Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
Juan Marcelino González Garcete

# LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA

*Parámetros Constitucionales y Convencionales en perspectiva comparada. Debates, alcances y nueva agenda*

**Jaime Alfonso Cubides Cárdenas**

**Juan Marcelino González Garcete**

# LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA:

*Parámetros Constitucionales y Convencionales en perspectiva comparada. Debates, alcances y nueva agenda*

Libertad de Prensa. Historia, Generalidades. Límites a la libertad de expresión: Aspectos Generales. Los Sistemas de Protección para la Libertad de Expresión. La Censura. La Protección Penal de la Libertad de Prensa. Importancia de los Medios de Comunicación. El periodismo y su ética.

2015

© Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
© Juan Marcelino González Garcete
**Los nuevos paradigmas de la libertad de expresión y de prensa: Parámetros Constitucionales y Convencionales en perspectiva comparada. Debates, alcances y nueva agenda**

Editorial Arandurã

Tte. Fariña 1028
Asunción-Paraguay
Tel.: (595 21) 214 295
e-mail: arandura@hotmail.com
www.arandura.com.py

Setiembre 2015

ISBN:

# ÍNDICE

Introducción ..... 11
Advertencia ..... 13
Por qué debemos proteger la libertad de expresión ..... 14
Prolegómenos ..... 17

Capítulo I
**Libertad de prensa, historia y generalidades** ..... 21
1. Importancia de la libertad de expresión ..... 23
2. Libertad de expresión y respeto a los seres humanos ..... 25
3. "Grandezas" de la libertad de expresión imprescindibles en una sociedad democrática ..... 26
4. Fundamentos de la libertad de expresión ..... 32
5. Límites a la libertad de expresión: aspectos generales ..... 35
6. Fuentes para el análisis de los límites a la libertad de expresión ..... 35
7. Jurisprudencia del tribunal constitucional sobre límites a la libertad de expresión ..... 38
8. Diversas teorías que justifican la libertad de expresión como derecho fundamental ..... 40
9. Las críticas a la idea del «debate público amplio» ..... 49
10. Evolución jurídica de la libertad de expresión ..... 57
12. La libertad de expresión como derecho fundamental ..... 68
13. Los derechos fundamentales del hombre ..... 70
14. Libertad ..... 76
15. La libertad de expresión ..... 79
16. Recapitulación. Nuevos frentes de debate ..... 85

Capítulo II
**Los sistemas de protección para la libertad de expresión** ..... 91
1. Introducción ..... 93
2. La libertad de expresión en el sistema universal ..... 95
3. La libertad de expresión en el SIDH ..... 97
4. Las organizaciones no gubernamentales como guardianes de la libertad de expresión ..... 105

Capítulo III
**La censura: el mayor obstáculo para el pleno ejercicio de la libertad de expresión** ..... 113
1. Introducción ..... 115
2. Noción ..... 115
3. Tipos de censura ..... 116
4. La censura en el periodismo ..... 117
5. A modo de cierre ..... 126

Capítulo IV
**Otras formas de amparar la libertad de expresión** ..... 129
1. Introducción ..... 131
2. La doctrina del "reporte fiel" ..... 131
3. El secreto de la fuente ..... 134
4. Anonimato ..... 139
5. ¿Se justifica limitar la libertad de expresión? ..... 143

Capítulo V
**La protección penal de la libertad de prensa** ..... 157
1. Nociones previas ..... 159
2. La libertad de expresión en el contexto de la legislación penal ..... 168
3. Las relaciones de tensión entre el derecho penal a la libertad de expresión y el derecho penal ..... 181

Capítulo VI
**Importancia de los medios de comunicación** ..... 193
1. Introducción ..... 195
2. Los medios de comunicación en la comisión de conductas punibles ..... 195
3. El derecho a la información y sus limitaciones ..... 199

Capítulo VII
**Los otros enemigos de la libertad de expresión** ..... 215
1. Introducción ..... 217
2. Las labores judiciales y el periodismo: entre la represión y el control ..... 218
3. El asesinato, persecución e intimación física y psicológica de los periodistas ..... 218
4. Colegiación obligatoria ..... 221
5. La revocatoria de nacionalidad de periodistas o líderes de la sociedad civil ..... 223
6. Las cadenas oficiales ..... 224
7. Ilegítima presión y persecución tributaria o cambiaria ..... 225

8. Allanamientos ilegales a los medios de comunicación ..... 226
9. Presencia accionaria del Estado en los medios de comunicación y control editorial de las transmisiones de estos..... 226
10. Silencio deliberado de los medios de comunicación ..... 227
11. Otras fórmulas de vulnerar en forma subrepticia la libertad de expresión..... 227

Capítulo VIII
**Libertad de prensa como componente de la libertad de expresión**.... 229
1. La prensa y su injerencia en los procesos penales ..... 231
2. ¿ La libertad de prensa es un derecho fundamental absoluto?..... 231
3. Límites a la libertad de prensa ..... 234

Capítulo IX
**El periodismo y su ética** ..... 237
1. Importancia del tema ..... 239
2. La legalidad de un acto no asegura su moralidad ..... 239
3. Tipología de la ética en el periodismo ..... 240
4. La labor periodística ..... 241
5. Los fundamentos éticos de la solidaridad del periodista con su empresa ..... 242
6. Universo ético de la profesión periodística..... 245

Capítulo X7
**Conclusiones** ..... 247
1. Desarrollo..... 249
2. El analisis de la proporcionalidad y adecuación de las restricciones a la libertad de expresión..... 258
3. El rechazo de las leyes amplias, vagas e impresas..... 261
4. La clasificación de los distintos tipos de expresiones..... 262

**Bibliografía**..... 275
Referencias jurisprudenciales..... 279
Referencias normativas ..... 280
Referencias de casos..... 281
Referencias convencionales ..... 283

# Introducción

Este libro expone resultados finales del proyecto de investigación *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: revisión del caso colombiano en perspectiva comparada*, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e Implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, registrado con el código COL0120899 en Colciencias. Este grupo está, además, vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Esta investigación también cuenta con la participación de la Universidad Nacional de Asunción (Paraguay), donde, por los lazos fraternos entre las instituciones, se logra materializar esta obra sobre los nuevos paradigmas de la libertad de expresión.

La investigación y, sobre todo, sus frutos permiten que la academia no se encuentre en una posición fuera de la sociedad, sino que participe de forma activa y resuelva casos o situaciones concretas y reales, mediante la aplicación de cada uno de los conceptos y contenidos sustraídos por la labor de ella. De esta manera, ante la gran importancia que tiene la libertad de expresión como pilar de toda democracia, y reconocidas las violaciones a las cuales ella vive sometida en el contexto latinoamericano, se necesitan obras como esta, que demuestren su gran relevancia, evidencien su alcance y límites, presenten al público su gran contenido y, en lo fundamental, otorguen a la comunidad los insumos necesarios para que puedan comprender la necesidad que se tiene en una democracia del pleno ejercicio de este tipo de libertad. Al mismo tiempo, se hace imprescindible dar los criterios objetivos que permitan comprender en

qué casos pude limitarse dicha libertad y cómo estos deben estar totalmente justificados por normas constitucionales y convencionales, sin olvidar su carácter excepcionalísimo.

# Advertencia

Esta obra nace podríamos decir por razones sencillas, y fueron las que motivaron a dedicarnos a la tarea de investigar un trabajo relacionado con los *nuevos paradigimas de la libertad de expresión, pero desde la óptica constitucional y convencional*, y básicamente una obra que pareciera ser sencilla a medida que se avanzaba en su desarrollo nos sumergió en un océano complejo, sobre todo por tratar de sistematizar tantas vertientes que tiene este álgido y controversial derecho.

La primera de las razones se debe a nuestro profundo convencimiento de que el **derecho a la libertad de expresión** constituye la «**piedra angular»** de toda **sociedad democrática**. Simplemente de su protección, defensa y concientización depende el éxito de este sistema de gobierno.

Basta con revisar la historia universal para percatarnos como el mayor o menor grado de protección de la **libertad de expresión** del pensamiento ha sido clave para el mantenimiento de la institucionalidad democrática y el respeto del resto de los derechos fundamentales.

Los países donde han existido las más crudas y brutales aberraciones frente a los derechos del hombre se han caracterizado, precisamente, por mantener un régimen basado en el terror, el miedo, la represión y el silencio. En la medida en que un pueblo no es capaz de cuestionar, denunciar y criticar libre y desinhibidamente una política, gestión, suceso o funcionario público, en esa misma medida se multiplicarán los excesos, la violencia, la corrupción y, lo peor de todo, la impunidad.

Algunos autores importantes han tratado de diferencias las **«sociedades libres»** de las **«sociedades atemorizadas»,** dependiendo del nivel de protección a la libertad de expresión en cada Estado

particular. En un reciente libro, el israelí Natan SHARANSKY propone una fórmula para diferenciar las sociedades libres de las subyugadas, expresando que en las primeras cualquier persona puede pararse en el medio de una plaza pública, a expresar sus críticas a un sistema de gobierno, sin temor a ser encarcelado o agredido físicamente.[1]

Quizás esta fórmula sea algo simplista, pero al menos es un buen indicativo de las sociedades radicales y tiránicas. El problema generalmente está en que hoy en día las presiones frente a la libertad de expresión suelen ser menos directas y más inteligentes, para dar sensación de que existe ese derecho, a pesar de que no se cumpla o respete a cabalidad.

Nos duele reconocer que en muchos ordenamientos jurídicos, y en especial en Latinoamérica, no se ha podido emprender e interiorizar la necesidad de su defensa. A diferencia de lo que ocurre en otras culturas, pareciera que estamos acostumbrados a no ver las bondades de una prensa libre y las **«necesidad del libre mercado de las ideas»**.

**Por qué debemos proteger la libertad de expresión**

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

El ejercicio pleno de la libertad de expresión, la libertad de prensa e información es esencial para cualquier sociedad democrática, pues permite que las personas defiendan todos sus derechos como seres humanos.

Además, su ejercicio es también vital para asegurar la transparencia de los gobiernos y luchar contra la corrupción, permitiendo

[1] Nos referimos al excelente libro "The case for democracy. The power of freedom to overcome tiranny & terror" Public Affair, New York, 2004. SHARANSKY estuvo preso 10 años en Rusia, al ser considerado un espía judío. Luego de su liberación ha formado parte de todos los gabinetes ministeriales israelitas, independientemente de sus tendencias políticas, para librar su lucha frente a las tiranías y el terrorismo.

que la toma de decisiones de cada ciudadano esté fundamentada en la mayor diversidad de información posible; solo así se consigue la participación activa de los ciudadanos en la vida pública.

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

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

Por este motivo, debemos ser conscientes de encarar una obra de esta envergadura —con sus bemoles y sostenidos—cuyo objetivo es proporcionar al sistema judicial una fuente de consulta doctrinaria y jurídica sobre el derecho a la libertad de expresión, fundamentadas en los nuevos paradigmas o estándares internacionales.

Los organismos del ámbito internacional han proporcionado herramientas fundamentales para implementar las mejores prácticas en el ejercicio de la libertad de expresión. La jurisprudencia internacional se ha convertido en un referente de garantía de los derechos humanos, por lo que se pone al servicio del aparato judicial un compendio tanto de las declaraciones internacionales sobre la materia, como de los casos emblemáticos en los que la libertad de expresión ha estado en juego.

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

# Prolegómenos

Para comenzar es necesario mencionar que desde hace mucho tiempo se ha tenido la concepción de que la prensa y, sobre todo, la libertad de prensa son una garantía de la vigencia de la democracia; por ello, muchos usan la terminología del "cuarto poder" cuando hacen referencia a la prensa.

Algunos juristas y periodistas señalan que "es un principio indiscutido que un país puede vivir en libertad y democracia solamente con una prensa libre que le sirve de fundamento". Y se cree que en parte tienen razón, ya que a través de ella se ejerce de manera inequívoca un control sobre las actividades del Estado, que escapan incluso a los sectores políticos.

De esta manera, la democracia real y efectiva necesita de la libertad de prensa, la cual tiene su mayor desarrollo y auge en los sistemas democráticos de gobierno, al garantizar el pleno control de las actividades del Gobierno nacional. La importante función que ejerce la prensa radica en el hecho de controlar las actividades de los funcionarios públicos, pues, como su nombre lo indica, sus actividades deben ser conocidas por el público. De hecho, esta es la misión fundamental de la prensa libre.

En este último sentido, hay que apuntar que no solo el Estado puede coartar la libertad de prensa, sino que también lo pueden hacer los propios hombres de prensa (directores, gerentes, propietarios, clientes, etc…), quienes pueden ejercer una presión sobre el trabajador para que publique tal o cual información. También puede darse el caso de que el propio hombre de prensa, o periodista, contrario a sus principios, informe de manera sesgada o errónea.

Ya sabemos lo que implica la libertad de prensa y su importancia para el sistema democrático de gobierno. De hecho, así lo entendieron nuestros convencionales constituyentes, que han es-

tablecido un catálogo de normas referentes a la libertad de prensa (más adelante veremos su contenido constitucional). Ello explica la importancia extraordinaria que ellos le dieron esta libertad: la concibieron como uno de los fundamentos de la democracia, quizás imbuidos de que era la única manera de garantizar la vigencia de los principios democráticos y así evitar el advenimiento nuevamente de la dictadura.

Ahora bien, es importante conocer lo que quiere decir el término *prensa*. Con él se hace referencia a todos los medios o formas de comunicar al público noticias, opiniones[1], emociones y creencias, ya sea a través de periódicos, revistas, libros, transmisiones de radio, programas de televisión, internet o proyecciones cinematográficas. De este modo, puede concluirse que la prensa configura las diversas maneras de comunicar ideas al público; de ahí su importancia fundamental, más aún hoy, cuando tenemos medios masivos de comunicación, contrario a lo que se observaba en los principios de la prensa, cuando solo difícilmente se lograban publicar unos pocos impresos.

En este punto es válido mencionar que un Estado democrático (o el Estado en vías de democratización) tiene la obligación de garantizar el libre acceso a la información pública, así como es deber ciudadano demandar ese libre acceso, para contar con una multiplicidad de posturas políticas, sociales, económicas, culturales, etc., que sirvan para la consecuente toma de decisiones en la sociedad. Sumado a ello, un reconocido autor expone la siguiente definición:

> Reconocimiento de la posibilidad de manifestar ideas o los estados anímicos, de acuerdo con la espontaneidad individual; singularmente, cuando trasciende a lo público. El tema encuentra su desarrollo positivo al tratar la libertad de palabra y de pensamiento (Cabanellas, 2001, p 182)

1 "La opinión pública consiste en las opiniones sostenidas por un público en cierto momento. Sin embargo, si examinamos las distintas discusiones sobre este problema, hallamos dos tipos de enfoques. Uno considera a la opinión pública como algo estático, como un compuesto de creencias y puntos de vista, un corte transversal de las opiniones de un público, las cuales, por otra parte, no necesariamente concuerdan entre sí en forma completa. El otro enfoque toma en cuenta el proceso de formación de la opinión pública; su interés se concentra en el crecimiento interactivo de la opinión, entre los miembros de un público" (Young, 2001, pp. 11-12).

Aquí el autor no hace referencia a los medios de comunicación masiva, sino a la forma en que las ideas toman estrado público e implican su comunicación a todas las personas que accedan a dicha información. Además, hace mención de la libertad de palabra y pensamiento, que son dos esferas fundamentales en la libertad de prensa. Esta última comprende los derechos de expresarse a través de los medios modernos de comunicación: periodismo escrito, radial, televiso, internet, etc. Tanto la libertad de pensamiento como la de opinión son presupuestos de la libertad de prensa, puesto que esta los divulga. La libertad de prensa está muy vinculada con la libertad de pensamiento y de expresión. Ambos son pilares del Estado de Derecho, al estar consagradas en todas las Cartas Magnas de las naciones democráticas del mundo.

