *hábeas data* ante los tribunales de justicia, los

¹¹ Ver artículo 336 y ss. del Código Penal.

cuales deberán requerir del funcionario el cumplimiento de su deber y, en caso de desacato, lo sancionará con multa mínima equivalente al doble del salario mensual que devenga.

La acción de *hábeas data* es [...]un instrumento de protección, de defensa o tutela, previsto para asegurar la eficacia de uno de los derechos que se consagran en la Constitución, el derecho a la intimidad en su modalidad de los datos personales y que es reconocido a favor del individuo o de la persona humana en su condición de miembro de una sociedad o comunidad¹². La Ley 6, explícitamente consagra la acción de *hábeas data* en su capítulo V, donde establece que toda persona estará legitimada para promoverla cuando el funcionario responsable no le haya suministrado lo solicitado, o lo haya hecho de manera insuficiente o inexacta (artículo 17).

Sin embargo, este derecho ha sido menoscabado por la definición de la información confidencial, que estipula que ésta no podrá ser divulgada, bajo ninguna circunstancia, por agentes del Estado (artículo 13). Se refiere a todo tipo de información que tenga relevancia a los datos médicos y psicológicos de las personas; la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual; su historial penal y policivo; su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, y la información pertinente a los menores de edad, así como la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal de los funcionarios (artículo 1).

La información restringida, por su parte, no se podrá divulgar durante los diez años siguientes a su clasificación como tal y podrán incluirse bajo ésta categoría, las siguientes: Materia relativa a la seguridad nacional; secretos

¹² González Montenegro, Rigoberto, *El Hábeas Data*, Litho Editorial Chen SA, Panamá, 2002, p. 42-43.

comerciales; información sobre existencia de yacimientos minerales y petrolíferos; correspondencia y otros documentos relacionados con negociaciones diplomáticas; actas o constancias de las reuniones del Consejo de Gabinete, del Presidente o Vicepresidentes de la República, salvo las relativas a la aprobación de contratos, y las transcripciones de las reuniones de las Comisiones de la Asamblea Legislativa, cuando se reúnan en el ejercicio de funciones fiscalizadoras. También puede declararse de acceso restringido información relacionada con procesos judiciales y administrativos, a los que nos referiremos en el apartado correspondiente.

La eficacia de la Ley de Transparencia fue amenazada ante la tesis de algunos funcionarios de alto nivel, relativa a que no la cumplirán *hasta tanto no sea reglamentada*, lo que señalaba una predisposición negativa en torno a su cumplimiento. La realidad sobreviniente fue mucho más grave, en cuanto a que la reglamentación de la Ley de Transparencia, finalmente aprobada mediante Decreto Ejecutivo 124 de 21 de mayo del 2002, violó la ley al exigir que los solicitantes de información pública tuvieran *interés legítimo* en la información solicitada. Esto, cuando la propia ley excluía expresamente este tipo de barreras formales al ejercicio del derecho a la información, tal y como se desprende de la lectura del artículo 17 de la Ley.

El mencionado Decreto Ejecutivo 124, estableció en su artículo 8 que era *persona interesada aquella que tiene relación directa con la información que solicita*. Apoyándose en este texto (contradictorio desarrollo de la Ley de Transparencia), los tribunales de justicia negaron el derecho a la información de los ciudadanos en múltiples casos, hasta que fue finalmente derogado por el gobierno que tomó posesión el primero de septiembre de 2004.

Acceso de la prensa a debates penales

En Panamá está consagrada la denominada *reserva del sumario*, establecido en el artículo 2079 del Código Judicial,

de la siguiente forma: *La presunción de inocencia del imputado, obliga a guardar reservas en cuanto a su nombre y otras señas que permitan su identificación o vinculación con el delito que se investiga, **hasta tanto exista sentencia ejecutoriada en su contra.** El incumplimiento de esta disposición constituiría delito de calumnia. // Se exceptúan de lo antes dispuesto, aquellos casos de reconocidos delincuentes comunes de alta peligrosidad, cuya búsqueda y localización a través de los medios de comunicación social, sea autorizada por el Ministerio Público.*

La frase subrayada fue declarada inconstitucional mediante fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de abril de 1991, ante demanda presentada por un periódico local. El fondo de la reflexión de la Corte fue el balance entre el derecho de la persona procesada a su intimidad, el derecho de la sociedad a estar informada de la administración de la justicia y la necesidad de administrar la información en poder de las autoridades judiciales de forma eficaz para garantizar los fines del proceso penal. Este balance pareció encontrarlo la Corte en la conservación de una reserva mandatoria durante la etapa de instrucción, que no se extendería a las restantes etapas de calificación del sumario y de audiencia pública.

El Código Judicial establece en su artículo 2040 que: *No habrá reserva del sumario para los abogados y para las partes, quienes podrán enterarse del estado del proceso en cualquier momento. Siempre y cuando estén acreditados por escrito ante el respectivo despacho, los asistentes y voceros de los abogados también tendrán acceso al expediente.*

En el artículo 24 del texto único de la Ley 23 de 1986 (la misma ley que incorporó el artículo 2079 examinado al Código Judicial), establece de forma más categórica lo siguiente: *En las investigaciones que se adelanten por cualquier delito, por existir evidencias o indicios graves de tales delitos y de la relación punible entre la persona y los bienes investigados con dichos delitos, los funcionarios de instrucción o del Órgano Judicial mantendrán bajo estricta*

reserva las informaciones de carácter confidencial que hubieren obtenido conforme a los procedimientos legales vigentes. // Dicha reserva se mantendrá hasta tanto se demuestre la pertinencia y conducencia de las informaciones así obtenidas con los hechos punibles investigados, único caso en que dicha información se agregará al expediente. De no ser pertinente ni conducente, la información será devuelta a la institución de donde se obtuvo, sin dejar copia u otra constancia de la misma.

En lo que respecta a los procesos penales de adolescentes, se ha establecido el principio de protección a la privacidad que expresamente prescribe que la identidad e imagen de los adolescentes investigados o procesados, e incluso de sus familiares, no pueda ser revelada por medios oficiales ni particulares. Así lo establece el artículo 16 de la Ley 40 de 1999, en su numeral noveno.

La Ley 6, “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *Hábeas Data* y dicta otras disposiciones”, en su artículo 41 dispone que será de acceso restringido la información relativa a las siguientes materias: los asuntos relacionados con procesos o jurisdiccionales adelantados por el Ministerio Público y el Órgano Judicial, los cuales sólo son accesibles para las partes del proceso, hasta que queden ejecutoriados; la información que versa sobre procesos investigativos realizados por el Ministerio Público, la Fuerza Pública, la Policía Técnica Judicial, la Dirección General de Aduanas, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, la Dirección de Análisis Financiero para la prevención de blanqueo de capitales, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor y el Ente Regulador de los Servicios Públicos, y los documentos, archivos y transcripciones que naciones amigas proporcionen al país en investigaciones penales, policivas o de otra naturaleza.

Paralelamente el artículo 15 de la Ley de Transparencia dispone que los expedientes judiciales, arbitrales y del

Ministerio Público, se regirán por las normas de acceso y de información contenidas en el Código Judicial.

Otras limitaciones a la difusión de información. Censura previa

El artículo 37 de la Constitución Política establece, desde 1972, que toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa.

Sin embargo, el Código Electoral dispuso que toda encuesta sobre preferencias políticas de los ciudadanos debería estar previamente inscrita en el Tribunal Electoral y cumplir con los requisitos enumerados en el artículo correspondiente, que se refieren a las características de la encuesta (antes, artículo 177 del Código Electoral; actualmente, artículo 189). Adicionalmente, el Código dispone multas de cinco mil a veinticinco mil balboas al medio de comunicación o a las personas que violen lo dispuesto sobre las encuestas (artículo 362 del Código Electoral actual).

La Ley 60 de 17 de diciembre de 2002 modificó el artículo del Código Electoral que exigía la inscripción previa de las encuestas, ante la presión de los medios de comunicación, para permitir su publicación con la simple remisión al Tribunal Electoral de la denominada “ficha técnica” de la encuesta, pero estableciendo la obligación de remitir la encuesta completa en los días subsiguientes. También hace operar una especie de silencio administrativo, pues si el Tribunal no se manifiesta contrario a la publicación de la encuesta en las 24 horas posteriores a la remisión de la ficha técnica, la autorización se entiende otorgada. Persiste hoy, sin embargo, la prohibición de publicar encuestas en los diez días previos a la elección (artículo 190 del Código Electoral).

Formas de exigencia de responsabilidades ulteriores

Según el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el ejercicio de la libertad de expresión

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 de los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud moral o públicas. En Panamá son diversas las formas de exigir responsabilidades ulteriores por el abuso a la libertad de expresión, las que se enmarcan en el derecho positivo interno, por la disposición constitucional que establece que *existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público*. (artículo 37). Si bien la redacción de estas dos disposiciones no es idéntica, su matriz conceptual es la misma. La forma en que la Ley exige esas responsabilidades ulteriores, incluye la penalización del desacato, la sanción penal de delitos como la calumnia y la injuria, y la exigencia de reparaciones por vía civil.

Penalización del desacato

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha criticado duramente las “leyes de desacato”¹³ Estas leyes son básicamente normas que facultan a las autoridades a sancionar directamente a quienes ofenden su honor. Se trata de un instrumento expedito, que puede concluir tanto en multas como en la privación de la libertad de quien emitió las expresiones ofensivas. La Comisión se apoyó en la doctrina sentada por la Corte Europea de Derechos Humanos en el *Caso Lingens*. Un caso en el que esta Corte decidió que la condena por difamar a un funcionario público era violatoria de libertad de expresión¹⁴.

En lo que respecta al procedimiento especial de defensa del honor, la Comisión Interamericana concluye en su

¹³ Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual. Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1994.

¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens*, sentencia del 8 de julio de 1986.

Informe que la aplicación [...] de las 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. La vía correcta para exigir responsabilidades por la posible lesión al derecho al honor de un funcionario público, vendría a ser, en principio, la misma vía que la ley proporciona para tutelar el derecho de los ciudadanos en general. La existencia de una protección especial, dice la Comisión, es incongruente con el objetivo de fomentar el debate público. En su Informe, la Comisión reconoce que en una sociedad democrática [...] las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas y no menos expuestas al escrutinio y la 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. Según la Comisión, el derecho interno de los países obligados por la Convención Americana debía transformarse para erradicar las leyes de desacato, que se describían como incompatibles con el instrumento internacional.

Panamá se resistió a iniciar el camino hacia la abolición de las leyes de desacato. La Constitución estipulaba, hasta la reforma de 2004, que los funcionarios con mando y jurisdicción estaban en capacidad de sancionar sin juicio previo para imponer multas o arrestos a cualquiera que los ultrajara en el acto en que estuvieran desempeñando las funciones de su cargo o con motivo del desempeño de las mismas. Esta disposición adquiriría concreción en el artículo 202 del Código Judicial, respecto a los magistrados y jueces (arresto hasta por cinco días), y en el artículo 393 respecto a los agentes del Ministerio Público (arresto hasta por ocho días, en el caso del Procurador General de la Nación). Si bien la norma constitucional que habilitaba esas disposiciones

legales fue derogada en las reformas del 15 de noviembre de 2004, siguen vigentes estas y otras disposiciones legales similares.

El artículo 45 de la Ley 106 de 1973, sobre Régimen Municipal, establece que los Alcaldes pueden sancionar la falta de respeto a su autoridad, con multa de hasta B/. 100.00 o arresto equivalente.

La situación panameña no pasó inadvertida y fue objeto reiterado de la atención de los informes del Relator para la Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En año 2000 ya había sido presentado un Anteproyecto de Ley que pretendió derogar las disposiciones legales que desarrollan la facultad constitucional de sancionar sin juicio previo, así como otras normas penales. Aunque inicialmente prohijado por la Comisión de Gobierno y Justicia de la Asamblea Legislativa, asumiendo la denominación de Proyecto de Ley 56, fue finalmente rechazado mediante informe al Pleno de la Cámara, fechado el 1 de diciembre de 2000. La tesis esgrimida al rechazar el proyecto de ley es la que supone eficaz la facultad de sancionar sin juicio previo establecida en la Constitución incluso si las normas legales que la desarrollan fueran derogadas. Es una tesis de la que debemos discrepar, tanto por la indeterminación de la pena en la disposición constitucional, como por el problema que significa adecuar las garantías judiciales establecidas supraconstitucionalmente (y constitucionalmente) con éstos procedimientos. En cualquier caso, se trata de un debate bizantino pues, como hemos visto, actualmente ya ha sido derogada la norma constitucional que habilitaba en principio esos desarrollos legislativos.

Como he adelantado, recientemente el Ministro de Gobierno y Justicia presentó un Proyecto de Ley (Proyecto de Ley 73) “Que prohíbe la imposición de sanciones por desacato, dicta medidas en relación con el derecho a aclaración y réplica y adopta otras disposiciones.”, que

dispone, en lo relativo al desacato, lo siguiente: artículo 1-. *Se prohíbe a todo servidor público con mando y jurisdicción, salvo los previstos en el artículo 33 de la Constitución Política de la República, imponer sanciones pecuniarias o privativas de libertad a quienes considere le falten el respeto en el ejercicio de sus funciones o con motivo del desempeño de éstas.*

Adicionalmente, en sus artículos finales, el Proyecto de Ley 73 dispone la derogación de una serie de normas legales que consagran la facultad de sancionar por desacato a diversos funcionarios públicos. Sin perjuicio de que se trata de un Proyecto de Ley y de que sufrirá probablemente importantes modificaciones en su trámite legislativo, la iniciativa es el desarrollo necesario de las reformas constitucionales de 2004.

No deja de ser interesante examinar el concepto de “leyes de desacato” que asume la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el Informe comentado, identifica como leyes de desacato *una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales*. Es importante distinguir entre las herramientas legales que pudieran existir y ser necesarias para la protección del orden público y, en concreto, el ejercicio de las tareas gubernamentales, de las señaladas como violatorias de la libertad de expresión por la Comisión. Igualmente, pueden considerarse leyes de desacato tanto las que sancionan administrativamente, como las que sancionan penalmente.

Calumnia e injuria

El delito de calumnia se define en el artículo 172 del Código Penal, como la acción de quien atribuya falsamente a una persona la comisión de un hecho punible, y tiene sanción prevista de 90 a 180 días-multa, o cuando se comete a través de un medio de comunicación social, de 18 a 24 meses de prisión.

El delito de injuria se define en el artículo 173 del Código, como la acción de quien ofende la dignidad, honra o decoro de una persona mediante escrito o por cualquier forma, y lleva aparejada sanción de 60 a 120 días-multa. Cuando se comete a través de un medio de comunicación social, de 12 a 18 meses de prisión.

Sin embargo, según el artículo 178 del Código, ni la calumnia ni la injuria constituirían delito si se producen en el marco de discusiones, críticas y opiniones sobre actos u omisiones oficiales de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones, entre otras situaciones. Ha sido frecuente, sin embargo, que la administración de justicia tienda a ignorar estas previsiones del artículo 178, lo que produce un efecto evidentemente negativo el ejercicio de libre expresión. En principio, el texto del artículo 178 dispondría una tesis aún más garantista de la libertad de expresión que la propia doctrina de la *real malicia*, que implicaría la valoración de la intención del comunicador y no solo el resultado de daño como criterio para determinar la comisión de delitos contra el honor, cuando se tratara de figuras públicas¹⁵.

La doctrina de la *real malicia* fue establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *The New York Times Vs. Sullivan*¹⁶, y constituye un precedente importante para la libertad de expresión, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. La sola falsedad de la información, por lo tanto, no es suficiente en el caso de las figuras públicas, para generar una responsabilidad ulterior de quien la expresó.

La legislación panameña sobre calumnia e injuria admite que el responsable de emitir conceptos calumniosos quede

¹⁵ Sobre la doctrina de la *real malicia*, ver: Gullco, Hernán Víctor, “El Código Penal de Paraguay y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pp. 44-45. En *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Paraguay*. IIDH, San José, Costa Rica.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 9 de marzo de 1964.

exento de pena si prueba la veracidad de lo afirmado (artículo 176 del Código Penal). Si la conducta criminal atribuida se demuestra cierta, no habría delito de calumnia, y la exención de la penalidad contemplada en la ley vendría sobrando.

Más interesante resulta observar que el mismo artículo 176 del Código Penal indica que, en general, también se admitirán pruebas sobre la verdad de las imputaciones cuando se trate de injurias a servidores públicos o a corporaciones públicas y privadas, en razón de los actos relativos al ejercicio de sus funciones. Es decir, tratándose de calumnia o injuria contra funcionarios públicos (y algunas corporaciones privadas), el querellado puede librarse del supuesto abuso de la libertad de expresión si logra probar que lo que dice de esos funcionarios es cierto. En el caso de las injurias, especialmente si las injurias se refieren a su ejercicio como agente estatal. En resumen: se coloca sobre los hombros del que se ha expresado críticamente, la carga de probar judicialmente cuál ha sido la conducta del servidor público.

El condicionamiento de comunicar la verdad constituye un auténtico problema. Esto *debido a la imposibilidad de determinar con certeza la veracidad o no de gran parte de la información que producen los seres humanos. Al exigir la verdad en la información esta doctrina parte de la premisa que existe una verdad única e incuestionable*¹⁷. Las normas que exigen que se comunique siempre la verdad, siendo que esta suele hallarse socialmente en el debate público, abierto y libre, ponen obstáculos a la búsqueda de la verdad. En el marco de una sociedad plural y democrática, estas disposiciones promueven la autocensura y debilitan las posibilidades de vigilar la conducta de las autoridades.

¹⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José, 2003, p. 164.

El artículo 178 del Código Penal, sin embargo, pareciera ser contradictorio tras la regulación de la calumnia y la injuria. Este artículo señala que: *no constituyen delito contra el honor, entre otras situaciones, las discusiones, críticas y opiniones sobre los actos u omisiones de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones, así como la crítica literaria, artística, histórica científica o profesional.* Al parecer, la disposición busca excluir de la sanción penal los juicios de valor. Pero las *opiniones sobre los actos u omisiones de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones* pueden ser calumniosas (atribuyéndoles un delito) o injuriosas (ofenda la dignidad, honra o decoro) para un servidor público.