Por otro lado, la libertad de prensa comprende también otros derechos sin los cuales esta carecería de eficacia: la libertad de información y la libertad de impresión. Por ello, se dice que la libertad de prensa está muy vinculada con la democracia, pues es una de sus bases; pero ella depende también de la vigencia de la democracia, ya que en un país autocrático se da la censura previa.

La información desempeña un papel crucial en ella: contribuir, simultáneamente, al proceso de cristalización y sustitución de las estructuras sociales, así como permitir el establecimiento de la coordinación necesaria entre los individuos para que dicho proceso se produzca. Comunicarse es vincularse, poner en común, compartir, intercambiar. La comunicación, asumida como un trabajo específico o relacionado con alguna otra tarea cultural, suele transformarse en producción de mensajes, manejo de instrumentos o canales, estrategias informativas. En este sentido, Di Génova (s. f.) plantea:

> La comunicación es el proceso fundamental y vital por el que se trasmiten conceptos en las relaciones personales. De modo que es fundamental en tanto que la evolución histórica de las sociedades humanas ha estado condicionada a la aptitud que tiene el hombre de trasmitir sus emociones, deseos de saber y conocimiento. Vital en cuanto a la oportunidad de comunicarnos [pues] aumenta las posibilidades de supervivencia y su ausencia se entiende como una seria forma de trastorno patológico de la personalidad.

La importancia de este tema radica, entonces, en que hoy en día los medios de comunicación constituyen una herramienta que permite mantenerse en continua comunicación con los distintos sucesos, ya sean sociales, políticos o económicos, a escala nacional e internacional. Así, para ir definiendo los parámetros de esta obra, conviene precisar, *ad initio*, ciertos términos que se utilizarán a lo largo y ancho de la obra. Seguimos en esta línea a Olano (2004), que plantea los siguientes conceptos:

Para concluir este prefacio, podría decirse que fueron tres las razones fundamentales que sirvieron de motivación para la escritura de este texto, relacionado con la *libertad de expresión*. Vale la pena señalar que este proceso ha resultado bastante complejo, sobre todo por tratar de sistematizar tantas vertientes que tiene este álgido y controversial derecho. Estas razones están en sintonía con los planteamientos de Chavero (2006) en esta materia.

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

Es por ello que se recoge en esta obra el trabajo de grandes pensadores y connotados juristas comprometidos con la defensa de los derechos y la democracia.

Capítulo I

# Libertad de prensa, historia y generalidades

> Estaré en franco desacuerdo con lo que estás diciendo, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo.
>
> **Voltaire**

## 1. Importancia de la libertad de expresión

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

En coherencia con ello, el derecho a la libertad de expresión, inherente a todo ser humano, se encuentra reconocido y garantizado tanto por las normas del derecho internacional de los derechos humanos como por las Constituciones de Colombia y de Paraguay.

Este derecho comprende mucho más que la libertad individual para expresarse. El derecho a saber, el acceso a la información y la libertad de prensa son algunas de sus distintas facetas. El promover y proteger su ejercicio es una garantía para la construcción de un Estado de Derecho y una vida democrática plena, así como una herramienta esencial para el desarrollo de un país. Como ha sido señalado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la libertad de expresión es en muchas formas un **barómetro del progreso de las sociedades.**

Este derecho es también esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos. Hace más de treinta años los Estados miembros de las Naciones Unidas, reunidas en la Conferencia General de la UNESCO, destacaron a este respecto que:

> "El acceso del público a la información debe garantizarse mediante la diversidad de las fuentes y los medios de información de que disponga, permitiendo así a cada persona verificar la exactitud de los hechos y fundar objetivamente su opinión sobre los acontecimientos. Para ese fin, los periodistas deben tener la liber-

tad de informar y las mayores facilidades posibles de acceso a la información. Igualmente, los medios de comunicación deben responder a las preocupaciones de los pueblos y de los individuos, favoreciendo así la participación del público en la elaboración de la información".[1]

Es fundamental sumar esfuerzos para la promoción y protección de este derecho, debido al riesgo de su vigencia sea limitada o eliminada de múltiples formas, por diversos actores e intereses.

Ergo, los relatores especiales sobre la libertad de expresión, tanto de la ONU como de la OEA, así como figuras similares de protección de este derecho de otras regiones del mundo, destacaron los avances logrados durante la primera década de este milenio, pero también indicaron los enormes desafíos que individuos, pueblos y gobiernos debemos enfrentar hoy en todo el mundo. Destacaron la existencia de sistemas jurídicos restrictivos, las presiones políticas, comerciales y sociales sobre los medios de comunicación, la falta de tolerancia al pensamiento crítico por parte de los gobiernos y la necesidad de implementar más y mejores mecanismos para lograr la inclusión al proceso comunicativo de los sectores excluidos.

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

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

Esta publicación—como se ha dicho—nace desde la perspectiva de los derechos humanos y la construcción de una sociedad democrática, como una contribución al histórico reto de hacer realidad el contenido de la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tenemos confianza en que este libro será una herramienta útil de consulta para los profesionales del derecho, los académicos y los funcionarios del Estado, de la misma forma que para los profesionales de la comunicación, las organizaciones sociales y cualquier persona o grupo de personas que deben conocer mejor sus derechos, saber cómo garantizarlos desde el Estado o como exigir su protección desde la sociedad civil.

## 2. Libertad de expresión y respeto a los seres humanos

Seguidamente se hará referencia a un planteamiento de Eusebio Fernández García, que en una magistral conferencia en la Universidad de Madrid abordó este tema expresando:

> El contenido de mi exposición va a consistir en el intento de reivindicar, hasta el máximo de lo que me permita la solidez de mis argumentación, dos valores imprescindibles en una sociedad decente y abierta o libre (en el sentido que K. Popper desarrolló en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*): el respeto a los seres humanos y la libre expresión de pensamientos, convicciones y formas de vida.[2]
>
> La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Se expone de este modo la relación entre este fenómeno social y cultural de escasez de respeto (derivado de los problemas anteriormente señalados) y el ejercicio pleno de esta libertad, que se materializa en varias situaciones. Una de ellas es la falta de respeto hacia la dignidad de la persona y la libertad de expresión, repre-

2 Conferencia pronunciada en la Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, dentro de las 1.as Jornadas: *Visiones contemporáneas de los derechos humanos*, el 21 de abril del 2004. El autor es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid.

sentados en ciertos programas de televisión, enmarcados en el género de la telerrealidad; programas "basura" en los que se juega fundamentalmente con una marcada tendencia al exhibicionismo de sus actores.[3]

En igual sentido encontramos que con el amparo a la libertad de expresión se produce un fuerte ataque al derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen[4]; así, se exhibe un ejercicio irrespetuoso de la libertad de expresión (aunque llevado a cabo al amparo de sus garantías constitucionales). Por otra parte, pero con las mismas consecuencias, se encuentran circunstancias en las que, en nombre de la seguridad del Estado y del derecho a la información, hay una clara colisión entre la exigencia de transparencia democrática y la necesidad de informaciones que han de permanecer secretas, bajo la excusa de que existen ciertos secretos de Estado que salvaguardan la seguridad y los derechos. Allí se actúa como un caso normal de censura o de recorte al derecho a la información.

Dado que un desarrollo de cada uno de estos casos exigiría un tiempo muy por encima del asignado a una conferencia o a la extensión de un artículo, se considera que lo más adecuado es exponer, a modo de sumario, una serie de "tomas de postura" que podrían ayudar a enfrentarse a esas situaciones, sin doblegarse al pesimismo, la conformidad interesada o el cinismo.

## 3. "Grandezas" de la libertad de expresión imprescindibles en una sociedad democrática

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.

3 Cabe aquí la pregunta de si esa falta de respeto y de autorrespeto hacia la dignidad de las personas que actúan en esos programas es una razón sólida para poner en duda que se trata de situaciones amparadas por la libertad de expresión

4 En este caso, además de enfrentarnos a un asunto de colisión en el ejercicio de derechos fundamentales, entran en juego problemas que tienen que ver con la prioridad o superioridad de ciertos valores morales, tema sobre el que siempre es oportuno definirse, ya que es infrecuente el desarrollo simultáneo y armónico de todos los valores morales que consideramos personal y socialmente importantes.

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

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.

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.

La censura previa, interferencia o presión directa 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 creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

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.

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

El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de

comunicación, violan 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.

Las leyes de privacidad —coincidimos plenamente en ello— 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 que casos en que la persona 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 estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

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»[5] atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

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 o 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 —a nuestro entender—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.

5 Si bien en Paraguay, podríamos conceptualizarla de otra manera, hemos tratado de llegar a una conceptualización que tengan un común denominador comparando las legislaciones latinoamericanas.

### 3.1. ¿Educar o distraer?

El respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos.

El derecho humano y el respeto a la libertad de expresión se erige como **instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo, por intercambio de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos.**

Asi lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> « [L]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho a los individuos sino de la sociedad misma»[6]

Asimismo, es importante destacar que la declaración hace referencia a la libertad de expresión "en todas sus formas y manifestaciones".

La libertad de expresión no es un derecho limitado a los comunicadores sociales o a aquellas personas que ejercen este derecho a través de los medios de comunicación.

El derecho a la libertad de expresión abarca las expresiones artísticas, culturales, sociales, religiosas, políticas o de cualquier otra índole.

Otro principio es el derecho a difundir información. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados miembros deben eliminar las medidas que discriminen a los

6 Véase CIDH. La colegiación obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85. Serie A, núm. 5, párr. 70

individuos de una participación plena en la vida política, económica, pública y social de su país.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de las personas a la no discriminación como pilares básicos en el fortalecimiento y funcionamiento de los sistemas democráticos del hemisferio.

La Carta de la OEA en sus artículos 33 y 34 establece:

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

La falta de participación equitativa impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas y pluralistas, exacerbando la intolerancia y la discriminación.

La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones. En este sentido, la Corte Interamericana expresó que:

Dentro de una sociedad democrática [es necesario que] se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto […] Tal como está concebido en la Convención Americana, [es necesario] que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano a expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.[7]

El acceso a la información en el poder del Estado es uno de los pilares fundamentales de las democracias.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es:

> «…posible afirmar que en una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre»[8]

Es decir, establece que el acceso a la información en poder del Estado se constituye como un derecho fundamental de los individuos y que los mismos están obligados a garantizarlo.

En relación con el objeto particular de este derecho, se entiende que las personas tienen derecho de requerir documentación e información registrada en archivos públicos o procesados por el Estado, es decir información considerada de una fuente pública o documentación oficial del Estado.

Este derecho [acceso a la información pública] cobra aún mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los **actos de gobierno**.

El Estado, en ese sentido, se constituye como un medio para alcanzar el bien común. Dentro de este contexto, el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos.

> El principio de transparencia lo que demanda es una posición servicial de la Administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho.[9]

Convengamos sin esta información, no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un **mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental.**

Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucran a funcionarios públicos.

---

8 CIDH. Opinión Consultiva OC 5/85 Serie A, núm. 5, párr. 70

9 Véase Pomed Sánchez, Luis Alberto. El Derecho de Acceso de los ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos. Editorial M.A.P. Madrid. 1989, pág. 109

La ausencia de control efectivo "implica una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables."[10]

Garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consciente disminución de la corrupción en la gestión estatal.

**Este principio a su vez establece el parámetro al que el Estado debe ajustarse para la negación de información en su poder**.

Debido a la necesidad de promover mayor transparencia de los actos de gobierno como base para el fortalecimiento de las instituciones democráticas de los países del hemisferio, las limitaciones a los archivos en poder del Estado deben ser excepcionales.

Éstas deben estar claramente establecidas en la ley y aplicable sólo en el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

Se considera por tanto que cada acto restrictivo de acceso a la información debe ser resuelto sobre la base de cada caso peticionado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que las restricciones a la libertad de expresión e información deben:

> «….juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas»[11]

Esto es así, dado que la libertad de expresión e información es **esencial** para todo forma de gobierno democrático.

Por tanto, dentro de este contexto, el Estado debe asegurar que cuanto existe un caso de emergencia nacional, la negación a la información en poder del Estado será impuesto sólo por el período estrictamente necesario por las exigencias de las circunstancias y modificado una vez concluida la situación de emergencia.

## 4. Fundamentos de la libertad de expresión

Antes de hacer referencia a los antecedentes de la libre expresión o exteriorización de las ideas, es importante también hablar sobre los "fundamentos de esta libertad". En ese sentido, se repro-

10 Véase Pierini, Alicia. Valentin Lorences y María Inés Tornabene. obra citada, pág. 31
11 CIDH. OC 5/85 párr. 70

ducirá seguidamente —por considerarlo de mucha relevancia jurídica y, sobre todo, por la prolífica explicación acerca de los motivos para la vigencia plena de este derecho natural— la exposición del profesor Luis Alberto Huerta Guerrero, quien desarrolló este tema al momento de presentar su tesis doctoral en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

> El estudio de todo derecho fundamental debe empezar por identificar sus fundamentos, es decir, las razones que justifican su importancia y el reconocimiento especial que recibe en un ordenamiento jurídico. En el caso de la libertad de expresión, su estudio y análisis no puede partir de considerarlo simplemente como uno de los varios derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales.
>
> Se requiere poner especial atención a las teorías que se han elaborado respecto a sus fundamentos, de modo tal que puedan comprenderse las razones por las que, ante un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, la decisión que se adopte estará guiada decisivamente por su particular importancia en un Estado constitucional.
>
> Los fundamentos de la libertad de expresión han sido elaborados desde diversas perspectivas y enfoques, que resaltan la importancia de la difusión de ideas e informaciones para el desarrollo del ser humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, y la creación de un libre mercado de ideas.
>
> Las obras *Areopagítica* de John Milton (1644) y *Sobre la libertad* de John Stuart Mill (1859) constituyen dos importantes antecedentes históricos relacionados con los fundamentos de la libertad de expresión. Aunque se encuentran separadas por cerca de doscientos años, ambas demuestran un nivel de consenso permanente en el tiempo en torno a los fundamentos de este derecho fundamental; igualmente, la libertad de expresión tiene su historia entrecruzada con el liberalismo. John Locke se refiere a la libertad de expresión en su *Ensayo sobre la tolerancia* (1666), señalando que las opiniones

—en general— deben ser toleradas, pero que el magistrado puede prohibir su ejercicio cuando estas perturben al gobierno.[12]

Para Milton, las restricciones a la libertad de expresión sólo limitan la creatividad y paralizan la verdad, desconociendo la importancia de este derecho para el desarrollo de nuevas ideas y conocimientos por parte del ser humano. Restringir este derecho implica impedir la circulación de nuevos puntos de vista, negando la posibilidad de que exista una pluralidad de ideas, elemento imprescindible para el contraste y debate entre ellas.

En el caso de Mill, sus argumentos a favor de la libertad de expresión se centran en los siguientes aspectos: a) silenciar una opinión por considerar que es falsa implica asumir una posición de infalibilidad, b) una opinión admitida como verdadera debe enfrentarse a una opinión contraria, aunque sea falsa, a fin de fortalecer la comprensión y las convicciones sobre su contenido, c) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada será seguida, pero no se comprenderán sus fundamentos racionales, y d) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada puede perderse o debilitarse, sin alcanzar su objetivo de formar caracteres y conductas.

A diferencia de los planteamientos de Milton y Mill, los fundamentos modernos de la libertad de expresión se enmarcan en una perspectiva jurídico-constitucional, por tratarse de teorías esgrimidas a partir del reconocimiento de la libertad de expresión en los textos constitucionales. Entre ellas, se puede mencionar la teoría libertaria, que encuentra su principio orientador en la autorrealización personal del individuo, relacionada intrínsecamente con la autonomía y la dignidad de la persona; o la teoría democrática, que subraya la importancia de este derecho para el fortalecimiento del sistema democrático, por lo que se trata de un fundamento político, donde el discurso protegido es aquel que contribuye a que los ciudadanos adopten las decisiones necesarias para el desarrollo del gobierno.