Por otro lado, el artículo 180 del Código Penal conserva una extraña disposición que privilegia precisamente a las principales autoridades públicas en el procedimiento de los casos de calumnia e injuria que los tuvieran por querellante. Así, dicho artículo exige claramente la querrela del ofendido, acompañada por la prueba sumaria de su relato, en todos los casos menos en el de las altas autoridades. A las autoridades se les faculta para que acompañen su querrela con comunicación escrita en que se solicite *que comparezca (el presunto ofensor) ante el funcionario de instrucción.*

La Ley 1 del 5 de enero de 1988 “Por la cual se reforman algunos artículos del Código Penal, del Código Judicial, del Código Civil y se dictan otras disposiciones referentes a los delitos de calumnia e injuria”, reviste también interés por su regulación del desistimiento en los delitos contra el honor (que se admite), la responsabilidad civil derivada de los delitos de calumnia e injuria (que prescribe al año), los tribunales con competencia para conocer de estos delitos (artículo 15), la forma de tasar la reparación al ofendido (artículo 16) y por regular también lo relativo al derecho de aclaración y rectificación (artículo 17).

Persecución judicial a periodistas

Los periodistas no son tratados de forma excepcional por la legislación penal relativa a la calumnia y la injuria, que se

ha reseñado. Un informe, preparado por el Ministerio Público durante el mandato del procurador José Antonio Sosa, informa que había 37 periodistas querrelados al 25 de junio de 2001, algunos de estos en diversas causas simultáneamente. El número de periodistas, sin embargo, resultaría ser mayor si se incluyera en nuestro cálculo los comentaristas políticos oficiosos, que sin ser periodistas profesionales también son denunciados ante las autoridades cuando critican a los funcionarios.

Se ha reportado que la administración de justicia ha exigido, en determinados casos, a revelar las fuentes de la información periodística, bajo la amenaza de ser sancionado por desacato. La Ley 67 de 1978 consagró la garantía sobre las fuentes en su artículo 21: *Ningún periodista está obligado a revelar sus fuentes de información ni el origen de sus noticias, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por sus afirmaciones*. Aunque la Ley 67 fue atacada por inconstitucional, como ya hemos adelantado, la demanda no incluyó y el fallo de la Corte Suprema de Justicia no decidió sobre la constitucionalidad del artículo 21.

La Defensoría del Pueblo, en un informe especial, recogió y sistematizó la información relativa a la utilización del aparato judicial para atender el abuso a la libertad de expresión, demostrando de forma científica la magnitud de lo que denominaba usualmente como *persecución judicial de los periodistas*¹⁸.

De la información contenida en el Informe, destaca que al momento de hacerse la investigación existían más de 50 casos abiertos por calumnia e injuria. Se trata de una cifra considerada alta en atención de las dimensiones del país. Sin embargo, del total de 90 procesos examinados, iniciados entre 1995 y 2002, una gran mayoría (78) estaban dirigidos contra periodistas, comunicadores sociales y colaboradores

¹⁸ Oficina del Delegado Especial para la Libertad de Expresión, Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, *Informe Especial Democracia, Libertad de Expresión y Procesos contra el Honor*, Diciembre de 2002.

de medios de comunicación, lo que no debería sorprender en principio dado que los profesionales de la comunicación, por su constante exposición mediática, podrían resultar más vulnerables que los particulares a sufrir estos reclamos judiciales.

Contrario a lo que podría suponerse, sólo el 52.2 % de esos procesos habían iniciado con una querrela presentada por funcionarios públicos en activo. Esto parece indicar sensibilidad por parte de los ciudadanos a lo que perciben como ataques a su derecho al honor, los particulares también querrellaban a los periodistas en un número significativo y no únicamente las autoridades con poca tolerancia a la crítica. Este último dato debe ser revisado, en atención al carácter de figura pública que podrían tener muchos de los demandantes registrados en la investigación como particulares¹⁹.

A fines de 2004 fue nombrada y ratificada la abogada Ana Matilde Gómes en la Procuraduría General de la Nación. Una de sus primeras declaraciones a la prensa consistió en recalcar que para el Ministerio Público *hay suficientes delincuentes en la calle como para estar persiguiendo periodistas*²⁰, con lo que, aparentemente, expresa una nueva orientación en la relación del Ministerio Fiscal y los medios de comunicación.

Otros tipos penales relacionados con la expresión de ideas

1. Ofensa a la autoridad: En esta categoría podríamos incluir al artículo 307 del Código Penal, que establece pena de

¹⁹ La doctrina de la Corte estadounidense contempla como figura o personalidad pública a aquellos que alcanzan *una fama o notoriedad tan penetrantes que se convierte en una personalidad pública a todos los efectos y en todos los contextos*. Pero también considera figura pública al individuo que *voluntariamente se introduce o es conducido a una controversia pública concreta* y que por esa vía *se convierte en una personalidad pública para un determinado rango de asuntos*. *Caso Gertz Vs. Robert Welch, Inc.*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1974.

²⁰ Entrevista, diario *La Prensa*, 31 de diciembre de 2004.

prisión de seis a diez meses y de 20 a 50 días de multa para quien ofenda o ultraje públicamente al Presidente de la República o a quien lo sustituya en sus funciones. El que, fuera de este caso, ofenda de palabra o por escrito a un servidor público, a causa o por razón de su cargo, será sancionado con diez a 30 días multa, según el artículo 346 del Código Penal. Estas figuras encajan fácilmente, como puede observarse, en el concepto que manejamos de leyes de desacato.

Igualmente incluimos en este examen al artículo 308 del Código Penal, que establece sanción de seis meses a un año y de 50 a 100 días multa para quienes vilipendien públicamente a uno de los Órganos del Estado. Es llamativo señalar que tanto el artículo 307 como el 308 se encuentran contenidos dentro del capítulo denominado “Delitos contra la Personalidad Interna del Estado”²¹ lo que parece confirmar la orientación de la disposición a controlar la crítica pública a las autoridades e instituciones.

2. Incitación o apología del delito: En esta categoría incluyo el artículo 306 del Código Penal, que establece que quien incite a la rebelión, sedición o motín, siempre que lo haga desde una tribuna pública o por la prensa, radio, televisión, o por cualquier otro medio de divulgación, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y de 20 a 100 días multa. Igualmente, la apología del delito, tipificada en el artículo 371.

3. Delitos contra la seguridad de la economía: En el capítulo homónimo del Código Penal se encuentran tipos diversos

²¹ Ubaldo Davis y Herbert Rattray, responsables del semanario satírico *La Cáscara News*, fueron detenidos en su domicilio el 19 de septiembre de 2001. Al día siguiente, fue detenido Joel Díaz, quien también trabaja en el semanario. La presidenta, Mireya Moscoso y el Ministro de Gobierno y Justicia, Winston Spadafora, denunciaron a los periodistas por el delito de calumnia e injuria y por atentar contra la personalidad interna del Estado. En su primer número la publicación incluyó material sobre los presuntos romances de la Presidenta de la República. El periódico publicó también dos fotoromajes al respecto. Los tres periodistas fueron liberados pocos días después.

que sancionan a todo aquel que divulgue por la prensa u otro medio de información, noticias falsas, exageradas o tendenciosas, o propale rumores que pongan en peligro la economía nacional o el crédito público. Las sanciones pueden ser prisión de seis meses hasta 12 años.

En principio, este tipo de delitos admitiría una defensa sobre la base de la prueba de la veracidad de lo comunicado. Sin embargo, es llamativo que la responsabilidad penal se adjudica al que divulgue, no sólo noticias falsas, sino *exageradas o tendenciosas*, con lo que se pierde cualquier intento de dar certidumbre a la acción de los operadores judiciales. Una posición doctrinal avanzada exige reconocer que la libertad de expresión protege no sólo la información veraz o correcta, sino también la errónea.

El peligro que significa filtrar la información sobre la base de si es veraz o no, radica en que ese ejercicio deriva inmediatamente hacia un sistema de censura, que abarcaría no sólo una variedad de hechos difícilmente comprobables, sino todo tipo de juicios de valor. La sanción penal relacionada con la puesta en circulación de información falsa, exagerada o tendenciosa, o la propagación de rumores, contenida en el Código Penal, es una muestra de lo que describimos²².

4. Publicación de ofensas inferidas por otro. El Código Penal contiene en su artículo 175 un tipo delictivo consistente en la conducta de publicar o reproducir por cualquier medio las ofensas inferidas por otro. Su comisión lleva aparejada la sanción de 18 a 24 meses de prisión. Se trata precisamente de la negación de la doctrina de “reporte fiel”, es decir, de la doctrina que establece que *la reproducción fiel de información no da lugar a responsabilidad, aún en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda*

²² La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, estableció en su Principio 7 que es incompatible con el derecho a la libertad de expresión el condicionarla a la veracidad, oportunidad o imparcialidad.

dañar el honor de alguna persona²³. Como puede observarse, la posición del artículo 175 del Código Penal panameño es la de responsabilizar al medio que reproduce una noticia atribuible a una fuente conocida. Una posición respetuosa de la libertad de expresión, reconocería que la pretensión de responsabilizar al informador lleva implícita *una restricción innecesaria que limita considerablemente el derecho de todas las personas a estar informadas*.