La variedad de fundamentos sobre la libertad de expresión no implica escoger el que parezca mejor elaborado, sino que todos ellos deben ser integrados, dado que contribuyen a fortalecer la libertad de expresión y a resolver los problemas relacionados con

12 Al respecto, confróntese Vega (2012).

> su ejercicio. En el campo práctico, una posición *integradora* ofrece un amplio margen de acción para garantizar el discurso que busca ser legalmente restringido. Sólo con este enfoque se logrará materializar la real dimensión de la libertad de expresión, que al no representar únicamente un interés individual, sino también colectivo, adquiere especial importancia al momento de ser confrontado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales (Huerta, 2012, p. 320-321).

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional precisa que la expresión, en sus diversas manifestaciones y elementos protegidos, cuenta con un estatus jurídico especial, así como con un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales. Esta condición especial es mayor que aquella que se provee a los bienes jurídicos tutelados por otros derechos y libertades, dado el especial aprecio que se presta en las constituciones modernas y en la normatividad internacional al libre proceso de comunicación interpersonal y social (Corte Constitucional, Sentencia T-391 del 2007).

## 5. Límites a la libertad de expresión: aspectos generales

El profesor Humberto es uno de los doctrinantes que de mejor manera ilustra sobre los límites a la libertad de expresión; por ello es indispensable comprenderlos desde su óptica, comenzando por establecer de manera preliminar su concepto y alcance.

## 6. Fuentes para el análisis de los límites a la libertad de expresión

A pesar de sus casi treinta años de funcionamiento, es escasa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión. Respecto a los límites o las restricciones a la libertad de expresión, su jurisprudencia se reduce a cuatro fallos: Herrera Ulloa (2004), Ricardo Canese (2004), Palamara Iribarne (2005) y Kimel (2008). Estos básicamente giraron en torno a sanciones penales impuestas por la difusión de determinada información que se consideraba lesiva del derecho al honor. De modo particular, la controversia en el caso Kimel giró en torno a la difusión de una opinión.

Al resolver estos casos, la Corte Interamericana ha precisado la importancia de ponderar el ejercicio de la libertad de expresión con aquellos derechos con los cuales puede entrar en conflicto. Por ello, es necesario tomar en consideración las características de la información o idea que se difunde, así como las cualidades de las personas sobre las que se emite una información o juicio de valor.

En la mayoría de casos, las personas que acudieron en sus respectivos países a la vía penal para la protección de su derecho al honor eran personajes públicos, cuya labor estaba relacionada con las funciones estatales, por lo que las sanciones penales impuestas por el ejercicio de la libertad de expresión resultaban manifiestamente arbitrarias. Por esta razón, las controversias resueltas por la Corte no se encuentran en los supuestos de casos difíciles; por el contrario, del contenido de sus fallos parece advertirse que la resolución de estos ofrecía poco margen de dificultad para su análisis.

La doctrina es una gran ayuda en esta materia pues nos expresa que en la legislación procesal penal también encontramos una norma limitativa de la libertad de expresión: el artículo 73 del Código de Procedimientos Penales, que establece que una determinada etapa del proceso penal (la instrucción) tiene carácter reservado, a partir de lo cual se ha admitido que las autoridades jurisdiccionales pueden establecer medidas limitativas respecto a la difusión de información sobre su desarrollo. Por otro lado, el libro del Código Civil, correspondiente a los *derechos de la persona,* contiene tres disposiciones que se relacionan con la libertad de expresión, por cuanto condicionan la difusión de información vinculada con la intimidad, la imagen, la voz y las comunicaciones privadas al consentimiento que para tal efecto ofrezcan los titulares de estos derechos o sus familiares. Si la información es difundida sin haber obtenido ese consentimiento, se originan responsabilidades posteriores por el ejercicio de la libertad de expresión.

Otras restricciones a la libertad de expresión pueden encontrarse en la Ley Orgánica de Elecciones (Ley 26859), referidas a la forma o el momento para emitir un determinado discurso; en este caso, uno relacionado con la propaganda política. En ningún su-

puesto se establecen restricciones sobre el contenido del mensaje político que quiere transmitirse. Por otra parte, la Ley de Radio y Televisión del Perú (Ley 28278) se pronuncia de forma expresa sobre la pornografía. En este sentido, el artículo 43 establece que los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico; se trata de una limitación no relacionada con el contenido del discurso, sino con el medio, pues no se encuentra permitida su difusión.

A su vez, existen algunas normas en el ordenamiento jurídico peruano que establecen límites específicos a la libertad de expresión de determinadas autoridades o funcionarios. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 184, inciso 6, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y vocales de este órgano del Estado están obligados a no emitir públicamente ninguna información relacionada con los procesos sobre los cuales han asumido competencia. Por otra parte, el Decreto Legislativo 276, que regula el régimen laboral de algunos trabajadores de la administración pública, establece en el artículo 23, inciso *d*, que los servidores públicos tienen prohibido emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente.

La jurisprudencia, en cuanto fuente para el estudio de los límites legales a la libertad de expresión, desempeña un papel especialmente importante. En un primer escenario, los jueces son responsables de evaluar la compatibilidad entre los límites establecidos legalmente y la Constitución. Si no se cumplen los requisitos formales y sustantivos que debe observar todo límite a un derecho fundamental, la norma respectiva deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico o inaplicado por los jueces al caso concreto, según corresponda. En un segundo escenario, si la norma que establece un límite a la libertad de expresión es considerada compatible con la Constitución, es competencia de los órganos jurisdiccionales evaluar si ha sido correctamente aplicada en un caso concreto, claro está, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

## 7. Jurisprudencia del tribunal constitucional sobre límites a la libertad de expresión

Y finalmente dice:

> Por lo expuesto, consideramos que ha quedado verificada nuestra hipótesis: El análisis por parte del Tribunal Constitucional peruano de los límites a la libertad de expresión presenta deficiencias sustantivas, por lo que este Derecho fundamental, carece en el ordenamiento jurídico nacional de una protección adecuada a nivel jurisdiccional, ante normas que restrinjan de forma ilegal o arbitraria su ejercicio, o respecto a situaciones en donde tales restricciones sean aplicadas en forma desproporcionada. En otras palabras, no se ha llegado todavía a construir en el Perú una línea jurisprudencial sobre la libertad de expresión, que contribuya a fortalecer su ejercicio en nuestra aún frágil democracia y fomentar la libre circulación de ideas u opiniones.[13]

Ahora bien, en Colombia, la Corte Constitucional ha tenido un gran despliegue legislativo para desarrollar el contenido de la libertad de expresión. Desde 1995, a pocos años de su funcionamiento, ya se empezaron a proferir sentencias sobre la materia que han tenido una gran evolución a través del tiempo. Estas providencias constitucionales son: SU-056 de 1995 (magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell), C-010 de 2000 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), C-650 de 2003 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), SU-1721 de 2000 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), SU-1723 de 2000 (magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), T-104 de 1996 (magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz), T-505 de 2000 (magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo), T-637 de 2001 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), T-235A de 2002 (magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett), T-1319 de 2001 (magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes).

De este desarrollo jurisprudencial, y específicamente sobre el tema central de este numeral, este alto tribunal ha sido claro al permitir ciertas y estrictas limitaciones a este derecho; pero en todo

13Publicada en internet en la siguiente página luis.huerta@pucp.edu.pe.

caso, dichas limitaciones de manera inicial serán consideradas sospechosas.

Por consiguiente recaen sobre la autoridad varias cargas que permitan establecer la legitimidad de esa conducta. En primer lugar se encuentra en la Sentencia T-391 la carga definitoria, donde debe exponerse la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión, cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo, así como cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. En la misma providencia, y haciendo resumen del desarrollo pretoriano de esa corporación, se encuentra un segundo tipo de carga: la argumentativa, donde compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, al igual que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante. Por último, la Corte ha determinado la carga argumentativa en la cual las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias, las cuales han de dar suficiente certeza sobre su veracidad.

Este estudio debe concluir con el cumplimiento de las siguientes reglas, tal y como lo dice la Corte Constitucional en su jurisprudencia:

a) Las limitaciones deben estar formuladas precisa y taxativamente en una Ley de la República.
b) Las limitaciones deben perseguir el logro de ciertas finalidades imperiosas, definidas de manera concreta y específica.
c) Las limitaciones deben ser necesarias y proporcionales al logro de la finalidad que persiguen.
d) Las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura.

Pero este Tribunal Constitucional, con el fin de preservar la constitución y lograr armonizar la libertad de expresión con los de-

más derechos que se puedan ver afectados por su práctica, analiza así cada situación en particular:

a) Limitaciones adoptadas para preservar los Derechos de los demás.[14]
b) Limitaciones adoptadas para preservar la seguridad y el orden público.[15]
c) Limitaciones adoptadas para preservar la moralidad pública.[16]

## 8. Diversas teorías que justifican la libertad de expresión como derecho fundamental[17]

Las principales en este sentido son las siguientes:

a) La libertad de expresión, como derecho inherente a la persona humana.
b) Defensa de los valores democráticos.
c) El descubrimiento de la verdad.
d) La libertad de expresión, que promueve la tolerancia.

### 8.1. La libertad de expresión como derecho inherente a la persona humana

El derecho a la libertad de expresión y de pensamiento está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática; la discusión plena y previa evita que se paralice la so-

14 Se trata de la categoría más obvia entre las finalidades que justifican limitar la libertad de expresión; pero su importancia es evidente, dado que el ejercicio de la libertad de expresión puede llegar a entrar en conflicto con los derechos constitucionales de terceras personas que son objeto de protección constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-391 del 2007,).

15 En ciertas ocasiones, los valores de una democracia, incluida la libertad de expresión, solo pueden preservarse mediante el mantenimiento de condiciones propicias para el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, como en nombre de la seguridad y el orden público se han cometido numerosos atropellos contra la libertad de expresión, es particularmente importante que en este ámbito, los intereses que justificarían la limitación sean celosamente respetuosos del principio de legalidad y de la definición concreta y específica de los fines imperiosos de orden público y seguridad que es necesario alcanzar (Corte Constitucional, Sentencia T-391 del 2007).

16 De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, uno de los objetivos cuya consecución justificaría establecer limitaciones a la libertad de expresión es el de proteger la moralidad pública (Corte Constitucional, Sentencia T-391 del 2007).

17 Esta parte es transcripción íntegra del libro titulado *El reino de la intolerancia*, de Rafael J. Chavero Gazdik (pp. 29 y ss.), que desarrolla con prolijidad y cabalidad las distintas teorías, con una maestría sin igual.

ciedad y la prepara para enfrentar las tensiones y fricciones dentro de la misma.

Una sociedad libre—hoy y mañana—, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

Entrando en el tema del acápite, diremos que la postura que aquí vamos a examinar sostiene que en una comunidad democrática «hay pocos derechos tan importantes» como el de la libre expresión, defiende un sentido muy amplio de lo que **libre expresión significa**, y pide para este derecho.

Conviene advertir desde ya que esta aproximación al derecho de la libertad de expresión (y, en general, a la idea de derechos) viene a confrontar con otras alternativas superficiales o tautológicas, peligrosas, y normalmente no justificadas.

Así, por ejemplo, aquellas que parten de ideas tales como:

"todos los derechos deben ser limitados", o

"no hay derechos absolutos", o

"los derechos dependan de las leyes que los reglamentan"… y así por delante, como una carta blanca para luego sostener que *cualquier tipo de limitación*, asumir que todos los derechos valen más o menos lo mismos, o subordinar los derechos más básicos a necesidades no básicas y circunstanciales.

Los criterios que guían este trabajo nos sugieren, por el contrario, que los deberos básicos lo son porque merecen una consideración muy especial, tanto en relación con otras necesidades públicas, como en relación con otros derechos constitucionales, incluso en relación con distintas subclases de este mismo derecho.

El **caso de la libertad de expresión** representa un buen ejemplo para ilustrar lo dicho.

Aquí se sostiene que la libertad de expresión no debe ser desplazada por necesidades coyunturales (p.ej., la necesidad de "consolidar el frente interno en una situación de guerra"); que por su centralidad para la vida democrática este derecho merece una protección especial en su eventual confrontación con otros derechos (verbigracia, el derecho al honor y la reputación); y que por las mismas razones, distintas expresiones merecen distinto grado de protección (verbigracia, las críticas a los funcionarios públicos me-

recen la máxima protección dentro de una categoría de derechos de por sí ya merecedora de una máxima protección).

La idea de imparcialidad aquí defendida —y de la cual se deriva esta defensa especial de la libertad de expresión **como derecho fundamental**—se podría caracterizar a partir de dos pautas principales.

En primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar; que es necesario que tales puntos de vista pueden ser confrontados unos con otros, en un proceso deliberación colectiva.

Tales pautas, que guiarían nuestra aproximación al derecho de libertad de expresión, parecen encajar muy bien con algunos criterios muy bien asentados en la filosofía política y la jurisprudencia constitucional.

Por un lado, en efecto, aquellas pautas recuperarán la idea de Jhon Stuart Mill, **según la cual nunca es bueno suprimir ninguna opinión**.

Ello, ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera la cual torna imprescindible el conocimiento de la misma, ya sea porque ésta es parcialmente verdadera, la que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falas, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero perjuicio o la falta de cuestionamientos.

Notablemente, este razonamiento sería retomado luego por el famoso Juez Holmes, en una disidencia aparecida en el también conocido caso "U.S. vs. Abrams"[18], de 1919, en el cual el mismo sostuvo que:

> «…el mejor test de la verdad [de una opinión] es el poder que tiene [la misma] para ser aceptada en una competencia de mercado».

Es decir, Holmes consideró, como Mill, que el «sistema de censura de opiniones» debía ser reemplazado por otro supuesto, que permitiera que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras:

18250 U.S. 616 (1919)

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

Por otro lado, pautas como las referidas encajan perfectamente con el que fue, tal vez, la línea más importante dentro del caso "New York Times v. Sullivan", posiblemente la decisión más significativa en la historia de la jurisprudencia de la libertad de expresión.

En dicha ocasión, el Juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado:

> «a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos».

La idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder.[19]

**8.2. Lo que la doctrina critica**

Podría decirse que existen dos tradiciones sobre la libertad de expresión. La primera la idea recogida de "Milleana" y la del "New York Times" representan la «columna vertebral» del pensamiento moderno sobre la libertad de expresión.

En una mayoría de casos, ellas confluyen para cimentar una posición hiperprotectiva crítico dirigida contra los oficiales públicos.

Ahora bien, a pesar del aval doctrinario conseguido por esta postura, y el respaldo jurisprudencial que ella obtuvo en muchos casos resonantes, lo cierto es que ésta tuvo dificultades para consolidarse (como aún hoy las sigue teniendo).

En el caso de los Estados Unidos, verbigracia, dicha visión apareció incorporada en la opinión minoritaria de la Corte, en el caso "Abrams", de 1919, y recién llegó a ser sostenida por la mayoría de la misma, 50 años más tarde.

19376 U.S. 254 (1964)

El caso "Abrams", en tal sentido, inauguró una seguidilla de notables opiniones disidentes a favor de la libertad de expresión.

En la disidencia firmada entonces por el juez Holmes, la minoría del Tribunal respaldó el derecho de libre expresión de un grupo de opositores del gobierno, en este caso un grupo de inmigrantes rusos, todos ellos socialistas o anarquistas, que distribuían panfletos en respaldo de la Revolución Ruso. Dicha disidencia inauguró, además, una doctrina hiperprotectiva del pensamiento crítico, a la que se conoció con el nombre de "doctrina del peligro claro y actual".

Ahora, para justificar la restricción de una cierta opinión o de un cierto orador, debía demostrarse que el discurso en cuestión venía, de modo evidente, a producir un peligro serio e inminente. Y además, conforme al modo en que la misma doctrina fue administrada, la idea era la de medir ese «peligro claro y actual» como un estándar muy exigente: **el riesgo en cuestión debía ser muy importante, y su producción inminente.**

Cabe señalar, por lo demás, que la doctrina en cuestión vino a dejar de lado otras más abiertas a la censura de opiniones, como la de la "mala tendencia", y según la cual el discurso bajo examen era pasible de sanciones si se determinaba que la "tendencia natural" del mismo era producir un mal, y si quien lo pronunciaba había intentado producirlo); o la de la "incitación expresa" (defendida por el juez Hand en el caso "Masses Publishing Co. v. Patten", que buscaba eludir el vago parámetro de la doctrina anterior, concentrada en la intención si en el discurso examinado aparecían explícitamente palabras destinadas a incitar la violencia).