Responsabilidad civil

El Código Civil prevé la responsabilidad por daños materiales y morales. Se han hecho señalamientos relativos a la magnitud de las indemnizaciones ordenadas por la administración de justicia una vez probada la responsabilidad civil. Se ha informado una evolución ascendente en la tasación de los daños morales por la administración de justicia: *Sabemos de un fallo de 30 de abril de 1993 del Primer Tribunal Superior de Justicia, que fijó una indemnización por ese concepto de B/.3,000.00. Sin embargo, en otra del mismo grado de 19 de enero de 1994 se establecía una condena por B/.40,000.00; otra de 15 de septiembre de 1995 por B/.100,000.00; otra de 5 de marzo de 1996 por B/.125,000.00, confirmada esta última por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 21 de agosto de 1998, y una más reciente confirmada por la Corte Suprema de Justicia el año pasado, que viene del Juzgado Séptimo del Circuito de Panamá desde el 9 de mayo de 1997, establece una indemnización por B/.75,000.00*²⁴.

Es difícil concluir el significado de esta evolución, toda vez que el monto de la indemnización lo determina el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la

²³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Libertad de Expresión en las Américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José, 2003, p. 103.

²⁴ Amat, Octavio, *Diario El Panamá América*, 28 de mayo de 2001.

víctima, así como las demás circunstancias del caso, tal y como lo establece el Código Civil. Vale tomar en cuenta que las condenas de tipo civil *si no tuvieran límites precisos y pudieran ser exageradas, podrían también ser desproporcionadas en los términos convencionales*²⁵.

El Código Civil dispone en su artículo 1644 que: *Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la relevancia que hubiere tenido la difusión original.*

Por otro lado, la acción civil que se deriva de la comisión de delitos de calumnia e injuria se extingue un año después de que la víctima tuviera conocimiento del agravio o de la sentencia penal que establece la responsabilidad por la expresión calumniosa o injuriosa.

También se han hecho señalamientos sobre la posibilidad de que este tipo de indemnizaciones civiles deriven en efectos confiscatorios sobre los medios de comunicación. Vinculado con esto, y únicamente respecto a la radio y televisión, se ha dispuesto prohibir legalmente la aplicación de medidas cautelares sobre la administración de los concesionarios en ningún caso, ni sobre sus instalaciones, salvo que estas últimas garanticen obligaciones contractuales de sus propietarios (artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, “Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos”).

Hay previsiones especiales respecto a los comentaristas de radio y televisión. Si bien no requieren de licencia (a

²⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 122.

diferencia de los locutores), sí son responsables, incluso civilmente, por sus expresiones. Así lo indica el artículo 42 de la Ley 24 de 30 de junio de 1999. Esta responsabilidad civil del comentarista de radio y televisión es compartida con el concesionario cuando este permita: *[...]el uso perjudicial reiterado de su estación para emitir dichos comentarios, siempre que medie culpa o negligencia comprobada de su parte.*

Al respecto se han hecho señalamientos críticos relativos al presunto carácter solidario de esta disposición, pero lo que resulta más evidente es la confusión de la norma al intentar distinguir los comentarios vertidos en espacios pagados de los no pagados en relación con la responsabilidad del concesionario. La laguna debería ser subsanada.

Medios indirectos de restricción de la libertad de expresión

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece 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 Panamá, uno de los mecanismos que más frecuentemente se han mencionado como causa de restricción a la libertad de expresión, ha sido la manipulación de la publicidad oficial, aunque no es el único.

La publicidad oficial como medio de restricción indirecto

No hemos identificado legislación nacional alguna que específicamente aborde el problema de la publicidad oficial como medio de restricción indirecto de la libertad de expresión. Sin embargo, una lectura de la legislación antimonopolio permite identificar normas como las contenidas en la Ley 29 de 1 de febrero de 1996 “Por la cual

se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas”.

Habría que advertir que la Ley 29 se aplica a todos los agentes económicos, incluyendo a las instituciones estatales o municipales. En su artículo 5, prohíbe cualquier acto que vulnere la competencia económica en el suministro de bienes o servicios, como puede serlo el de la publicidad oficial. Con ese fin, se describen las prácticas monopólicas, como bien podría ser la asignación de una porción de la publicidad estatal sin atender a las condiciones del mercado (artículo 11). También se describen las prácticas monopólicas relativas ilícitas, como las que pretenden desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, mediante el establecimiento de ventajas exclusivas a favor de una persona (artículo 14).

Estas disposiciones también han sido esgrimidas por algunos diarios en contra de otros, en el pasado reciente. Sobre la publicidad estatal, concretamente, podemos señalar los siguientes casos: en 1995 la gerente de publicidad del diario *La Estrella de Panamá* denunció ante la Sociedad Interamericana de Prensa que el gobierno panameño estaba ejerciendo un [...] *jagobiante acoso económico que amenaza con hacer desaparecer a este centenario periódico*²⁶. Sin embargo, la Sociedad Interamericana de Prensa sí envió una delegación para investigar la denuncia. La integraron Danilo Arbilla, Jim Hampton y Ricardo Trotti. Luego de entrevistarse con el Presidente Pérez Balladares, informaron que éste había manifestado su deseo de aplicar criterios científicos y técnicos para asignar los recursos destinados a la publicidad²⁷.

Posteriormente, el director editorial y gerente del diario *El Universal*, Carlos Ernesto González de la Lastra,

²⁶ Nota de Rolando Rodríguez y Lastenia Murillo, publicada en el diario *La Prensa*, 16 de octubre de 1995.

²⁷ Nota de Rolando Rodríguez, publicada en el diario *La Prensa*, 12 de diciembre de 1995.

denunció ante la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa (fecha el 7 de junio de 2001), la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá (fecha el 5 de junio de 2001), y ante la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa, esta última incluso citó formalmente a la Ministra de la Presidencia, Ivonne Young, para que explicara el parecer del gobierno nacional²⁸.

El gobierno nacional pretendió justificar esta reducción con argumentos como: la reducción global de los gastos de publicidad oficial, la baja circulación del diario *El Universal* según los datos de la consultora *Datamarket*, las tarifas del diario, la penetración en determinados segmentos de la población y la flexibilidad del diario relativa a la recepción de los anuncios de última hora. Sin embargo, la enumeración de estos criterios dista mucho de estar fundamentada de forma convincente. Por el contrario, el medio reportó una circulación diaria promedio, certificada a diciembre de 2000, de 20,000 ejemplares, superado por dos diarios, pero superando a su vez a otros tres periódicos.

Con el cambio de gobierno el primero de septiembre de 2004, se puso en marcha una nueva política, que aun no tiene formalización legal. La pretensión de las nuevas autoridades ha sido concentrar la publicidad oficial en una Dirección de Comunicaciones adscrita a la Presidencia de la República, y que asigna la inversión de acuerdo a la población que busca ser abordada, y de conformidad con la penetración de los distintos medios de comunicación, según se indica en los mecanismos de medición disponibles. En este escenario, los únicos presupuestos de publicidad estatal que se administrarían autónomamente, serían utilizados por entidades que, al suministrar bienes o servicios, requieren una mayor

²⁸ Las denuncias consistían en que el diario *El Universal* había sufrido una notable merma en el suministro de publicidad oficial causada, según los responsables del medio, por la línea editorial alejada de las políticas gubernamentales. *Denuncia ante la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá*, p. 2.

flexibilidad en el abordaje mediático a sus consumidores (como es el caso de los bancos oficiales).

Regulaciones sobre el acceso al mercado de los medios de comunicación (uso de frecuencias, monopolios, procedimientos de licitación pública, etcétera)

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, establece unas orientaciones claras en lo referente al impacto que los monopolios tienen para la vigencia de éste. En su Principio 12: *Los monopolios y 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 excluidas 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.*

Mediante la Ley 24 de 5 de julio de 1999 “Por medio de la cual se regulan los servicios públicos de radio y televisión y se dictan otras disposiciones”, se establece la moderna normativa de estos servicios. En esta ley se hace una detallada regulación sobre las frecuencias de radio y televisión, el otorgamiento de concesiones mediante licitaciones públicas y las obligaciones y derechos de los concesionarios. Destacan algunas disposiciones relativas a la nacionalidad de los propietarios de los medios de comunicación, así como las disposiciones²⁹ en contra de la concentración de medios.

Se ha señalado que esta disposición fue diseñada con la intención de perjudicar a un grupo económico (abanderado de un periódico de circulación nacional con intenciones de obtener una concesión de televisión abierta) y beneficiar a

²⁹ Ver especialmente el artículo 26 de la Ley 24 del 5 de julio de 1999.

otro que ya controlaba dos canales de televisión abierta (no impidiéndole adquirir un tercero).

En agosto de 2001 se adjudicaron dos frecuencias de televisión, Canal 7 y Canal 9, a dos empresas distintas. Uno de los adjudicatarios controla ahora tres frecuencias de televisión abierta, sin incluir su participación en el mercado de la televisión por cable.

En materia de acceso a las frecuencias, queda establecido el mecanismo de licitaciones públicas. El Decreto Ejecutivo 189 de 13 de agosto de 1999³⁰, que reglamenta la Ley 24 que regula los servicios públicos de radio y televisión, establece: artículo 88.- *Las concesiones para los Servicios Públicos de radio y televisión Tipo A, se otorgarán mediante el procedimiento de Licitación Pública, en atención al valor real de mercado de la frecuencia respectiva que será determinado mediante avalúo, que realizarán el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría General de la República, a la persona que ofrezca el precio más alto, durante el acto de presentación de ofertas. // La elaboración y aprobación de los pliegos de cargos, la conducción del proceso y la designación de la Comisión de Precalificación competen exclusivamente al Ente Regulador.*

Este mecanismo tiene un impacto en el acceso a las frecuencias por personas o grupos que no cuenten con los recursos para vencer en un proceso de licitación pública. Sin embargo, la Relatoría de la Comisión Interamericana para la Libertad de Expresión, ha reconocido que en Panamá las prácticas monopólicas no son aún un problema serio³¹.

Restricciones a los espectáculos públicos

Un caso excepcional, por cuanto se tolera la censura previa, es el de los espectáculos públicos. Según la Con-

³⁰ Reformado mediante Decreto Ejecutivo 111 de 9 de mayo de 2000.

³¹ Relatoría para la Libertad de Expresión, *Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Panamá*, 2003, párrafo 150

vención Americana, *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*. El acceso de los niños y adolescentes a los espectáculos públicos, también ha sido objeto de atención en Panamá.

Con carácter general, una importante disposición fue el Decreto 251 de 6 de agosto de 1969, que creó la Junta de Censura y estableció que los censores podrán ordenar la suspensión de publicaciones, transmisiones radiales en discos y grabaciones cuando éstas atenten contra la moral y las buenas costumbres, así como el retiro de circulación de publicaciones y discos que se encuentren en las librerías y cajas de música que contravengan las disposiciones de ese Decreto de Gabinete³².

Posteriormente, en su artículo 36, la Ley 24, excluyó expresamente de la supervisión de la Junta Nacional de Censura a los servicios públicos de radio y televisión. En ese mismo artículo, para moderar los contenidos de la televisión, hace expresa adopción del principio de autorregulación, dando valor jurídico a los acuerdos hasta entonces suscritos³³.

La Ley señala adicionalmente, respecto a la programación infantil, lo siguiente: *Artículo 37. Programación infantil. Los concesionarios de estaciones de televisión abierta procurarán incluir, en su programación regular diurna, programas dirigidos al público infantil, orientados a*

³² Mediante Resueltos 152 y 153 la Junta Nacional de Censura sancionó a las televisoras MEDCOM y Televisora Nacional por violar el Decreto 251, en relación con la transmisión de los programas *Calle 13* y *La Cáscara*, respectivamente, en los que se transmitían escenas vulgares durante el carnaval de 1999. Simultáneamente, se sancionó a los responsables de los programas con la suspensión de sus permisos de locución, por seis meses. Poco después de estos incidentes se aprobó la Ley 24 de 30 de junio de 1999, que regula los servicios públicos de radio y televisión.

³³ Se trata del Acuerdo de Autorregulación de los Canales de Televisión, de 4 de febrero de 1999.

promover uno o más de los siguientes fines: Propiciar el desarrollo sociocultural de la niñez; Estimular la creatividad, la integración familiar y la solidaridad humana; Inculcar los valores cívicos y nacionales; Procurar el conocimiento de la comunidad internacional; Promover el interés científico, artístico y social de la niñez, y Proporcionar diversión y coadyuvar en el proceso formativo de la infancia.

Por su parte, el Código de la Familia y el Menor³⁴, establece que la Policía de Menores tiene entre sus responsabilidades la de controlar [...] *Je impedir el ingreso y permanencia de menores en lugares públicos o privados que atenten contra su integridad física o moral.* (artículo 594).

Recientemente el Código Penal ha establecido sanciones específicas para combatir este problema. Así, mediante la Ley 16 de 31 de marzo de 2004 se adicionó un artículo 231-F al Código Penal, que establece que quien exhiba material pornográfico o facilite el acceso a espectáculos pornográficos a personas menores de edad, será sancionado con prisión de cuatro a seis años y con 150 a 200 días multa³⁵.

El Código de la Familia y el Menor establece en su artículo 564 que quien promueva la venta, edición o circulación de publicaciones, películas o videocintas, de cualquier clase, ofensivas a la moral o perturbadoras del desarrollo de los menores y de la juventud, o en las que se estimule al crimen, a la corrupción o a las malas costumbres, serán sancionados con arresto de hasta doce meses y con multa de hasta 75,000 balboas.

Existen también algunas normas sobre espectáculos públicos que datan de principios del siglo XX y que no son

³⁴ Ley 3 de 17 de mayo de 1994. El Código entró en vigor el 3 de enero de 1995.

³⁵ La misma Ley establece un impuesto especial a la comunicación lícita de la pornografía para alimentar un “Fondo Especial contra la Explotación Sexual” (artículo 24).

eficaces, aunque ciertamente son de tipo restrictivas de la libertad de expresión. Por ejemplo, el artículo 1232 del Código Administrativo, dispone que los empresarios de espectáculos *harán reconocer a la más alta autoridad política y a la población, anticipadamente, las composiciones que hayan de ponerse en escena, y sólo con su aprobación se permitirá el espectáculo.*

Prohibición de toda propaganda a favor de la guerra y el odio

La Convención Americana también ordena que mediante ley los estados prohíban *toda propaganda a 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*³⁶. Aunque sería problemático identificar una norma que claramente contenga todas las conductas prohibidas por el apartado citado del artículo 13 de la Convención, hay algunas normas que se aproximan en el tratamiento que dan a situaciones semejantes a las descritas.

El artículo 89 de la Constitución establece que los medios de comunicación social son instrumentos de información, educación, recreación y difusión cultural y científica. También señala que cuando *sean usados para la publicidad o la difusión de propaganda, éstas no deben ser contrarias a la salud, la moral, la educación, formación cultural de la sociedad y la conciencia nacional*. La Constitución prohíbe también el reconocimiento de personería jurídica a asociaciones que justifiquen o promuevan la discriminación racial (artículo 39).

El actual Código de la Familia y el Menor³⁷ señala expresamente que se prohíbe la difusión de mensajes,

³⁶ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷ Los medios de comunicación impulsaron la reforma del Código de la Familia para matizar su carácter orientador. La reforma se llevó a cabo mediante la Ley 4 de 1995.

programas o propaganda que contengan apología del delito. Igualmente señala que los medios de comunicación “evitarán” la difusión de programas, mensajes o propagandas que [...]contengan *pornografía, violencia gráfica y mutilación*. (artículo 485).

Debe resaltarse que esta última norma prevé que el Órgano Ejecutivo reglamentará la aplicación de estas disposiciones mediante la Comisión Ejecutora del Código de la Familia. La Comisión fue designada en 1997, su designación coincidió con el establecimiento del Ente Regulador de los Servicios Públicos y la posterior asignación a este organismo de funciones relacionadas con la radio y la televisión.

Adicionalmente, la Ley 49 de 1967 aprobó el Convenio a Favor de la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, la cual en su artículo 4 establece que los estados parte condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en la idea de la superioridad racial o que pretendan promover el odio racial y la discriminación. Entre las medidas que se comprometen a tomar están la declaración como acto punible a la difusión de ideas basadas en la superioridad racial, así como toda incitación a la discriminación o a la violencia contra grupos de personas, así como la asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

El estado de la libertad de expresión en República Dominicana

*Juan Bolívar Díaz*¹

Planteamientos generales

El ejercicio de la libertad de expresión y difusión en la República Dominicana registra una vigencia sistemática durante las últimas tres décadas cuando se ha producido una multiplicación y modernización extraordinaria de los medios de comunicación social.

La multiplicidad de medios alcanzó una dimensión desproporcionada en relación a la población y al mercado dominicano en la década de los noventa, generando un debilitamiento económico de los mismos, lo que a su vez abriría espacio a un proceso de concentración que estrecha el marco de las libertades.

La legislación que rige las comunicaciones sociales apenas ha comenzado a ser actualizada, tras haber quedado obsoleta hace décadas, con una fuerte herencia autoritaria de la tiranía de Rafael Leonidas Trujillo entre 1930 y 1961, pero muy pocas veces ha sido aplicada, sobre todo en la actual etapa de apertura democrática iniciada en 1978.

¹ Graduado de la Escuela de Periodismo Carlos Septién García, México, en 1967. Ex director de los diarios *El Sol* y *El Nuevo Diario* y de noticiarios radiofónicos. Regente del Instituto Tecnológico de Santo Domingo. Ex presidente del Colegio Dominicano de Periodistas. Ex embajador en Perú y Bolivia. En la actualidad es profesor del Departamento de Comunicación Social de la Universidad Autónoma de Santo Domingo.