Doctrinas como la del "peligro claro y presente" procuraban, frente a sus alternativas, darles mayor protección a los críticos del sistema. Aquí se asumía que aún las más duras objeciones contra la guerra merecían ser respaldadas como forma de defender el "libre mercado de las ideas", y asegurar que las ideas triunfantes no fueran el mero producto de la propaganda o la falta de reflexión.

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

Allí, en "Branderburg v. Ohio"[20], la línea de disidencias Holmes-Brandeis, y en particular el test del "peligro claro y actual", pasaron a convertirse, finalmente, en la opinión dominante dentro de la Corte.

En dicha época, además, ellos resultarían suplementadas y expandidas por criterios como los expuestos en "New York Times vs. Sullivan".

En países como Paraguay y en la Argentina, la jurisprudencia fue todavía menos sólida en el respaldo de la libertad de expresión. De hecho, la persecución pública de las opiniones disidentes llego a cristalizar, por ejemplo, una larga lista de decisiones judiciales condenatorias de los denominados "partidos antisistema", esto es partidos opuestos al sistema democrático.

Para cerrar este capítulo, diremos que la concepción teórica hasta aquí defendida, claramente, viene a confrontar con muchas de las opiniones jurisprudenciales examinadas. Contra ellas, otorga al derecho de la libertad de expresión un **estatus especial** dentro de la estructura constitucional, y aún dentro de la estructura de derechos.

La crítica al gobierno y a los funcionarios públicos, entonces, aparece hiperprotegida dentro de una categoría de derechos ya hiperprotegidos.

### 8.3. La libertad de expresión promueve la tolerancia. El choque entra la tradición del "libre mercado de las ideas" y la del "debate público amplio".

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

20395 U.S. 444 (1969). Notablemente, el fallo vino a respaldar al líder del grupo racista Ku Klux Klan, que abogaba por la violencia racial.

La tradición del «libre mercado de las ideas», verbigracia, tendió a dar respaldo a numerosos criterios que la doctrina del «debate público amplio» directamente rechazaría.

Típicamente, ella respaldó la idea de que el gran enemigo de la libertad de expresión era el Estado, por lo que —asumió— la libertad de expresión se expandía cuando se ponían más trabas al accionar del Estado.

Por supuesto, los defensores de esta tradición tenían algunas buenas razones para sostener este punto:

> «…El Estado era el que perseguía a los anarquistas que objetaban al gobierno; era el que ponía en prisión a los socialistas que abogaban por la violencia; era el que impedía que circulaban publicaciones en las cuales se atacaban las políticas estatales. Frente a dichos escenarios, no era iluso sostener que la mayor "victoria" que podía obtener la libertad de expresión era la "derrota" del Estado intrusivo, censor, represivo.

Fue en atención a tales criterios que los defensores del "mercado libre de ideas" empezaron a defender el criterio según el cual "la mejor política en materia de libertad de expresión es la ausencia de política", la idea de que en cualquier movimiento del Estado en esa área debía verse como una amenaza a combatir.

«Dejar hacer» era, según esta óptica, el mejor modo de honrar el compromiso público con la idea del respeto a todos y la libertad de todos.

Había otros buenos argumentos que, sumados a los anteriores, ayudaban a fortalecer esta postura antiestatista. Por un lado, podía decirse que la "pulverización" de la autoridad pública era la que contraatacaba de una expansión de la libertad de expresión.

Ahora, habría menos chances de que una sola autoridad quisiera fijar qué era lo que debía escucharse y qué no.

Ahora era más factible que brotaban voces diversas y disonantes. Se acababa el riesgo de que la comunicación tuviera un solo dueño—que fuera monopolizada por el Estado, o dirigida abusivamente por él.

Dejando la comunicación en manos de la sociedad, además, se contribuye a que las diversas voces sociales eran escuchadas. Esto

se vería facilitado por los mecanismos de mercado que aparecen, en el mejor sentido del término, como mecanismos no ideológicos.

Aquí, nadie va a ser beneficiado por sostener una cierta ideología ni penalizado por sostener lo contrario.

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

Nos preguntamos:

¿Son éstos, sin embargo, criterios atractivos para aquellos comprometidos con la idea de la libertad individual o el igual respeto?.

Podría decirse que no, por una diversidad de razones. En primer lugar, en dichos argumentos se presupone una noción discutible de pluralidad de ideas, que parece asimilar a la misma con la pluralidad de propietarios (de periódicos, del TV, etc.). Se nos dice que abatiendo al Estado monopólico abrimos las puertas a la libertad de expresión. Pero lo cierto es que resulta perfectamente concebible una situación en la cual existen múltiples propietarios y "una sola voz" en juego.

O, más habitualmente todavía, puede darse una situación en la que existen varios propietarios y algunas voces o temas sistemáticamente excluidos.

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

Aquel escenario ideal se logrará, en todo caso, en la medida en que todos estén efectivamente situados en pie de igualdad, y en donde la comunicación se dé fundamentalmente a partir de orado-

res o críticos individuales, capaces de ocupar sucesivamente o al mismo tiempo un espacio más bien infinito.

Esta podía ser la situación imaginable a comienzos del silgo XX, cuando se produjeron muchos de los fallos citados más arriba, destinados a reprimir a los críticos del gobierno.

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

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

En contextos como el nuestro es esperar que haya ideas subrrepresentadas por no ser del agrado de los dueños de los principales medios, y otras que por razones inversas aparecen sobrerrepresentadas. O, lo que puede ser peor, esta sub y sobrerrepresentación de ideas puede depender ya sea de la buena voluntad del propietario de medios, ya sea (más comúnmente) del dinero con el que uno cuente (para comprar un medio o para comprar espacios de difusión de un determinado medio), o de la capacidad de uno para seducir a aquellos que tienen dinero (verbigracia, seducir a quienes pueden comprar publicidad en un espacio en el que uno quiera expresar su mensaje).

Todavía peor, en la medida en que la comunicación descansa tanto sobre el dinero, puede ocurrir que algunos anunciantes directamente amenacen con retirar su apoyo a determinados programas si es que los mismos no dejan de tratar temas (por ejemplo, el aborto) que son hirientes para los dueños de las empresas auspiciantes, o molestos para el tipo de público al que los auspiciantes quieren llegar.

En tal sentido, la presencia del dinero en el terreno de la libre expresión les da a los poseedores de aquél de un virtual poder de veto sobre las opiniones que les desagradan. Esta posibilidad, obviamente, no es sino una realidad evidente tanto en países pobres como en países ricos.

## 9. Las críticas a la idea del «debate público amplio»

Llegamos hasta aquí, conviene prestarle atención a las objeciones que podrían presentar quienes no simpatizaban con la idea del "debate público amplio". Y es que, a pesar de lo atractivo de la propuesta del "debate amplio" como ideal regulativo, los problemas que promete en su puesta en práctica son, según algunos, demasiados serios.

Veamos algunos de ellos, y avaluemos su alcance.

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

Los problemas de dicha línea de razonamiento, sin embargo, también son obvios. Ante todo, tal línea de reflexión hace depender la capacidad de difusión de una cierta idea de cuestiones ajenas a lo que, podría decirse, más importa, esto es, contar con un medio ambiente rico en opiniones diversas. Lo que es más serio todavía, el escenario que se nos promete es, por definición, trágico para aquellos que sostienen opiniones impopulares. Estas opiniones impopulares, por serlo, contarían con nulas posibilidades de trascender a los medios masivos. Dado su propio carácter, una gran mayoría de la población las rechaza, tal vez visceralmente. Pero es esta razón, justamente, la que torna imprescindible que existan otras vías destinadas a favorecer la trasmisión de ideas. En el contexto de una guerra, por ejemplo, la opiniones contrarias a la política bélica del gobierno pueden ser las más importantes: las que muestran por qué es necesario detener ciertos bombardeos, o las que difundan

las atrocidades que se cometen, o las que se señalen los costos en vidas y en recursos económicos que se están produciendo. Sin embargo, es dable esperar que ellas sean boicoteadas por el gobierno, por el gran público, y por una mayoría de empresas alineadas con el gobierno o ansiosas por alinearse con (o por no ganarse la hostilidad de) el pensamiento mayoritario.

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

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

iii) Podría decirse, por caso, que aun a pesar de las limitaciones del "mercado libre" no hay riesgo peor que el riesgo del abuso estatal. En respaldo de esta línea de pensamiento conviene advertir que el Estado en control directo o indirecto de los medios de comunicación masivos no sólo amenaza con la comisión de abusos opresivos para las minorías. El mismo representa un riesgo, además, para el ideal de contar con una política equitativa. si es que uno toma en

serio las críticas provenientes de la teoría de la "elección pública" se debe esperar que cualquier «ventaja» a ser distribuida por el gobierno de turno se convierta en una mercancía que terminará, inevitablemente, en manos de algún grupo de interés al que el gobierno se la entregará en una operación de intercambio de "favores" (desde esta óptica podría decirse algo así como que "no hay nada peor para los intereses de los más desventajados que las políticas alejadamente hechas para los más desaventajados). A partir de este criterio, propuestas como la de la "doctrina de la equidad", defendidas en el fallo "Red Lion" resultarían sólo una penosa muestra de ingenuidad.

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

iv) Finalmente, alguien podría argüir que el real problema en juego es el vinculado a los riesgos de la coerción estatal. Es cierto, podría agregarse, que la violación de derechos puede tener su origen en último en la acción de particulares o en la acción del gobierno de turno. Sin embargo, también lo es que ningún riesgo es mayor que el que proviene de la amenaza estatal. El estado cuenta con recursos económicos y técnicos prácticamente inigualables por cualquier conjunto de particulares, a la vez que tiene a su disposi-

ción medios de represión y guerra que otros no tienen (todo esto, salvo en casos excepcionalísimos como el de las bandas de narcotraficantes en algunos países latinoamericanos, por ejemplo). Debido a su poder excepcional, es que cualquier intento de fortalecer los poderes del Estado debe merecer como respuesta una excepcional prudencia. Debido a su extraordinaria capacidad para causar daños a terceros, es que debe hacerse todo lo posible para contener la voracidad intervencionista del Estado. En conclusión, la crítica al Estado no implica sostener la inocencia innata de los ciudadanos actuando como particulares. Sólo se pretende decir que hay riesgos más graves que otros, y que conviene siempre, en cada caso que sea posible, dificultar la aparición de los que evaluamos como peores riesgos.

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

Luego de hacer estas disquisiciones, creemos importante, hablar de la evolución histórica de la libertad de expresión, por lo

que seguidamente desarrollaremos su desarrollo histórico suscintamente.

### 9.1. La libertad de expresión en la Antigüedad

En Grecia y Roma hay referencias sobre la necesidad de la libertad de comunicación "en un Estado libre, la palabra y el pensamiento, deben ser libres", sostenía Tiberio. Pero el concepto de esa libertad estaba expresamente definido por el papel del ciudadano, como lo señala Uprimmy (1970):

> Ser ciudadano y ser libre no era desentenderse de la cosa pública para buscar el goce individual sino, por el contrario, preocuparse activamente por los destinos colectivos. En ciudades como Atenas se despojaba del Derecho a la ciudadanía, a quien no participaba activamente en la vida pública. Es más, en Grecia antigua, a quien se desentendía de los asuntos colectivos, se le llamaba despectivamente "idiotez", simple particular, término del cual deriva la moderna palabra "idiota" (p. 70).

La prensa ha nacido de la escritura; por ello, nació en la China con la invención del papel o al comienzo de la era cristiana. Desde la época Tang (618-907) fueron publicados los primeros "periódicos oficiales" del Imperio, mientras que los romanos graficaron las noticias sobre los muros, conocida como *Acta Diurna*.

Pero se puede afirmar que hasta el descubrimiento de la tipografía, las transmisiones manuscritas de los que escribían las noticias no tenían sino un limitado número de destinatarios, clientes de la política o de las finanzas, dentro del género de cartas confidenciales. Así, aparecen los ancestros de nuestros modernos agentes de información. "La libertada de expresión es consecuencia del proceso público y masivo de comunicación alcanzado merced al desarrollo tecnológico de esos medios externos de comunicación social" (Badeni, 2000, p. 3).

### 9.2. Origen

El nacimiento de la imprenta en 1447, en Alemania, fue el acontecimiento que dio origen a la libertad de prensa, ya que a través de los impresos, el pensamiento se perpetúa y se hace accesible a muchos hombres. De ahí surge la necesidad de consagrar como un

derecho regular el uso de ese recurso, para evitar los abusos y excesos que se mueven contra el núcleo social. A partir de entonces aparecieron los primeros intentos de divulgar las noticias mediante los impresos, a través de un servicio público conocido como "servicio postal", organizado por algunos grandes Estados europeos de la época: Francia (1464), Inglaterra (1478) y el Santo Imperio romano-germánico en (1502).

**9.3. Consolidación histórica**

El derecho a la libre exteriorización de las ideas —ergo, libertad de expresión— por medio de la palabra impresa y el derecho a recibir una información veraz y objetiva constituyen dos de los mayores logros de los movimientos liberales a través de la historia, frente a la situación inquisitorial del Antiguo Régimen, de tendencia absolutista.

Si bien la libertad de prensa nació con la misma imprenta en el siglo XV, fue durante el transcurso de los tres grandes movimientos revolucionarios ocurridos en Occidente —la inglesa en 1688, la norteamericana en 1776 y la francesa en 1789—, cuando la necesidad de la libre divulgación de las ideas a través de los medios impresos adquirió su más alta significación, tal como nos refiere en su obra Fabricio Guariglia[21].

A fines de siglo XVIII, los novelistas tenían su mercado de información bajo el castaños del Palacio Real, vendían sus noticias de sociedad al mejor postor. A su vez, al comienzo del siglo pasado, los vendedores ambulantes exhibían en las calles sus bulos ilustrados y pintarrajeados sangrantemente, "en la rapidez de la información hay macabros detalles"[22]. Señala Vacca (s. f.).

> El derecho a la información es una ciencia nueva, el primer libro que se publicó con ese título en el mundo data de 1950. Dos años antes, el 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas promulgaba una Declaración de Derecho Humanos. En uno de sus artículos, el 19, se describía por primera vez en la historia normativa el derecho humano a la información.

21 "Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad" (pp. 25 y ss.).

22 Estos datos fueron obtenidos de la obra de René Silva titulada: "Libertad de Información y Derechos Humanos", 1968, pág. 23 y ss.

De modo que el derecho a la información encuentra su primer enunciado en el *ius communicationis* de Francisco de Vittoria. Si se resume la historia de la información, a partir del fin de siglo XVIII se verá dividida en dos vertientes: una sube hacia la libertad y otra desciende a la autoridad.

El periodo prerevolucionario entrevé las vanguardias de esa libertad que será proclamada solemnemente por la revolución.

Desde que la revolución se convirtió en guerra civil, la libertad de prensa no fue más que un principio sin aplicación. En la Restauración, y después en la Monarquía burguesa, la libertad de prensa agitó mucho a la opinión francesa y hasta llegó a ocasionar una media revolución: los *toiss Glorieses* de julio de 1830 se sublevaron contra las ordenanzas de Carlos X, que encadenaba políticamente a los periódicos[23].

Sin embargo, en el primer momento, las declaraciones del derecho son de corte formal e individualista. Es así como a través de la libertad de expresión, la de prensa fue instrumentada al servicio de los intereses de quienes propugnan las declaraciones de los derechos, los revolucionarios burgueses que aspiran al poder, que, una vez logrado el objetivo, los desprecian.

Uno de los logros más destacados que logró el periodismo en este siglo fue la creación de las agencias internacionales de noticias, cuyo objetivo es centralizar y trasmitir las noticias a los diarios particulares, por ejemplo, la norteamericana Associated Press (AP) en 1948, y la británica Reuters, en 1851, cuyo fundador fue el alemán por Paul J. Reuter.

El Congreso de la Federación Nacional de la prensa Francesa recordaba en 1945 que la prensa no es un instrumento de cultura; su misión es proporcionar informaciones exactas, defender las ideas y servir a la causa del progreso humano.

Partiendo de la convicción común de la época según la cual la información integraba el dominio reservado del Príncipe, único responsable del bien común, la Curia reservaba sus informaciones para un uso interno. Fue preciso aguardar hasta Pío XII y al segun-

23 Todos estos datos los encontramos en la obra citada precedentemente, cuya fuente ha sido citada por varios autores.

do tercio del siglo XX para que el pensamiento teológico concibiera claramente que la información interesaba también al público. Así que, por su radicación y naturaleza jurídica, es el pensamiento católico el que se ha descubierto y configurado en su esencia, y en su contenido material.

No obstante, la historia legislativa es la exteriorización de una historia más profunda, en la que se demuestra la gran fuerza operativa de las ideas como impulsoras de la evolución y el progreso. Conforme a la historia, no es posible descubrir unas etapas en la consideración histórica de la información. Estas se suceden, sin que ninguna de ellas venga a sustituir de un modo radical a las anteriores. "Además, el orden de aparición no es meramente cronológico, sino que señala una madurez progresiva en el entendimiento de lo que es la información" (Desantes, 1992, p. 23).

En 1948 se promulga la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. En su artículo 19 se describe por primera vez un derecho que, más tarde, el Concilio Vaticano II, en el Decreto Inter Mirifica, llamó también por primera vez derecho a la información; nació en la ONU y se bautizó en San Pedro de Roma. Aquí está, precisamente, el origen de la tercera etapa a la que, por los motivos que a continuación veremos, podemos llamar universalista de la información, puesto que en ella se consagra la titularidad universal del Derecho.

El titular del derecho a la información es universal, es decir, lo tienen cada una de las personas que constituyen lo que llamamos *público*. Así, el libre ejercicio de la información no corresponde únicamente a la empresa informativa o al profesional de la información, sino a todos, sin excepción.

No hay que negar, empero, que desde 1948, a medida que el simple ciudadano va adquiriendo conciencia de la titularidad del derecho a la información y de todas sus facultades, se han abierto una serie de posibilidades para que cualquiera que lo desee pueda investigar información y difundir información. Por ejemplo, el fenómeno de apertura de la administración públicas y de algunos organismos internacionales ha descubierto grandes posibilidades a la investigación desde el momento en que se ponen a disposición de

los ciudadanos los registros y archivos públicos: frente al principio de reserva, se va imponiendo el de transparencia.

Durante el siglo XX, el derecho a libre expresión adquiere un carácter social: pasa a configurarse como "opinión pública", de especial desarrollo en la segunda mitad de este siglo. Queda así lugar al derecho a la información, que integra tanto el derecho a investigar como el de expresar o difundir.

Actualmente, este, además de estar recogido en las Constituciones de los Estados democráticos del mundo, aparece amparado a través de instancias supranacionales. Entre ellas, se encuentre la Carta de Declaración Universal de los Derecho del Hombre de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

También se va abriendo cada vez más la posibilidad de difundir a través de instituciones que nacen de hecho por la presión social y van llegando a la legislación, de un modo más o menos rápido, según la agilidad legislativa de los distintos sistemas jurídicos. Por ejemplo, las cartas al director. En Inglaterra, el director está obligado a publicarlas, siempre que su contenido sea de interés general, lo que, en caso de discernimiento, determina el órgano autocontrol o *Press Council*, constituido por representantes de la Magistratura, de las empresas, los informadores y la sociedad, es decir, del sujeto universal.

## 10. Evolución jurídica de la libertad de expresión

En las siguientes líneas se expondrán cada uno de los instrumentos jurídicos, en los cuales se ha tratado la libertad de expresión a lo largo de la historia.

### 10.1. Declaración de los Derechos (Bill of Rights)

Bill of Rights fue adoptada por el rey inglés Guillermo III de Orange el 16 de diciembre de 1688, declarando la libre expresión de las ideas por medio de la palabra impresa. Esta Declaración de Derechos tuvo sus primeros antecedentes en la Carta Magna de 1215, firmada por el rey Juan Sin Tierra. Fue este el primer documento de los derechos de los ingleses y tuvo como finalidad limitar el creciente poder de los señores feudales. Posteriormente, en 1628, en

plena revolución contra el régimen absolutista de Carlos I, se intentó establecer un régimen constitucional, mediante las "Peticiones de los Derechos", que rechazó el monarca, que tras enfrentarse con el Parlamento, fue enjuiciado y ejecutado en 1649.

Ahora bien, el Bill of Rights de 1689 establece, entre otros derechos, la libre expresión de ideas. así como la divulgación de estas, ya sea con la voz humana o por medio del papel impreso, a través de los libros y folletos. Producto de esta declaración, se dio la supresión de la censura dentro del territorio de Gran Bretaña —no así de sus colonias— en 1695 y la aparición del primer periódico en 1702.

Más adelante, este derecho fue base de las cartas constitucionales de las colonias inglesas de América del Norte, como es el caso de la Declaración de Virginia, votada en la asamblea del 12 de junio de 1776, al proclamarse su independencia de la metrópoli y está caracterizada por su racionalismo abstracto, basado en la visión cartesiana de la realidad.

Este texto, en lo pertinente, disponía que "la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes y no puede ser restringida jamás a no ser los gobiernos despóticos".

### 10.2. Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América

La Declaración de Independencia de firmada por los representantes de las trece colonias británicas de América del Norte en Filadelfia, Pensilvania, el 4 de julio de 1776. El documento fue redactado por Thomas Jefferson y Benjamín Franklin y consta de tres partes: el preámbulo, que enuncia los derechos humanos; la declaración, que enumera los 27 agravios que precipitaron la emancipación de la metrópoli; y la conclusión, donde se enuncia el rompimiento definitivo.

La libertad de expresión y de prensa, como derechos fundamentales del hombre, son citados en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. El primer periódico que se editó en las colonias británicas en Norteamérica data del año 1690, cuando apareció *Public Occurrences*, en Boston, Massachusetts. Sin embar-

go, la primera impresión regular de periódicos se produjo en 1704, con *The Boston New-Letter*, en la misma ciudad del anterior.

**10.3. Constitución de los Estados Unidos de América**

La realidad filosófica de la prensa libre en los Estados Unidos descansa sobre su papel como una parte de una sociedad libre. Los hombres y mujeres libres deben poder intercambiar para administrar sus propios asuntos, es decir, también tienen libertad de palabra, pues este es un elemento fundamental de este derecho.

Así, la primera enmienda de la Constitución norteamericana de 1791 establece que "la libertad de prensa es la libertad para toda persona de decir lo que tiene que decir, tomar su pluma, escribirlo, hacerlo imprimir y mostrárselo a los demás". Los fundadores de la nación norteamericana, reunidos en Filadelfia para reparar la Constitución, formaban un grupo excepcionalmente ilustrado. Representaban la élite, o lo mejor y lo estable de la sociedad, y había muy pocos que pudieran estar del lado de los radicales. Su objetivo era la libertad, pero la querían acompañada de la estabilidad y sentían escasa simpatía con la teoría de Thomas Jefferson acerca de que las revoluciones periódicas eran convenientes para una nación.

El redactor de la Constitución aprobada por la Convención de 1787 se declaró entusiasta; prefería "periódicos sin gobierno, que gobierno sin periódicos"; sostuvo que "todo hombre que recibe esos periódicos, debe ser capaz de leerlos". Vale la pena citar la totalidad de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos:

> El Congreso no aprobará leyes, relativas al establecimiento de la religión, o que prohíban la libre expresión de la misma, o que limite la libertad de palabra o de prensa, o el Derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y pedirle al gobierno que atienda sus quejas.

El objetivo real de esta Enmienda era proteger toda palabra y toda prensa en la teoría de que ambas podían decidir por su cuenta lo que era "responsable" y "cierta". En 1783 aparece el *Pennsylvania Evening Post*, el primer diario de los Estados Unidos de América.

## 10.4. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

La Revolución Francesa, iniciada en 1789, vino a ser el acontecimiento histórico más importante en la lucha por la conquista de las libertades humana. La necesidad del reemplazo de un antiguo régimen en Francia, de carácter absolutista despótico, por otro nuevo, más democrático y pluralista, bajo el lema "Libertad, igualdad y fraternidad" tuvo su significación en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Esta declaración fue lanzada el 26 de agosto de 1789 y proclama en su artículo 11, inciso 2, que "la libre comunicación de pensamientos opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede hablar, escribir o imprimir libremente, salvo si es responsable del abuso de esta libertada en los casos determinados por la ley".

Así, el pluralismo ideológico trajo consigo el levantamiento de la censura y aparición de más de 250 periódicos, dentro del territorio francés, entre los cuales se destacaban *El Amigo del Pueblo*, editado por el suizo Jean Paul Marat; *El Patriota Francés de Brissot*, *El Correo de Provincia de Mirabeau*, *El correo de la República Francesa*, El Correo de París de Corsas y el *Le Vieux Cordelier* de Camilo Désmoulins.

En más de 1350 títulos se estiman las publicaciones aparecidas en el periodo revolucionario. Por ejemplo, el *Diario Política Nacional* fue una publicación contrarrevolucionaria de Rivarola. En 1791, una cantidad de tendencia restrictiva se manifiesta con la ley del 22 de agosto de ese año, sobre la responsabilidad de la prensa.

Sin embargo, el régimen del terror introdujo numerosas restricciones; una de las más graves fue la persecución de periodistas, interdicción de la mayoría de las publicaciones. Solo subsistieron algunos diarios favorables a las ideas de Robespierre, como el *Diario de los Hombres Libres*, el *Diario de la Montaña* y la *Hoja de Salud Pública*.

## 10.5. La Declaración de 1973

En 1793, el Directorio, que en ese entonces gobernaba Francia tras la ejecución del rey Luis XVI y el establecimiento de la Repú-

blica, lanza una nueva declaración, similar a la anterior, en cuyo artículo 7 se lee lo siguiente: "El Derecho a manifestar los pensamientos y las opiniones por la vía de la prensa o de cualquier otra manera, el Derecho a la libre reunión, la libertad de culto, no pueden ser prohibidos".

De la misma manera como lo manifiesta la doctrina,

Una de las formas alternativas como se atacó la libertad de prensa cuando, por

Después de la caída del Imperio Napoleónico, la libertad de prensa se vuelve un tema reivindicable. El nuevo rey Luis XVIII declaró el 2 de mayo de 1814 respetar la libertad de prensa; sin embargo, restableció una suerte de censura.

## 10.6. Desarrollo histórico de la libertad de expresión en Paraguay y en Colombia

### 10.6.1. Paraguay

*a) Constitución de 1844.* Fue promulgada el 3 de noviembre, cuando Carlos Antonio López era presidente de la República . Plantea el artículo 8 del título X:

> Para establecer imprenta de particulares en la República, se tomará primeramente el permiso del Supremo Gobierno, dando el dueño o el administrador una fianza de dos mil pesos, bajo la cual se comprometa cumplir con los reglamentos que le diere el Gobierno de la República.

En julio de 1887 se forma el Centro Democrático, que más tarde sería conocido como Partido Liberal. En su carta constitutiva expresa: "[…] Por cuanto el pueblo Paraguayo en su constitución política ha acordado a los ciudadanos entre otros Derechos como el de la libertad de la prensa y el de la palabra el de reunión".

*b) Imprenta Paraguaya*. Apareció a principios del siglo XVIII. La imprenta fue adquirida, al parecer, en el Brasil. El primer impreso que tiró fue el Acta de Reconocimiento de la Independencia por el Imperio, el 14 de septiembre de 1844. A su vez, durante la guerra de la Triple Alianza, una imprenta funcionaba en Asunción y la otra en el campamento del Mariscal López, dando origen este hecho al periodismo "combatiente".

*c) Nacimiento de la prensa Paraguaya.* El periodismo nace con *El Paraguayo Independiente*. Aparece el primer número el 26 de abril de 1845. El bloqueo sometido por los aliados durante la Guerra Triple Alianza obligó a utilizar materia prima paraguaya, por lo cual se tuvo que apelar al uso de la fibra del caraguatá y de birá. Era la primera vez que se producía papel en el Paraguay, y los periódicos impresos con ese material llamaban la atención por su perfecto estado de conservación. El periodismo paraguayo nace tardíamente con respecto a otros países latinoamericanos, que contaron con órganos de difusión desde el periodo colonial.

*d) Decreto 1855.* Hubo una aparente intención de establecer la libertad de prensa con don Carlos Antonio López por un decreto de 1855, que señalaba:

> […] Derecho de todo ciudadano a publicar sus ideas y opiniones por la prensa, ejercer toda industria licita, reunirse pacíficamente, de peticionar a las autoridades, de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio Paraguayo libre de pasaporte, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de usar, de disponer de su propiedad y asociarse con fines útiles, de profesar libremente su culto y aprender.

A su vez, el artículo 24 señala:

> La libertad de la prensa es inviolable, y no se dictará ninguna ley que coarte de ningún modo este Derecho. En los delitos de la prensa, solo podrá entender los jurados, y, en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos.

Por otro lado, pueden concebirse como elementos que conspiran contra las disposiciones constitucionales los siguientes: a) la situación de anarquía e inestabilidad política que se vive en el país; b) la inoperancia de los tribunales cuando se necesitó su intervención en caso de atropellos a los derechos, y 3) el hecho de que Paraguay tuvo periódicos de gran circulación, y todos eran políticos partidarios, con pequeñas excepciones.

Se establece la Constitución del 70 con el derrocamiento del gobierno de la revolución, y la prensa queda garantizada, con los

momentos de mucha presión política. En Presidencia de José Felix Estigarribia se establecen las restricciones legales a la prensa; en el mismo Decreto, se establecen seguidamente todo tipo de restricciones y se señalan siete categorías de delitos, en cuanto a la libertad de expresión. Por ejemplo: a) contra el jefe supremo del Estado, b) la seguridad de la República, c) la sociedad o la moral pública, d) la religión, e) los soberanos o jefes supremos de las naciones extrajeras.

En palabras del doctor Bordenabe, este tipo de restricciones aparecerá a lo largo de toda la legislación nacional bajo diferentes gobiernos.

*e) Constitución de 1870.* Fue sancionada por la Honorable Convención constituyente en sesión del 18 de noviembre de 1870. El artículo 18 del capítulo II establece: "Todos los habitantes de la República gozan de los siguientes Derechos, conforme a las leyes, que reglamentan su ejercicio". Por su parte, la Ley 337 establece que toda difusión o propagación de ideas podrá realizarse por medio de la prensa salvo en estos casos:

- "Que no afecte la moral y buenas costumbres
- No se haga uso del lenguaje hiriente o soez
- Que no afecte la dignidad del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial
- Que no reprueba las actitudes del Presidente, Vicepresidente, Fuerzas Armadas, Iglesias, etc."

Esta ley derogó otra ley, la 1292, que exigía un "director responsable", al tiempo que estableció penas. Por su parte, el 18 de febrero 1940 se expidió el Decreto núm. 1. El general Estigarribia abandona la Constitución 70 y asume la plenitud de los poderes políticos del Estado.

*f) Decreto-Ley 89***.** El 26 de febrero, mediante el Decreto-Ley 89, se crea la Dirección General de Prensa Propaganda, que controlaría todas las publicaciones que se dicten y circulen en la República: libros, revistas, folletos, diarios, volantes y radio emisoras.

*g) Ley 1292.* Después de la revolución del 22, hasta la Guerra del Chaco, puede hablarse de libertad de prensa, porque era poco restrictiva. Desde el 31 de diciembre de 1932, por las circunstan-

cias bélicas, no pueden considerarse como agresoras a la libertad de prensa. *El Diario*, *El liberal*, *El Deber*, *La Nación*.