Aunque hubo numerosas demandas judiciales por el ejercicio de la libertad de expresión, apenas cuatro culminaron en sentencias en los tribunales y dos quedaron anuladas tras sendos recursos de oposición por irregularidades en los procesos.

El ejercicio de la libertad de expresión, en particular en el periodismo, contribuyó de forma significativa a dar vigencia a los demás derechos políticos consagrados por la Constitución y al fortalecimiento del proceso democrático dominicano, aunque no se tradujo, en muchos casos, en control de las funciones públicas.

Vigencia de la libertad de expresión

Tras la caída de la tiranía de Trujillo en 1961 se produjo en el país una explosión de libertades, especialmente en el marco de la libertad de expresión y la difusión del pensamiento, limitadas significativamente a partir de la intervención militar norteamericana de 1965 y durante los doce años consecutivos que gobernó Joaquín Balaguer con fuerte represión política.

Entre 1966 y 1978 hubo momentos en que naufragaron casi todas las libertades, pero predominó un cierto respeto al ejercicio del periodismo, razón fundamental por la que a ese gobierno no se le consideró dictatorial, aunque llegó al extremo de prohibir la difusión por radio y televisión de la voz de los líderes políticos Juan Bosch, José Francisco Peña Gómez y Rafael Casimiro Castro.

Destacados periodistas como Gregorio García Castro y Orlando Martínez fueron asesinados por sicarios del gobierno, mientras otros como Aleyda Fernández, Silvio Herasme Peña, Luis Eduardo Lora y Juan Bolívar Díaz sufrieron atentados, persecuciones, cárcel y exilio. Se discriminaba a los periodistas y los medios, particularmente al diario *El Nacional* y a las radioemisoras, mientras que la televisión era un coto cerrado.

Mientras combatía a los periodistas, el gobierno de Balaguer se buscaba el favor de los propietarios y directivos de los medios, instaurando una serie de incentivos fiscales y cambiarios y a través de una generosa publicidad oficial, lo que inició la multiplicación de periódicos y emisoras radiofónicas.

El régimen que sucedió a Balaguer a partir de 1978, presidido por Antonio Guzmán Fernández, restauró por completo las libertades públicas, liberando a cientos de presos políticos, permitiendo el retorno de miles de exiliados y garantizando las libertades de asociación y reunión de partidos, sindicatos y todo género de organización. Se inició entonces un régimen de plena libertad de expresión que ha prevalecido hasta ahora.

Joaquín Balaguer volvió al poder entre 1986 y 1996 respetando la vigencia de las libertades y derechos, aunque con numerosos incidentes con medios de comunicación y periodistas, incluyendo la desaparición, en mayo de 1994, del comunicador Narciso González, tras pronunciar un discurso en la universidad estatal denunciando el fraude electoral de ese mes. Desde el principio se le dio por muerto y aunque se conocen testimonios que involucran a los aparatos militares del Estado, la justicia ha sido incapaz de abrir un proceso.

González es el último caso de desaparición o asesinato de un comunicador periodista en el país como consecuencia directa de la libertad de expresión. Aunque el 14 de septiembre del 2004 fue asesinado en la ciudad de Azua el reputado periodista Juan Andujar, víctima de una banda de delincuentes, a consecuencia de su labor como activista comunitario. Contradictoriamente, Andujar criticaba las ejecuciones extrajudiciales de delincuentes y supuestos delincuentes por parte de la Policía Nacional.

Desde 1961 es relevante la contribución que han hecho los medios de comunicación social a los avances en el proceso democrático, así como en la defensa de los derechos

humanos, las libertades públicas y las instituciones fundamentales, como en la promoción de las organizaciones sociales, la pluralidad y la convivencia².

También llama la atención que los medios han tenido un éxito limitado en el control de las funciones públicas; por ejemplo, en la ejecución del presupuesto, el control del gasto público y la transparencia administrativa. A menudo, el presidencialismo ha considerado que el titular y el editorial de hoy serán borrados por los de mañana.

De la multiplicación a la concentración

La multiplicidad de medios de comunicación fue uno de los factores que determinó la plena vigencia de la libertad de expresión y difusión en las últimas tres décadas. Al comienzo del 2003, se editaban 11 diarios y numerosos semanarios, mientras el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) registraba siete canales de televisión en la banda VHF y 43 en la UHF. Dos canales transmitían programación periodística las 24 horas.

Las empresas de Telecable registradas eran 57, muchas con más de una estación receptora y distribuidora. En el 2001 la Asociación Dominicana de Empresas de Telecable agrupaba a 69 de ellas con 120 distribuidoras que alcanzaban a 151 comunidades. Por lo menos en una docena de ciudades operaban canales de Telecable con programación local, incluyendo la periodística.

Después de haber cerrado 180 radioemisoras que operaban sin licencia oficial, INDOTEL mantenía en registro otras 323 en febrero del 2003, de las cuales 186 operaban en FM y 137 en AM. En Santo Domingo se concentraban 72³.

² En "Contribuciones del Periodismo a la Lucha por la Democracia en República Dominicana", Juan Bolívar Díaz analiza el periodo 1961-1980. Ver: *Revista Estudios Sociales*, número 51, septiembre de 1980, p. 103-121.

³ Díaz, Juan Bolívar, *Ponencia en Seminario FLACSO*, Santo Domingo, 26 de junio de 2003.

Todas las frecuencias radioeléctricas fueron asignadas gradualmente por los gobiernos de turno, en la mayoría de los casos a sus asociados. Una parte de ellas eran posteriormente vendidas, a menudo sin que hubiesen sido puestas en operación. La Ley General de Telecomunicaciones número 153-98, del 27 de mayo de 1998, instaurara el concurso como forma de asignación de frecuencias, cuando ya éstas estaban virtualmente agotadas.

La multiplicidad mediática, en muchos casos con tecnología de punta, tanto en la prensa como en la radio y la televisión, para un mercado de ocho millones y medio de personas, la mitad bajo niveles de pobreza, se fue traduciendo en empresas deficitarias que originaron un mercado secundario de frecuencias. La crisis fue precipitada por la desaparición de los incentivos fiscales y cambiarios y por la reducción de la publicidad gubernamental a consecuencia de las reformas del Estado y la privatización de sus empresas.

En esas circunstancias, en una nación que acusa notables debilidades institucionales y sin ninguna legislación que impida los monopolios, se produjo lo que una revista centroamericana tituló “El asalto de los bancos”⁴. Cuatro grupos financieros se involucraron en la posesión de medios de comunicación en competencia con un quinto de capital comercial e industrial.

Tan sólo el Banco Intercontinental (Baninter) llegó a disponer de cuatro diarios, ocho canales de televisión, 76 radioemisoras y decenas de empresas de Telecable, en su gran mayoría adquiridos con los dineros de sus clientes, lo que contribuyó a su escandalosa quiebra de marzo de 2003, con un déficit que el Banco Central estimó, en principio, en 56 mil millones de pesos, pero que ascendió después a 72 mil millones de pesos, suma muy aproximada al total del

⁴ *Revista Estrategia y Negocios*, Diciembre, 2000, p. 54-56.

presupuesto de la nación de ese año que ascendía a 82 mil millones de pesos⁵.

Los propietarios de otra de las instituciones financieras quebradas en el 2003, el Banco Nacional de Crédito, poseían un diario y varias revistas, un sistema de Telecable con numerosas filiales y una compañía de telecomunicaciones e importantes inversiones en un canal de televisión.

Entre las propiedades del Baninter que la fiscalía del Distrito Nacional intervino a partir del 15 de mayo del 2003, tratando de recuperar parte de los ahorros malversados y amparándose en la Ley sobre Lavado de Activos, se contó su amplio parque mediático incluyendo sus cuatro diarios: el decano de los periódicos dominicanos el *Listín Diario*, *El Financiero*, *El Expreso* y el vespertino *Última Hora*, estos dos últimos de distribución gratuita. Todos esos medios eran financiados con dinero del banco colapsado⁶.

Como todos los periódicos eran deficitarios, comenzaron a ser cerrados uno tras otro, sobreviviendo tan sólo el más influyente, *Listín Diario*, pero dado que el gobierno se apresuró a designar un nuevo director en medio de una campaña electoral que incluía intento de reelección presidencial, tomaron cuerpo los alegatos de abuso contra la libertad de prensa por parte de quienes reclamaban su propiedad.

El 7 de septiembre del 2004 el matutino fue devuelto al señor Ramón Báez Romano, quien reclamaba la presidencia de la editora, aunque en la data del periódico de ese mismo día seguía apareciendo su hijo Ramón Báez Figueroa, como presidente. Este último también presidía el Baninter.

5 Las quiebras bancarias del 2003 devaluaron el peso de 17 a 54 pesos por dólar en un año. Para enero del 2005 se había recuperado a 30 pesos por dólar.

6 Todos los documentos relacionados a las quiebras bancarias del 2003 están en un sitio de Internet habilitado por el Banco Central de la República Dominicana, www.crisisbancaria.com

La devolución fue dispuesta por una sentencia de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional del 22 de abril del 2004, ratificada en septiembre por la Suprema Corte de Justicia ante un recurso de amparo interpuesto por los abogados de Báez Figueroa y Báez Romano. Aunque recuperó las instalaciones, la empresa no ha reanudado la publicación de los otros tres diarios.