*h) Ley de Prensa 1776*. Durante la presidencia de Estigarribia fue creada la Ley de Prensa. En su parte fundamental, el Decreto-Ley 1776 autorizaba al PE en determinadas circunstancias, o en que se encuentren interesados el orden público o la seguridad de la Nación, adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

a) Establecer sobre materias específicamente declaradas la prohibición de tratarlas, salvo en la forma que indique el Ministerio de gobierno y Trabajo.
b) Utilizar sin cargo alguno las columnas de la prensa, para la difusión de las noticias decisiones emanadas del gobierno nacional.
c) Establecer temporalmente el control mediante procedimiento que determinarán oportunamente, y en cada caso.
d) Tomar a su cargo la dirección de la prensa sin afectar a su administración, y con indemnización de daños y perjuicios, si lo hubieren.
e) Esta ley, se dictó a raíz del desenfreno de ciertos órganos periodísticos, que emprendieron terribles campañas difamatorias, que afectaban el sistema fundamental del régimen democrático de gobierno.

*i) Constitución de 1940*. Aprobada por Decreto-Ley 2.242, promulgado el 10 de julio de 1940. Establecía, entre otras cosas, no predicar el odio entre los paraguayos ni lucha de clases. Referente a los derechos, las obligaciones y garantías, el artículo 19 de la Carta Política establece:

> Todos los habitantes de la República gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: elegir profesión, trabajar y ejercer todo comercio e industria lícitos, salvo las limitaciones que, por razones sociales económicas de interés nacional imponga la ley: reunirse pacíficamente: peticionar a las autoridades, publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; siempre que se refieran a asuntos de interés general, disponer de su propiedad, asociarse con fines lícitos, profesar libremente su culto, aprender y enseñar.

Por su parte, el artículo 31 estalbece: "La edición y publicación de libros, folletos y periódicos, serán reglamentadas por la ley. No se permite la prensa anónima".

*j) Decreto Ley 447.* establecida el 18 de marzo del año 1940, en su Art: 3 disponía: "la prensa podía considerar los problemas de interés nacional con exclusión de toda finalidad política partidaria". Pues se había establecido la Tregua Política.

*k) Decreto 1776.* Reglamenta la publicación de opiniones por medio de la Prensa. En palabras de Bordenave, fue un cuerpo normativo muy restrictivo, los delitos de prensa son puestos en frondoso catálogo.

*l) Higinio Morínigo.* Este presidente utilizó las normas restrictivas y nombró directores en *La Razón*, *La Tribuna* e intervino el diario *El Nacionalista*. A continuación se indican algunas fechas importantes relacionadas.

Octubre del 42: Morinigo estableció la prensa de poder estatal, y por Decreto-Ley autorizó a la DENAPRO para la publicación de *El Paraguayo*. Este medio es precursor del diario *Patria*, propagador del odio.

Julio del 46: Morinigo se vio obligado a cambiar de rumbo, y abre un periodo de libertad que durará poco.

Marzo del 47: una revolución interna del partido colorado derroca a Higinio Morinigo, lo que sepultó la libertad de prensa y forzó al destierro a muchos paraguayos. Gana la contrarrevolución y se afirma el poder la ANR.

En prólogo del libro titulado *La conquista de lo público*, el Profesor Benjamín Fernández Bogado expresa:

> Paraguay ha construido gran parte de su sentido histórico nacional sobre la decrecía, la opacidad y la distancia entre el Estado y el ciudadano; de ahí que no sea raro que a pesar de las buenas intenciones del Art. 28 de la Constitución Nacional de 1992, el camino para acceder al Estado o, en definitiva, para convertirlo en lo que debe ser: una herramienta al servicio del individuo, sea aun una conquista por alcanzar.
>
> Varias organizaciones civiles, lograron aglutinar el deseo de reglamentar el artículo 28, que establece a las fuentes públicas de

información. Este paso nada irrelevante tuvo el acompañamiento de la Cámara de Diputados; pero desafortunadamente la mayoría de los Senadores rechazó el proyecto en el año 2006, luego de una fuerte presión por parte del diario ABC que entendió que la ley despojaba del monopolio de la intermediación al periódico en provecho del poder ciudadano de acceder directamente a lo que legal y constitucionalmente es suyo: la información pública.

Idea logró sobreponerse a este rechazo y conjuntamente con la Defensoría del Pueblo, decidieron tomar el camino del amparo constitucional, logrando en el caso Picco, un gran avance con la sentencia de la cámara de apelaciones, que entendió que el Municipio de Lambaré (el 4 en importancia en el país), debía otorgar la información que el contribuyente solicitaba. Lo más importante del fallo, es que sienta jurisprudencia por un lado y demuestra la forma en que las fuentes públicas se abren a los ciudadanos, para no sólo transparentar lo que hacen en su nombre sino, para dotarle al ciudadano del poder de hacer suyo el Estado.

Este paso contribuye a tener confianza en que la nueva legislatura que jurará defender los intereses de la sociedad, a partir del 1 de julio, y entienda que se ha instalado definitivamente en la opinión pública paraguaya, que las fuentes públicas de información deben ser abiertas para todos. Ratifica además, el poder que tiene el activismo individual para derribar barreras, que obstaculizan el avance de la democracia como sistema político. La queja principal de los ciudadanos es sobre la calidad de gestión del Estado y la escasa representatividad que este adquiere, cuando hace gestiones en nombre del pueblo. Estos fallos y el compromiso de presentar de nuevo una ley reglamentaria del artículo 28, ratifica que Paraguay ha decidido optar por fortalecer la democracia, a través de la transparencia frente a la histórica opacidad en la que se refugiaron gobiernos autoritarios por largos periodos de la historia del país.

Si en la primera forma de Constitución en el año 1842, se establecía que todo aquel que quisiera publicar un periódico debía pedir "permiso del Supremo gobierno de la República", hoy se evidencia la decidida voluntad de organizaciones civiles y públicas, con el fin de dotar de herramientas legales, que amparen el activismo

individual, lo cual no solo resulta ejemplificador, sino que proyecta un voto de esperanza hacia muchas democracias.

Si se ve en la nueva legislatura y en el gobierno central, la misma voluntad que tiene hoy la sociedad en su conjunto, es indudable que la batalla por acceder a lo público, habrá dado un paso trascendente y fortalecido al individuo y a la democracia en su conjunto. (p. 10).

### 10.6.2. Colombia

Se presentaron significativos acercamientos a la consagración de la libertad de expresión, como derecho fundamental, desde los inicios de la República, pues desde la Constitución del 5 de mayo de 1830, en su artículo 3, se determina que "los Senadores y Representantes no son responsables en ningún tiempo, ni ante ninguna autoridad, de sus discursos y opiniones que hayan manifestado en las Cámaras".

Ahora bien, en la Constitución de la República de Nueva Granada, del 20 de mayo de 1853, se logra la consolidación expresa de este derecho, en el numeral 7 del artículo quinto de dicha norma superior, donde se garantiza la expresión libre del pensamiento. Se entiende sin ninguna restricción, mediante la imprenta, la palabra.

Para 1863, y sin perjuicio de ser Colombia un Estado Federal, se mantiene la declaración de la libertad de expresión en la norma constitucional, esta vez en los numerales sexto y séptimo del artículo quince de la Constitución Política de los Estados Unidos Colombianos del 8 de mayo de 1863, en los cuales se garantiza a los ciudadanos, tanto por parte del Estado federal como de los federados, la libertad de expresar sus pensamientos de palabra o por escrito, sin limitación alguna; así como la libertad absoluta de imprenta y de circulación de los impresos, tanto nacionales como extranjeros.

Para la constitución política de 1886 se establece que "la prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o la tranquilidad pública[24]". Se consolida de este modo la libertad de

24 Artículo 42 de la Constitución Política de 1886.

expresión como derecho fundamental, que en la actualidad con la constitución política de 1991 aún se garantiza y reconoce.

Cabe resaltar que en materia legislativa, con la Ley 92 de 1962 se aprueba la Convención sobre Asilo Territorial, suscrita en la X Conferencia Interamericana de Caracas en 1954, y en el artículo séptimo de esta normatividad se decreta que la libertad de expresión del pensamiento que el derecho interno reconoce a todos los habitantes de un Estado, no puede ser motivo de reclamación por otro Estado, basándose en conceptos que contra este o su Gobierno expresen públicamente los asilados o refugiados; salvo el caso de que esos conceptos constituyan propaganda sistemática, por medio de la cual se incite al empleo de la fuerza o de la violencia contra el Gobierno del Estado reclamante.

A su vez, para 1976, con la Ley 26, Colombia aprueba el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el cual también se hace alusión a la libertad de expresión en las consideraciones y establece su relación con la libertad sindical.

Ahora bien, con la llegada del nuevo milenio, se toma una disposición legislativa de carácter simbólico, pero de un gran contenido sustancial, dado que con la Ley 586 del 2000 se instituye el 13 de agosto como el día de la libertad de expresión. Otras de las medidas significativas se encuentran en la Ley 1016 del 2006, donde el congreso establece las medidas legislativas necesarias para preservar la independencia profesional.

## 12. La libertad de expresión como derecho fundamental

Plantea Huerta (2012) en este sentido:

> La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental, es decir, esencial para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. En atención a esta característica, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, los instrumentos internacionales de Derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva.

> En diversos países, la libertad de expresión ha sido reconocida como un Derecho fundamental, desde los primeros textos constitucionales hasta la actualidad.

Como es el caso mexicano, donde se consagró que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa"[25]; igualmente "toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna"[26], en tanto se manifiesta en artículos posteriores que "es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio"[27].

En este mismo sentido, el Estado argentino expone "que todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos […] de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa"[28]. En la realidad colombiana se establece que "nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia"[29]. Huerta (2012) señala al respecto:

> Este reconocimiento origina importantes consecuencias jurídicas, pues todo análisis relacionado con su ejercicio deberá necesariamente tomar en consideración la existencia de otros Derechos fundamentales y bienes que también gozan de protección constitucional, con los que puede entrar en conflicto, pero con los que también debe ser armonizado.
>
> Así mismo, su reconocimiento constitucional le otorga a éste Derecho una protección especial frente al legislador, quien al momento de regular su ejercicio, debe respetar su contenido constitucionalmente protegido, pues en caso contrario las normas que emita sobre la materia podrán ser expulsadas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales.

En la actualidad, estas medidas legislativas no solo serán inconstitucionales, sino también inconvencionales, puesto que cualquier norma jurídica restrictiva del derecho a la libertad de expre-

25 Artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
26 Ibídem.
27 Artículo 7 de la constitución política de los estados unidos mexicanos.
28 Artículo 14 de la constitución de la nación de Argentina.
29 Artículo 18 de la constitución política de Colombia.

sión debe ser idónea a la finalidad compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que se busca concretar. Si la norma contraviene fines o valores expresos o implícitos en el texto convencional, será considerada contraria a la CADH e ilegítima, constituyendo una vulneración del derecho a la libertad de expresión (Alcalá, 2012, p. 121).

Todas estas obligaciones se derivan de las normas internacionales de derechos humanos, que en materia de libertad de expresión se encuentran consagradas en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). En ellas se plantean las dos dimensiones de la libertad de expresión, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (Barbosa, 2012, p. 10). De manera específica, en nuestra región, el principio 1 de la Declaración de Chapultepec, en la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión, realizada en 1994, se afirma que "no hay persona, ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades, es un Derecho inalienable del pueblo" (Páez, 2013, p. 34). Estos deberes también son propios de los textos constitucionales.

Para poder tener una mayor comprensión sobre esta calidad que ostenta la libertad de expresión como derecho fundamental, es necesario evaluar el contenido teórico de cada uno de estos elementos, para así determinar el status que debe ser otorgado a esta libertad.

## 13. Los derechos fundamentales del hombre

Con base en los lineamientos investigativos, desde hace un buen tiempo en la doctrina de los derechos humanos y del derecho constitucional se viene hablando de los derechos fundamentales. Se aduce que estos tienen una importancia radical en la vida del hombre. Por ello, se analizarán en esta parte los derechos fundamentales y la protección que habría de darles.

En la modernidad, la doctrina dominante en lo que se refiere a derechos humanos, promovida especialmente a partir del siglo XX, y también a raíz de la Jurisprudencia de la CIDH[30] y otros organismos internacionales hace una distinción entre los derechos Humanos, ya no de la manera acostumbrada: segeméntándolos en derechos de primera, segunda y tercera generación, sino estableciendo su valor intrínseco, por ser inherente al ser humano.

Sin embargo, se habla de una categoría especial: los derechos fundamentales. Así, la doctrina moderna ha definido a los derechos humanos del siguiente modo:

> Las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado, en áreas específicas de la vida individual o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de la que forma parte (Almirón, 2004, p. 41).

Otra buena definición de derechos humanos es la que se expresa Caballenas (1998):

> Cuando de derechos humanos se habla por diplomáticos, políticos y periodistas se hace referencia casi siempre a una trasgresión supuesta o real del respeto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal (p. 154).

Ahora bien, en este mismo orden de ideas, hay que hacer referencia a lo que se entiende por *derechos fundamentales:*

> Los derechos fundamentales serían aquellos derechos positivizados en las constituciones estatales. Es más para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo […] y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico. Recientemente en el seno de la

30 Lo citamos especialmente, porque es el que está en nuestro continente; no hay que olvidar que también está la Corte Europea.

doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho (Pérez, 2001, p. 31).

Por su parte, Almirón (2004) expresa:

Son derechos fundamentales, pues los mismos se encuentran consagrados en el texto constitucional, como derechos primeros del ser humano, y su aplicación se debe dar en primer lugar, con primacía jerárquica (p. 50).

Y Peces-Barba (1995) argumenta:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de disponer en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción (p. 63).

Y en un misma línea se expresa Maritain (1972):

Los derechos fundamentales como el derecho a la vida a la existencia y a la vida el derecho a la libertad de la persona o derecho a conducir la vida como dueño de sí mismo y de sus actos, responsable de éstos ante Dios y ante la ley de la ciudad, el derecho a la búsqueda de la perfección de la vida humana, moral y racional y, el derecho a la búsqueda del bien eterno, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la propiedad privada de los bienes materiales, que es una salvaguarda de las libertades de la persona, el derecho a casarse según la propia elección, y defender una familia con la seguridad de las libertades que le son propios, el derecho de asociación, el respeto a la libertad humana de cada uno, representa o no un valor económico para la sociedad, todos estos derechos arraigan en la vocación de la persona, agente espiritual y libre, al orden de los valores absolutos y a un destino superior al tiempo (p. 68).

A partir de lo anterior, se podría decir que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos reconocidos en la Constitución, que el Poder Constituyente ha considerado los más importantes, seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía; por esta razón, suele decirse que tienen un carácter limitado, pues los derechos humanos en general son universales; sin embargo, los fundamentales aparecen en las constituciones, por lo que puede variar de país a país, atendiendo a los valores jurídicos de mayor relevancia para uno u otro sistema.

Entonces, se tiene que los derechos fundamentales aparecen o están insertos en la norma fundamental. Ahora bien, es necesario anotar que para que un Estado sea considerado como tal, es necesario que su organización esté basada en un ordenamiento jurídico, denominado *Constitución*, que por ello es conocido como "ley fundamental".

Entonces, se debe llegar a un concepto de lo que se entiende por Constitución:

> Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra "constitución" a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política o, bien, considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la situación total de la unidad y ordenación políticas (Almirón, 2004, p. 17).

Por lo anterior, cada Estado debe tener una Constitución, dictada por el poder constituyente, pero teniendo en cuenta que el poder primigenio no es otra cosa que el pueblo reunido para darse a sí misma una norma base que fije los derechos y las garantías de todos los ciudadanos, a la vez que limite las actuaciones de los gobernantes en nuestro sistema representativo. Ahora bien, ¿qué es lo que persigue la constitución? Podría darse esta respuesta:

> Derecho Constitucional es la disciplina jurídica vinculada al poder, la política y las instituciones, encargada de estudiar el pacto entre gobernantes y gobernados, sus derechos, obligaciones y competencias concretado en una Constitución o su sustituto y otras materias conexas o complementarias (Cano, 2003, p. 30).

Entonces, el derecho constitucional fija los márgenes de actuación del Estado, pues al estar regido por este, debe observar su contenido para poder actuar de acuerdo a ello. Por tnato, el principio más importante del Estado de derecho es el de legalidad, ya que ninguno de los órganos estatales puede hacer aquello que expresamente no le está permitido por la ley.

Esto da dos posibilidades para los derechos fundamentales. La primera es que al estar inserto en la Constitución, es decir, la norma primigenia, se convierte en un principio fundamental que lo convierte en un derecho. Este debe ser respetado ante cualquier otro, Y en segunda instancia podemos establecer que también fija un marco ya que tiene un ámbito territorial delimitado y no resulta universal, aunque generalmente se establecen tratados, pactos y convenios que establecen la protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional.

### 13.1. La Declaración de la ONU de 1948: evolución del concepto del derecho humano

La Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, de 1948, constituye el embrión de una nueva discusión pública; el énfasis no es tanto preservar al individuo, sino a la sociedad. Su artículo 19 señala:

> Todo individuo tiene el derecho a la libertad de opinión y de expresión; ese 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.

Aparece entonces plasmado el concepto de derecho a la información como derecho a la noticia, tanto para buscarla como para recibirla o difundirla. Se concreta, entonces, un nuevo enfoque jurídico: el derecho a recibir o la posibilidad de negarse a recibir información que antes había sido ignorado. Ese derecho supone la libertad de información, que exige la libertad de medios de comunicación frente al Estado y, por consiguiente, el pluralismo:

> La idea de que toda persona tiene derecho a expresar sus pensamientos y opiniones, sin tener que pedir permiso a nadie, a través

> de cualquier medio de comunicación, se ha ido gestando y desarrollando en los últimos siglos. Esta idea no existió en la prehistoria, ni tampoco cuando el hombre empezó a hablar, ni cuando empezó a escribir. No la tuvo Jesucristo hace veinte siglos, ni la compartió Santo Tomas de Aquino hace nueve, ni la conoció Atahualpa hace cinco, ni la defendió el último virrey de del Perú hace sólo ciento ochenta años (Anaya, año, p. 75).[31]

La libertad de impresión es uno de los aspectos de la libertad de prensa. Consiste en el derecho de imprimir materiales para la difusión pública, independientemente de sí si son noticiosos, educativos, artísticos o propagandísticos. Ahora bien, la palabra impresa no es producto de la imprenta guterbergiana, sino que existió mucho antes con la impresión de libros, por el sistema de grabado en planchas de madera y otros materiales.

Se conocen y conservan con el nombre de *incunables* una cantidad apreciable de obras que fueron impresas siglos antes de Gutenberg, con la técnica xilográfica. Así, la imprenta nace como instrumento maravilloso para la propaganda, pero como arma diabólica, a la que se opone todo el arsenal de la censura. Este impreso desprivatiza el uso de los bienes culturales científicos, filosóficos y tecnológicos. La filosofía, en ese entonces prisionera de los claustros monacal es, vuela en alas de la palabra impresa para llegar a más gente, especialmente a los laicos.

Mediante ella se ensanchan horizontes en el conocimiento, se almacenan y conservan datos perdurables por más cantidad de personas. La censura tenía que ejercer un rígido control sobre la imprenta y la propaganda para extraer de ella el máximo provecho posible. Fue la propagación de escritos injuriosos contra el papado, la divulgación de libros considerados heréticos por la Iglesia y la circulación de hojas impresas subversivas que cuestionaban la autoridad religiosa lo que motivó la adopción de severísimas medidas de parte de Roma.

La imprenta, con su poder multiplicador, incubó la Reforma protestante en los lectores de la época (siglo XVI), iniciada por el monje Martín Lutero en Alemania, y seguida más tarde por Juan

31 Anaya, José Perla. Derecho la Comunicación. Pág. 75.

Calvino y otros. Esta crisis religiosa provocó la guerra de los Treinta Años (1618-1648) en territorio germano, con la intervención de otros estados europeos.

En junio de 1567, el papa Pío V emitió un edicto mediante el cual se establecían, ya no la proscripción de las obras heréticas, sino castigos drásticos contra sus autores. Las sanciones estaban dirigidas contra "la difusión de noticias calumniosas o peligrosas, para el Estado por medio de escritos periódicos. Los calumniadores, decía Pío V, deberían ser castigados como homicidas".

La difusión de la imprenta en Europa está ligada al desarrollo comercial e industrial de las principales ciudades. Litton sostiene que para el año 1500 más de 50 poblaciones alemanas tenían uno o más talleres de impresión. Las publicaciones podían ser religiosas o heréticas, representativas de las contradicciones de la época que habrían de dar por resultado transformaciones de valores hasta alcanzar; siglos después, su máxima expresión en la conquista de la libertad de prensa.

Antes de establecer el estatus de la libertad expresión, es indispensable realizar el correspondiente análisis a esta figura, para lo cual debe comenzarse por la noción general de libertad, y de este modo poder contextualizar la libertad de expresión en particular.

**14. Libertad**

El artículo 9, de la constitución paraguaya expresa cuanto sigue: "DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS. Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe". Por su parte, en esta materia la Constitución Colombiana manifiesta:

> Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

Es decir, el Estado deberá actuar positivamente para poder garantizar tanto la seguridad como la libertad de las personas. De este

modo, la libertad está constitucionalizada y, por lo mismo, tiene la más alta graduación en cuanto a la necesidad de su protección. Esto es así porque desde la antigüedad uno de los derechos más importantes del ser humano ha sido la libertad, que en la actualidad, junto con el derecho a la vida y la igualdad, constituyen los pilares fundamentales del sistema democrático de gobierno.

De hecho, hay que anotar que en la antigüedad este derecho era más apreciado que el derecho a la vida, pues la gente decidía morir por ganar su libertad; por supuesto, esta referencia corresponde a la época en que estaba vigente la esclavitud como institución.

Partiendo de la base de que la libertad es un derecho, se puede decir que, en términos políticos, ese derecho es.

De este modo, la libertad tiene dos esferas: una negativa y otra positiva.

En un principio, toda organización social se reducía a un número reducido de personas que compartían un determinado lugar con sus costumbres y su propia lengua; esto luego fue creciendo y se transformó en lo que hoy se conoce como nación. Llegado un determinado momento, se determinó la necesidad de creación de una estructura jurídica que dé soporte a esta organización primigenia.

Es así como aparece el Estado,como un ente regulador de la actividad social; pero, ¿cómo logra el Estado este control? Ahí surge la idea del orden jurídico, porque es importante tener en cuenta que el régimen jurídico tiene una función garantizadora. El derecho es el instrumento con el que ha de organizarse y ser ordenada la libertad. Por ello, es célebre la máxima aristotélica: "La ley debe ser inteligencia sin pasión".

Entonces, el derecho natural, como se mencionó anteriormente, encuentra su fundamento en la libertad del hombre, pues es a través de esta corriente jurídico-filosófico que se estableció la necesidad de que el hombre sea libre de todo sometimiento. El iusnaturalismo encuentra la libertad su máximo sentido y posibilidad de realización.

Ahora bien, el derecho a la libertad es el presupuesto para la mayoría de los derechos, y uno de los que más vinculado está con ella es la libertad de prensa y de información. La libertad es el modo de ejercitar los derechos; para que este ejercicio sea tal, deben

darse ciertas condiciones. Si es necesaria la libertad para la eficacia del derecho, es necesario el derecho para que pueda hablarse de libertad.

Por lo anterior, se puede decir que la libertad es la manera de ejercitar libremente todo derecho humano. Ergaña (s. f.) lo ha definido del siguiente modo:

> La libertad de la voluntad o libre albedrío, es la capacidad del hombre que, teniendo ante sí valores limitados y conocidos, elige el que desea, deduciendo la alternativa y consecuencias por sí mismo, no estando de antemano determinado de manera unívoca por nada ni por nadie (p. 20)[32].

De esta manera, el ejercicio del libre albedrío es el que marca la idea de la libertad del hombre, pues en la medida de que él mismo pueda tenerla, estará en posesión de su libertad. La persona es libre cuando es capaz de elegir; es la capacidad de hacer lo que uno quiere, sin ser restringido por otros:

> Poder elegir entre dos acciones, sin que sujetos extraños al que actúa puedan impedirlo, y sin verse castigado por la elección que se ha hecho; sustraerse el sujeto a la dependencia ejercida por sus semejantes, esa es la libertad en el pensamiento de Aron: "soy libre de hacer una cosa determinada a condición, de que nadie me impida hacerlo o me castigue por haberla hecho o me imponga la necesidad o la obligación de hacerla". Esta es sufórmula, extraída del libro de Oppenhei (Ergaña, s. f., p. 22).

A su vez, la libertad puede tomar varias líneas, o puede hacer referencia a varias cosas y situaciones; una de ellas hace referencia a la libertad de conciencia, o sea, el derecho a seguir sin estorbo la propia razón natural, lo que no excluye el deber de formarse de acuerdo con normas objetivas. Esta situación o este derecho están garantizados por la propia Constitución, que en su artículo 24 habla de la libertad religiosa e ideológica, que no es otra que la libertad de conciencia.

32Egaña, José Luis. Cuadernos de información. Pág. 20

El estatuto que regula las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder por sí solo no es suficiente para garantizar la existencia y vigencia de la libertad. En efecto, no porque en una sociedad política el poder sea desempeñado con arreglo a las leyes, será ella acreedora del calificativo del Estado de derecho o, más exactamente, de Estado de justicia. Por ello, es necesario que se establezcan mecanismos que garanticen la plena vigencia de este Derecho, que deviene a ser en uno de los fundamentales del ser humano.

## 15. La libertad de expresión[33]

Con base en la premisa de que la libertad es un derecho fundamental, así también todas las demás libertades derivadas son fundamentales. Así, podemos decir que la libertad de expresión del

33 En su editorial de ABC COLOR, de fecha 7 de agosto del 2010, se expresaba: "La libertad de prensa, una de las de más azaroso recorrido en la historia de la civilización humana, tuvo que crecer combatiendo, cayendo, reincorporándose, reviviendo. Siempre le fue difícil el camino. A través de los siglos, se ganó un sitio de honor en las incipientes democracias occidentales sirviéndoles de base, primero, de respaldo, después, para que estas mismas se edificaran y fortalecieran. Sin la libre opinión y una prensa libre que la difunda, nadie hubiera logrado superar las épocas del terrorífico dominio de las tiranías del silencio y el oscurantismo. En nuestra historia nacional, a la libertad de expresión –opinar y publicar libremente– le llevó más de un siglo consolidarse con la firmeza que exhibe en este momento. Sufrió las mismas persecuciones y penurias que en otros países y épocas: destructivos ataques, allanamientos, boicot, clausuras; y agregadas a esto las represalias personalizadas contra periodistas, autores y editores, en forma de asesinatos, cárcel, tortura, humillaciones y hostigamiento de todo tipo. No se intenta sugerir aquí que la lucha por la libertad de prensa en nuestro país fue más encarnizada y heroica que otras, o que los combatientes por ella fueron más sacrificados; se quiere afirmar, solamente, o más bien recordar, que esta libertad de la que disfrutamos costó mucho en tiempo, sangre, esfuerzo, valentía y talento como para que la arriesguemos en aventuras políticas de las que nadie sabe cómo se saldrá.
Actualmente, como siempre, la prensa libre tiene enconados adversarios, en cuyas filas se alistan los de pensamiento totalitario que añoran, unos, o sueñan, otros, con el autoritarismo, el sometimiento de la justicia, la prodigalidad de la fuerza convertida en prepotencia, el silencio por el soborno o el temor. Odian la libertad de prensa quienes están acostumbrados a escuchar la voz monocorde de los sometidos o el silencio de los réprobos. Temen a la libertad de prensa quienes saben que su ejercicio irrestricto les impediría ser prepotentes porque los sometería al juicio general.
Acaba de culminar en Asunción un congreso de estudiantes de periodismo en el que uno de los expositores invitados es un español asesor del dictador Hugo Chávez, o funcionario de su régimen. El señor tituló su conferencia 'Construcción de realidades por los medios' —que finalmente no pronunció porque no se presentó, sino emitió un comunicado—, la que sería parte de una saga en la que iba a intentar demostrar que todos conspiran contra la imagen del gobierno de su jefe y en la que, según se afirma, su principal blanco suele ser el diario madrileño 'El País'.

pensamiento es derecho fundamental del hombre y piedra angular de todas las libertades consagradas en la Constitución Política de

---

No hay que preguntarse qué hace un asesor de Chávez en un congreso estudiantil, pues cada quien puede invitar al que le plazca; pero no se podrá negar que si los organizadores del acto tenían la posibilidad de invitar a quienes quisieran, está claro que al escoger a un hombre de Chávez hicieron una elección; y esta elección tiene un sentido político bastante claro.

Quienes entre los luguistas son partidarios en nuestro país de la regimentación de la libertad de opinión y difusión de las informaciones no suelen tener en cuenta, o más bien no les conviene recordar, que este mismo ejercicio de libre prensa que los medios de comunicación locales realizan en este momento es el que les abrió a ellos las vías de acceso al poder del Estado; es el mismo que, poniendo en evidencia la corrupción y el antipatriotismo de los regímenes anteriores, hizo posible que la ciudadanía, ya debidamente informada, pudiera evaluar, comparar y decidir el cambio a favor de ellos con su voto mayoritario.

Esta misma prensa que fue su sostén y su carta de triunfo ahora les irrita, quisieran 'moderarla', buscan controlarla y ponerla en manos de otros, de sus amigos, de sus correligionarios. La prensa paraguaya, según ellos, hoy ya no dice la verdad como antes, cuando ellos estaban en la llanura y luchaban por el poder; ahora miente, 'construye realidades', o sea falsifica la realidad para presentar una mentira en un modo plausible a los ojos públicos.

Según estos señores, en Venezuela, por ejemplo, las víctimas no son los medios y los periodistas opositores, sino ¡el régimen de Chávez! El que confisca, clausura y persigue medios y periodistas es presentado como la víctima. ¿No es acaso esta la mejor expresión de la 'construcción de realidades' de la que tan descaradamente iba a hablar el asesor del presidente venezolano?

Mencionamos esta anécdota por el único motivo de que nos sirve de brillante y oportuna ocasión y ejemplo para poner ante los ojos de la opinión pública nacional lo que afirmábamos anteriormente: cómo las amenazas contra las libertades fundamentales invariablemente provienen del mismo sector, el sector de los que tienen el poder político y no están dispuestos a aceptar discrepancia. Pero estas mismas personas, cuando están en la oposición o retornan a ella, son entusiastas defensoras de la prensa libre… porque saben que esta es no solo su mejor sino su único instrumento para recuperar el poder perdido.

En lo que a ABC Color se refiere, hoy cumplimos un aniversario más —el 43°— de firme, sostenido y orgulloso servicio a la libertad de opinión y de información. Fue un compromiso asumido desde el comienzo, que nos costó hasta la clausura por cinco duros años mantenerlo erguido pero que, finalmente, alcanzó firmeza inconmovible y que recibió, por esta constancia indoblegable ante las fuerzas políticas, la muy clara e indiscutible confianza pública de la que actualmente goza, y que agradecemos con toda humildad.

Se puede alcanzar el poder del Estado mediante mentiras, y después de ser descubierto continuar sosteniéndose por la fuerza —buen ejemplo de lo cual es el régimen chavista—; pero no se construye el prestigio de un medio de prensa libre falseando sistemáticamente la realidad, porque la sobrevivencia de los medios de comunicación no está en la prebenda, en la represalia ni en las armas; no tiene más sostén que la credibilidad y la aprobación ciudadana.

Los enemigos de la prensa libre fueron y son muchos, pero pasan. La libertad de prensa, donde prende, por más que en algún momento se la cercene o se la pretenda suprimir, resurge como el Ave Fénix. Nuestro voto más sincero es por un futuro con libertades plenas, para lo que continuaremos comprometiendo nuestro esfuerzo sin claudicaciones…".

la República, sancionada el 20 junio de 1992[34] y en la Carta de las Naciones Unidas.