El Banco Central asumió y honró, mediante certificados, depósitos en el Baninter por 72 mil millones de pesos y amparado en la Ley de Lavado de Activos procedió a ocupar las propiedades adquiridas con los recursos de la institución financiera colapsada. Aún después del cambio de gobierno operado en agosto del 2004, se mantienen procesos judiciales contra Báez Figueroa que incluyen el reclamo de todas las empresas a su nombre, incluido el *Listín Diario*. El seguimiento de los recursos judiciales es de los condicionamientos impuestos por el Fondo Monetario Internacional para el acuerdo *stand by* con el Estado dominicano aprobado el 31 de enero del 2005⁷.

Según la documentación publicada por el Banco Central, los propietarios del Baninter adquirieron la mayoría de las acciones del *Listín Diario* en el año 2000 con dinero de esa institución financiera mediante tres modalidades: emitiendo cheques de hasta 65 millones de dólares a favor de una empresa constituida en Islas Vírgenes con un capital de 1,000 dólares, la *Bear Park Internacional LTD*; cambiando deudas con el banco por acciones del periódico, y emitiendo certificados de depósitos en el banco por el valor de otras acciones⁸.

La grave crisis financiera originada en las quiebras bancarias del 2003, que produjo una devaluación que llegó al

⁷ Punto 34 del Memorando de Políticas Económicas para 2004-2006 acordado con el FMI. *Listín Diario*, 31 de enero de 2005, p. 11-14.

⁸ La información completa aparece en Baninter: Caso *Listín Diario*, www.crisisbancaria.com.

200%, no sólo ha producido el cierre de muchos medios, sino el debilitamiento económico de la mayoría a consecuencia de una desproporcionada elevación de sus costos operativos, especialmente de las importaciones, dejando interrogantes sobre el futuro de la pluralidad mediática dominicana.

El *Listín Diario* y el gratuito *Diario Libre* siguen en manos de los propietarios de dos de los tres bancos quebrados en el 2003, con un margen de libertad de expresión, sobre todo de crítica al poder político, reducido por la defensa de su situación jurídica y sin posibilidades de disensión. Un tercero, *El Caribe*, es propiedad del mayor grupo financiero privado y tres –*Hoy*, *El Nacional* y *El Día*– corresponden a la familia Corripio, propietaria también de tres canales de televisión y dos radioemisoras. *El Nuevo Diario* y *La Información* –éste de Santiago– apenas circulan para mantenerse y su influencia en la opinión pública es casi nula.

El desempleo que ha generado la crisis de los medios de comunicación dominicanos con despidos y reducción de personal en la mayoría de los periódicos escritos y electrónicos, es otro factor que está contribuyendo a reducir la libertad de expresión en un ambiente de crecientes restricciones y escasa protección laboral. Entre periodistas en ejercicio hay consenso en el sentido de que la censura y autocensura están creciendo considerablemente, especialmente en los periódicos.

Un régimen legal obsoleto

La Constitución dominicana data del mismo año de la fundación de la República en 1844, aunque ha sufrido 35 modificaciones, casi todas para establecer o suprimir la reelección presidencial. La más profunda y progresista fue la de 1963, que fue de las causas que originó el golpe de estado contra el gobierno del profesor Juan Bosch a los siete meses de instaurado. Tras la vuelta al poder de Joaquín Balaguer, en

1966, se redactó una nueva Constitución que rige hasta hoy, aunque con reformas superficiales en 1994 y 2003.

La constitución establece un marco general adecuado a la libre expresión y difusión. El inciso 6 del artículo 8, que versa sobre los Derechos Individuales y Sociales, expresa: *Toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento mediante palabras escritas, o por cualquier otro medio de expresión, gráfico u oral. Cuando el pensamiento expresado sea atentatorio a la dignidad y a la moral de las personas, al orden público o a las buenas costumbres de la sociedad, se impondrán las sanciones dictadas por las leyes.* Le sigue un párrafo prohibiendo *toda propaganda subversiva, ya sea por anónimos o por cualquier otro medio de expresión que tenga por objeto provocar desobediencia a las leyes, sin que esto último pueda coartar el derecho a análisis o crítica de los preceptos legales.*

El inciso 10 del mismo artículo constitucional instituye: *Todos los medios de información tienen libre acceso a las fuentes noticiosas, oficiales y privadas, siempre que no vayan en contra del orden público o pongan en peligro la seguridad nacional.*

La nación es suscriptora de la Convención Americana de Derechos Humanos cuyo artículo 13 garantiza la libertad de expresión y difusión, que como todos los tratados internacionales de naturaleza colectiva en el país tiene rango por encima de las leyes y a la par de la Constitución.

La legislación que rige la comunicación social es obsoleta, en particular la referente a los medios electrónicos. Es el caso de la Ley 6132 sobre Expresión y Difusión del Pensamiento y la Ley 1951 sobre la Reglamentación de Espectáculos Públicos y Emisiones Radiofónicas y su Reglamento 824 para el Funcionamiento de la Comisión Nacional de Espectáculos Públicos y Radiofonía.

Hace muchos años que se viene reclamando la actualización de estas legislaciones, especialmente la de radio-

fonía, para eliminar preceptos autoritarios heredados de la dictadura de Trujillo e incorporarle nuevos conceptos y garantías de la libre comunicación.

La Ley 6132 sobre Expresión y Difusión del Pensamiento, del 15 de diciembre de 1962, fue promulgada en un contexto libertario por el presidente Rafael F. Bonnelly pero contiene algunas limitaciones a la libre expresión. En el 2001 fue aprobado por el Senado un proyecto de modificación de la misma, fruto de una comisión de periodistas instituida el año anterior por decreto presidencial y de numerosos esfuerzos de concertación y vistas públicas, pero ha quedado en manos de una comisión de la Cámara de Diputados que no ha cumplido su misión.

El proyecto instituye preceptos como la cláusula de conciencia del periodista, que garantiza el derecho a dimitir con indemnizaciones en circunstancias que atenten contra sus convicciones y la protección del secreto profesional y sanciona las agresiones físicas y destrucción de equipos de los periodistas en ejercicio de sus funciones. También establece garantías de acceso a las fuentes informativas, pero una ley sobre el particular promulgada posteriormente cumple ya esta función.

Sobre la Ley 1951 y su reglamento todavía no existe ni siquiera un anteproyecto de modificación, aunque funcionarios de la Secretaría de Estado de Cultura han expresado su propósito de elaborarlo.

El primer reglamento (5906) de esta Ley, fue dictado por el presidente Rafael Trujillo el 5 de julio de 1949. Le siguió otro, el 995 del 13 de julio de 1955 promulgado por el presidente Héctor B. Trujillo y el que todavía rige, el 824 del 25 de marzo de 1971. A este se le introdujeron numerosas reformas, mediante decreto 4306 del 22 de febrero de 1974, pero dejaron intactas prescripciones autoritarias y hasta de censura previa, que chocan con la Constitución.

Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley 1951 prohíbe proyectar películas *en las cuales trabajen artistas reco -*

nocidos como comunistas o que tiendan a servir de propaganda a la ideología comunista. Los artículos 66 y 68 del reglamento 824 establecen la previa aprobación de los programas radiofónicos. El 71 ordena la revisión de los libretos de los anuncios por parte de la Comisión Nacional de Espectáculos Públicos y Radiofonía. El 83 indica que *Todas las estaciones de radio y televisión estarán en la obligación de encadenarse, cuando se trate de informaciones trascendentes para la nación, igualmente lo harán, cuando el Presidente de la República vaya a dirigirse a la nación.*

También en la letra (t) de la Ley Electoral 275-97 hay una previsión considerada obsoleta por cuanto atribuye exclusivamente a la Junta Central Electoral la facultad de emitir informaciones en el período que va de las 24 horas antes hasta las 24 posteriores a los procesos electorales, mediante una cadena de radio y televisión. Prohíbe a los medios *emitir o difundir noticias, informaciones, mensajes, comunicados, etc. de índole electoral, o que, en alguna otra forma, trastornen el normal desarrollo del proceso electoral.*

Hasta las elecciones de 1994 la Junta Central Electoral se amparaba en esa facultad para establecer una cadena obligatoria de radio y televisión. Desde 1996 es voluntaria la integración a la cadena, pero medios electrónicos han sido cerrados temporalmente por ofrecer informaciones electorales. Los reglamentos electorales prohíben la difusión de encuestas a la salida de las urnas y de conteos rápidos o cualquier información que no sea ofrecida por el órgano rector de las elecciones.

Dos nuevas legislaciones

Dos legislaciones de los últimos años muestran una tendencia a la actualización de la legislación referente a la comunicación: la Ley General de Telecomunicaciones 153-98, promulgada el 27 de mayo de 1998, y la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, aprobada por el Congreso Nacional el 13 de julio de 2004.

La ley de Telecomunicaciones es un moderno instrumento para la regulación técnica y operativa de la radiofonía, la televisión en todas sus variedades y la telefonía. No contiene prescripciones sobre el contenido de la comunicación, pero tampoco establece previsiones para impedir los monopolios de las frecuencias radioeléctricas.

En su artículo 1, la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública garantiza a toda persona *el derecho a solicitar y recibir información completa, veraz, adecuada y oportuna, de cualquier órgano del Estado dominicano y de todas las sociedades anónimas, compañías anónimas o compañías por acciones con participación estatal*, incluyendo organismos autónomos o descentralizados del Estado y municipales⁹.

También contiene, en su artículo 22, garantías para las investigaciones de los medios de comunicación como manifestación de su función social reclamando para ellas *una especial protección y apoyo por parte de las autoridades públicas*. Y en su artículo 30 establece sanciones con privación de libertad e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos para quien niegue, obstruya o impida el acceso a la información requerida.

Sin embargo, la ley es generosa en las excepciones a través de las cuales puede colarse la negativa a ofrecer información requerida, indicando 12 de interés público y tres por intereses privados. Algunas son tan genéricas como *Cuando la entrega extemporánea de la información pueda afectar el éxito de una medida de carácter público*, o en el caso de *Información cuya difusión pudiera perjudicar estrategia del Estado en procedimientos de investigación administrativa*.

Precisamente esas y otras excepciones fueron aducidas por el Jefe de la Policía Nacional, general Manuel de Jesús

⁹ El artículo 32 prevé un reglamento que debió promulgarse en un plazo, ya vencido, de 90 días. A fines de enero del 2005 estaba en proceso de emisión.

Pérez Sánchez, en la primera prueba a que fue sometida la nueva legislación, cuando en medio de un escándalo el director del diario *El Día*, Rafael Molina Morillo, le solicitó *el listado con los nombres y rangos de los miembros de la Policía Nacional que utilizaban o utilizan vehículos recupearados por esa Institución, tras haber sido reportados como robados*¹⁰.

Posteriormente el diario *El Día* recurrió en un recurso jerárquico ante el Secretario de Interior y Policía, Franklin Almeida, para que este superior del jefe policial dispusiera la entrega de la información requerida. Pero el ministro también se amparó en las mismas excepciones para ratificar la negativa¹¹.

El artículo 45 de la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento establece que no darán lugar a procedimiento judicial los discursos que se pronuncien en las cámaras legislativas ni *la cuenta fiel que publiquen o transmitan de buena fe los periódicos, radiodifusoras, televisoras o noticiarios cinematográficos* de las sesiones públicas del Congreso, los ayuntamientos y otros organismos deliberantes oficiales, como tampoco *los escritos producidos o los discursos pronunciados ante los Tribunales de Justicia y del orden contencioso administrativo*.

El Código Procesal Penal, Ley 76-02 promulgada el 19 de julio del 2002, que entró en vigencia el 27 de septiembre del 2004, consagra en su artículo 308 que los juicios serán públicos, aunque otorga jurisdicción al tribunal para hacerlo a puerta cerrada, previa motivación, en casos en que *se afecte directamente el pudor, la vida privada, o la integridad física de alguno de los intervinientes* o en caso de que *peligre un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto*

¹⁰ El recurso del doctor Molina fue interpuesto el 8 de septiembre del 2004 y respondido por el doctor Pérez Sánchez el 13 del mismo mes.

¹¹ Recurso Jerárquico interpuesto por los doctores Molina Morillo y Julio C. Castaños el 22 de septiembre del 2004, respondido por el doctor Franklin Almeida el 29 de septiembre del 2004.

particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible.

El artículo 309 del mismo Código autoriza la presencia de los comunicadores sociales, aunque condicionadamente: *El tribunal señala en cada caso las condiciones en que se ejerce el derecho a informar. El tribunal puede, sin embargo, prohibir, mediante auto debidamente fundamentado, la grabación, fotografía, filmación, edición o reproducción, cuando puedan resultar afectados algunos de los intereses señalados en el artículo precedente o cuando se limite el derecho del imputado o la víctima a un juicio imparcial y justo.*

La libertad de información sobre las actividades legislativas, municipales y de los tribunales se ha respetado durante las últimas tres décadas, con la excepción de algún esporádico incidente originado en una sala judicial, provocando el desalojo del público y periodistas.

Escasos procesos judiciales

A pesar de que la legislación sobre expresión y difusión es en gran medida obsoleta y excesivamente proteccionista de los funcionarios públicos, los jefes de Estado y agentes diplomáticos¹²; las relaciones entre los poderes públicos y los medios de comunicación han sido generalmente buenas. Se puede sostener que en general los funcionarios públicos han sido tolerantes a las críticas a lo largo de las últimas décadas, aunque también es notable que las irregularidades y actos de corrupción graves generalmente se publican cuando los responsables han salido de los cargos públicos. En ese sentido los medios han sido débiles.

En numerosos casos, funcionarios públicos han amenazado con formular demandas judiciales, citando la Ley 6132, pero casi nunca han pasado a los hechos. Las pocas querellas por supuestos excesos en la expresión y difusión, han salido de exfuncionarios y dirigentes políticos. Casi siempre ter-

¹² Artículos 26, 39 y 40 de la Ley 6132.

minan en transacciones al margen de los tribunales o caducan por pérdida de interés de los demandantes y en la práctica no han intimidado al grado de impactar en el ejercicio de la libre expresión.

Las leyes dominicanas no protegen el secreto profesional del periodista y no se conoce un sólo caso en que algún informador haya apelado a la confidencialidad de una fuente informativa ni haya sido condenado por desacato.

Muy escasos procesos relacionados con la Ley 6132 han concluido en sentencias de primer grado. Entre periodistas y abogados especializados en la materia se recuerdan sólo cuatro pronunciadas contra comunicadores desde que entrara en vigencia esa legislación, dos de las cuales fueron posteriormente anuladas por vicios de procedimiento al ser dictadas en ausencia de los acusados.

La sentencia más rigurosa fue dictada el 19 de junio de 1996 por el juez de la Sexta Cámara Penal, Juan María Severino, condenando al periodista Juan Bolívar Díaz a seis meses de cárcel, una multa de 200 pesos y una indemnización de tres millones de pesos a favor de Generoso Ledesma, quien como exfuncionario de relaciones públicas de la corporación estatal de electricidad se dio por difamado en el libro *Trauma Electoral*¹³.

El juicio fue celebrado al vapor en ausencia del acusado, por lo que fue recurrido en oposición y el juez recusado. Un dictamen de la Suprema Corte de Justicia del 3 de octubre de 1996 aceptó la recusación y transfirió el proceso a otro tribunal. Tras el cambio adelantado del gobierno fruto del fraude electoral denunciado, el demandante desistió del proceso.

La periodista Nuria Piera también fue condenada en ausencia el 4 de septiembre del 2004 bajo cargo de difamación interpuesto por el ex fiscal Prim Pujols. El juez

¹³ Díaz, Juan Bolívar, *Trauma Electoral*, Editora Mograf, Santo Domingo, marzo, 1996.

interino de la Tercera Cámara Penal, Luis Adames Mejía, le impuso cinco días de cárcel, multa de cinco pesos y dos millones de pesos de indemnización. Recurrida también en oposición, la sentencia quedó automáticamente suspendida y pendiente de un nuevo juicio.

Con una condena definitiva en primera instancia quedó el periodista Miguel Ángel Velásquez Mainardi, por querrela de difamación interpuesta por el abogado y dirigente político Enmanuel Esquea Guerrero. La sentencia con 200 pesos de multa y 150 mil pesos de indemnización, fue dictada por el juez de la Primera Cámara Penal del DN el 25 de septiembre de 1996. Posteriormente las partes llegaron a un acuerdo: Esquea se comprometió a no cobrar la indemnización y Velásquez a no apelar.

El otro periodista condenado por la aplicación de la Ley 6132 fue Carlos Cepeda, de la ciudad de Santiago, demandado por el abogado y dirigente político Milton Ray Guevara. Se le impuso un peso de multa.

En sentido general, el poder político y los medios de comunicación han convivido en la última década en todo el país, en un marco de amplia libertad de expresión, de denuncias y críticas de todos los niveles, aunque con esporádicos incidentes y abusos como la detención del periodista Marino Zapete, el 11 de junio de 2003 y de los locutores de Montecristi Horacio Emilio Lemoine y Carlos Martínez, el 27 de julio del mismo año, en ambos casos por razones políticas. El primero fue interrogado y dejado en libertad el mismo día y los otros dos trasladados a Santo Domingo esposados y retenidos hasta el día siguiente, cuando fueron liberados. Ninguno de los tres fue procesado.

Más que por restricciones legales, actitudes políticas o gubernamentales, los periodistas dominicanos están preocupados hoy día por la reducción de la libertad de información y opinión en algunos medios, a causa de su concentración en manos de los mayores grupos económicos y de las debilidades financieras por las que muchos atraviesan.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Clare Kamau Roberts
Susana Villarán
Paulo Sérgio Pinheiro
José Zalaquett
Evelio Fernández Arévalos
Freddy Gutiérrez Trejo
Florentín Meléndez

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.