No obstante, desde la antigüedad se tiene la concepción de que debe darse una libertad de expresión. Así, se tiene que Tiberio sostuvo que "en un Estado libre, la palabra y el pensamiento deben ser libres" En 1776, el Estado de Virginia acoge en su Constitución el principio según el cual "la libertad de prensa es uno de los grandes bastiones de la libertad, y nunca puede ser restringida sino por gobiernos despóticos" (Martínez, 1987, p. 165)..

Uno de los momentos históricos más importantes de la humanidad, la Revolución Francesa, en su Declaración de los Derechos del Hombre (artículo 11) anota que la "libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, con la sola limitación de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley".

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU, mantiene el principio de 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 u opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Entre los países sudamericanos, que al igual que nosotros reconoce este Derecho fundamental es el Brasil, que reconoce que "es libre la manifestación del pensamiento y la búsqueda, la recepción y la difusión de informaciones o ideas, por cualquier medio y sin dependencia de censura", pero indica que "serán responsables por los abusos que cometan. Que no será tolerada la propaganda de guerra, de procesos de subversión del orden público o social o de perjuicios de raza o clase",

34 Artículo 26. "de la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa. Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines".

En este sentido, tanto la Constitución paraguaya como la colombiana garantizan la libertad de expresión y de prensa, pero en el caso del Estado paraguayo, su legislación penal establece sanciones para quienes atenten contra la honra de las personas. Al respecto, el cuerpo legal establece penas de prisión y multa para los casos de injuria o difamación. Estas conductas punibles en Colombia se describirían en los tipos de injuria y calumnia; es decir, que hay preocupación en los cuerpos legislativos de señalar, junto a los derechos de opinión y de expresión, las prohibiciones que tienen que ver con la moral, la honra, la buena reputación, además de la propaganda de guerra, la subversión, la perturbación del orden público y los derechos de terceros.

Si en los cuerpos legales no concernientes en forma específica al periodismo están establecidos normativas referentes a la libertad de prensa, es obvio que las declaraciones y los códigos éticos formulados por periodistas son más categóricos en cuanto a la reafirmación del derecho a la libre expresión del pensamiento y más cautos en cuanto al señalamiento de limitaciones; por ello, aparecen ciertas limitaciones en otras normativas, como el caso nuestro en el Código Penal.

En la Declaración de la Unesco se lee:

> El ejercicio de la libertad de opinión, de la libertad de expresión y de la libertad de información reconocido como parte integrante de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituye un factor esencial del fortalecimiento de la paz y de la comprensión internacional. Cierra cita

Hay términos englobantes en lo que se refiere a la libertad de prensa, pues, por ejemplo, la libertad de comunicación se refiere a la libertad de expresión, por las libertades de palabra, de escrito y de imprenta. Sin estas tres libertades, el derecho a la información quedaría en estado de puro principio, puesto que ninguna de ellas es absoluta y todas pueden requerir limitaciones eventuales.

En cuanto a las ideologías liberales, escogen el primer término de la alternativa, tomando como una especie de postulado la libertad de expresión. Solo poco a poco, bajo la presión de los hechos, con el desarrollo de la prensa y de los regímenes llamados de opi-

nión, es cuando se descubre que la sola libertad de expresión, con el abuso si el derecho del ciudadano a la información se garantizara.

En cambio, las ideologías de nuestra época socializada, técnica y, a veces, con gusto, autoritaria, tienden a tomar un camino diferente a partir del derecho de información. En respuesta a una necesidad del ciudadano moderno, para desembocar en la libertad de expresión como un instrumento a su merced.

Además, hay que tener presente que la libertad de expresión puede desembocar en una negación práctica del derecho a la información, y debe ir acompañada con una limitación abusiva de la libertad de expresión con lo que se volvería contra la misma información. Conviene tratar cada una de estas cuestiones por sí misma, sin olvidar la conexión que en la realidad se da entre ambas. Cuando se habla de libertad de expresión y de prensa, necesariamente hay que hacer referencia a las limitaciones de esta, pues no se puede dar en forma irrestricta, ya que ello lo convertiría en algo tan poderoso que no podría contrarrestárselo con nada. Pero la importancia radical de esta consiste en servir de base al sistema democrático de gobierno.

Por ello, si el gobierno acepta que hay una limitación a su capacidad de acción en vista de tales intereses, eso significa que no son solo intereses importantes, sino también morales. Y son derechos morales porque su ejercicio, además de ser valioso tanto para el ciudadano como para la comunidad, lleva implícito cierto elemento del deber.

> La libertad de expresión es considerada uno de los derechos más importantes en los modernos Estados democráticos. Numerosas decisiones de distintos tribunales constitucionales lo han considerado como elemento primordial para el funcionamiento de dicho sistema democrático. Así, es común encontrar en la jurisprudencia de distintos países las siguientes consideraciones sobre este punto: "…Entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal…"; "…La garantía constitucional (de la libertad de expresión)… fue creada para asegurar el irrestricto intercambio de ideas con el objeto de provocar los

> cambios políticos y sociales deseados por el pueblo…" y "…Para un ordenamiento estatal liberal-democrático (la libertad de expresión) es directamente un elemento constitutivo, pues posibilita la permanente confrontación intelectual, la lucha de opiniones, las que constituyen su elemento vital. En cierto sentido, constituye sencillamente el funcionamiento de cualquier otra libertad (Gullco, 1997, pp. 37-38).

Por lo anterior, cada acción humana tiene su motivación, los motivos de expresión ciertamente no están basados en el deber. Son, y deben ser, tan multiformes como la propia emoción humana: graves y alegres, casuales y formales, ingeniosos y ociosos. En un Estado moderno todas las actividades sociales exigen el uso de la prensa y de la expresión hablada, y asumen su natural libertad.

En muchos casos se dan ciertas situaciones que establecen que cierto sector de la expresión tiene, además, el impulso del deber. Nos referimos a la expresión del pensamiento y la creencia. Si un hombre se siente abrumado por una idea, no solo desea expresarla, sino que debe expresarla. Las funciones indispensables, desde el punto de vista social, de la crítica y la apelación pueden ser tan repugnantes para el hombre indiferente como son atractivas para el belicoso; pero para ninguno de los dos es un problema de deseo.

Hay que anotar que como consecuencia de este deber a lo que está más allá del Estado, la libertad de expresión y la libertad de prensa son derechos morales que el Estado moderno no debe restringir desde ninguna circunstancia. Este reconoce que la conciencia ciudadana es fuente de su propia y continuada vitalidad. Por ello, las situaciones que a diario se ven en varios países de nuestra América son de lo más deplorables para la vigencia de la democracia misma.

Siempre que el ciudadano tiene un deber de conciencia, el Estado soberano tiene también un deber, a saber: a esa conciencia de su ciudadano. Por lo tanto, su interés y su deber exigen al Estado dar al derecho moral una condición legal, y por ello se establecen legislaciones que protegen la libertad de expresión.

Esta consideración es, lógicamente, anterior a la base tradicional de la libertad de prensa, o sea, a la idea de que la publicación sin trabas de la opinión promueve la "'victoria de la verdad sobre

la falsedad" en la arena pública. La discusión pública es, realmente, una condición necesaria de una sociedad libre.

Así, el objetivo de una prensa libre busca que las ideas lleguen a ser conocidas de este y que la decisión sobre cuáles ideas merecen ser escuchadas se apoyará en parte en el público mismo, y no totalmente en las tendencias particulares de directores y propietarios. Sin embargo, la libertad de prensa se convierte en burla, a menos que este proceso selectivo sea libre también. La libre expresión, con su énfasis informal, es el vestíbulo natural a una prensa libre, y que la circunstancia de ser propietario de instrumentos de prensa, no confiere ningún privilegio de sordera hacia las ideas que los procesos selectivos normales de la comunidad, promueven la atención general. De esta manera, queda clara la importancia y envergadura que tiene la libertad de expresión para toda sociedad; además, por su fuerte relación con la libertad mismas, su carácter fundamental salta a la vista.

**16. Recapitulación. Nuevos frentes de debate**

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

Una de las razones que se alega habitualmente al respecto —más allá de las prevenciones generales que podemos tener en materia de regulaciones sobre la prensa —tiene que ver con nuestra preocupación a favor de la idea de la neutralidad estatal.

El estado, decimos, no debe involucrarse en estos análisis de contenido, para separar aquellos que cree más apropiados de aquellos que no le parecen serlo.

El Estado, agregamos, debe ser neutral en la materia, y mantenerse al margen de dichos controles, para dejar que los propios in-

dividuos escojan los materiales, los discursos, las expresiones que más los satisfagan.

Contra dicha visión, sin embargo, han comenzado a levantarse reclamos, que en la teoría han vendido muchas veces de la mano del pensamiento republicano.

Los republicanos pueden decirnos, por ejemplo, que debemos preocuparnos por las cualidades morales de los ciudadanos que formamos, y que nos debe interesar el «cultivo» de la virtud de los mismos. Dichas preocupaciones nos exigen disminuir el peso —sino eliminar directamente—todas aquellas expresiones que, finalmente, "contaminan" nuestra vida pública, degradándola.

Todo lo expresado en el párrafo anterior incorpora, obviamente, una carga moral que preocupa a los doctrinarios más asentados de la libertad de expresión, fundamentalmente pensadores de raíz liberal.

Una vez que dejamos ingresar en las políticas públicas estas visiones moralizadoras, pueden decirnos que, abandonamos nuestro proclamado compromiso con el igual respeto hacia cada uno.

El Estado perfeccionista, en definitiva, es el Estado que no toma en serio la idea de nuestras iguales capacidades:

> «la idea de que cualquiera de nosotros tiene el derecho a decidir cuáles son las expresiones que prefiere consumir. Si de hecho, las expresiones que concitan más atención pública son las que menos nos agradan., luego no tenemos más que aceptar la realidad de que sólo una minoría comparte nuestros gustos. Pero no podemos, simplemente, tomar el lugar de aquellos y decirles que ya no pueden consumir aquello que preferían consumir..».[35]

Si esta fuese la respuesta liberal tradicional a las preocupaciones de esta sección —y en parte creemos que lo es—entonces tenemos buenas razones para oponernos a ella. Y es que, nuevamente —éste es un tema que se reitera a lo largo de todo este escrito—las políticas que dicho liberalismo predica son, de hecho, políticas neutrales, sino políticas que también favorecen resultados particulares.

35Garbarella. Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Quito, Ecuador. Pág. 34

En una mayoría de sociedades modernas, estos resultados particulares son los resultados que impulsa el dinero. Esta afirmación es menos abstracta o misteriosa de lo que parece: el hecho es que no existe algo así como la "no política"# en materia expresiva.

Normalmente, en nuestras sociedades, la "no política" (entendida, como lo es habitualmente, como la ausencia de regulación estatal) esconde otras regulaciones son las que permiten que el contenido de las programaciones televisivas, radiales, etc., se regulan a partir de los intereses particulares en cuanto al contenido de que van a dotar a sus medios expresivos.

Muy habitualmente (aunque no necesariamente, por supuesto), ellos van a tratar de evitar temas controvertidos, ya que de ese modo van a perder audiencia, o lectores.

Lo que es mucho peor —según nuestra percepción—van a evitar la circulación de ciertos temas, por ejemplo el aborto, la corrupción pública, por temor a que alguno de sus avisadores decida retirarse de su cartera de clientes.

Van a evitar temas que ataquen sus propios intereses en mantener el estilo de organización económica que les permita controlar discrecionalmente dicha programación.

Van a tratar, por el contrario, de temas que tal vez le interesa a poca gente, pero si a alguno de sus avisadores.

Dejaran de ocuparse de ideas importantes, o de expresiones musicales o literarias no masivas, porque sólo les interesan las expresiones masivas.

Van dejar de lado todos aquellos mensajes que requieran de cierta reflexión en el recipiente, o de cierto trabajo de concentración en el mismo, porque de ese modo se pierden segundos vitales que pueden ser vendidos de modo más rentable.

Esto es, lo que aparece como la no regulación estatal de los contenidos suele traducirse, de modo habitual, en dictados de contenido muy particulares.

Estos son los contenidos que le interesa **al dinero**, y por ello —por el hecho de que en una mayoría los medios de comunicación se encuentran controlados por el dinero—es que las distintas programaciones en los distintos países comienzan a parecerse cada vez más.

Lo dicho hasta aquí viene a sugerirnos, en definitiva, que la preocupación por los contenidos de ciertos medios de comunicación no merece verse como preocupación animada por motivos perfeccionistas.

Por el contrario (y más allá de un tipo de interés en el «cultivo» de virtudes) lo cual nos lleva a agregar una breve nota—reflexión, referida a la relación entre comunicación, dinero y publicidad.

**La publicidad en los medios de comunicación**: La publicidad no es una forma más, ni una particularmente inocua, dentro del ámbito de la comunicación pública y la transmisión de idea.

Más bien lo contrario: ella aparece, cada vez más, como una forma sofisticada y particularmente dañina del engaño.

Como tal, y en la medida en que el daño que genere sea relevante, ella amerita reacciones públicas severas, como cualquier daño grave.

Sin embargo, y contra dicha posibilidad, acostumbramos a ver premios y aplausos que festejan la publicidad, en razón de su carácter original, su gracia, o la calidad de las imágenes a las que apela: recompensas que se asignan con completo descuido de los fines que la publicidad persigue y los efectos reales que provoca.

Lo preocupante, por tanto, no son los premios —galardones que los mismos publicitarios suelen otorgarse— o los aplausos ocasionales con que a veces celebramos un anuncio, sino la impunidad que el Estado garantiza para actividades que provocan daños.

Los daños aquí referidos son demasiado comunes, y derivan de avisos que incluyen informaciones falsas o datos equívocos, que inducen a la confusión y el embuste del consumidro.

Los ejemplos en los que podemos pensar son muy diversos: desde el casi inocuo caso de la zapatilla que se presenta como interminable y no lo es; al más interesante caso de alimento fundamentalmente dañino para la salud, pero que se promueve como indispensable; o el más conocido caso de los Bancos que sugieren contar con un sólido respaldo exterior pero que, a la primera crisis del 2001, ignoran al afiliado al que le sonreían y miran para algún otro lado cuando se les pregunta por prometido respaldo exterior.

**El problema en cuestión no es meramente moral, pero también es moral**.

Moral no en el sentido de la moral, digamos, de la fe católica, ni moral en el sentido de una insabible «moral media». El problema es moral entendiendo por moral aquello que nos debemos los unos a los otros: un mínimo de cuidado y consideración, que se relaciona con la elemental idea liberal de no causarnos daños los unos a los otros.

En ese sentido, tanto por la amplitud y profundidad de los fraudes que contribuyen a generar, como por su nivel de indiferencia respecto de las responsabilidades que les competen, muchos publicitarios pueden ser señalados como partícipes de una actividad inmoral.

Esto es así, conviene repetirlo, en razón de los perjuicios que ayudan a causar, y sin tomar en absoluto en cuenta (algo que conviene dejar para otro momento) el contenido particular de las imágenes o mensajes a los que los "creativos" locales suelen apelar en sus comerciales, mensajes cargados de altas dosis de adolescente sexismo, a la vez que excluyentes, de manera violenta, en materia radical.

El problema que aquí interesa, sin embargo, no es moral sino legal.

El derecho tiene una relación antigua con el «discurso comercial», al que ha considerado desde siempre como un discurso "menor" o "bajo".

Que el discurso comercial sea considerado "bajo" significa que, por la naturaleza del mensaje en juego, el derecho no ve al mismo como merecedor del extraordinario nivel de protección que reserva para otro tipo de expresiones (políticas, artísticas).

La distinción más importante, sin embargo, suele venir después, y es la que diferencia entre publicidades sobre actividades legales y basadas en información veraz, de aquellas otras que se refieren a actividades no legales o que se apoyan en datos falsos o informaciones engañosas.

Las respuestas que corresponde dar, frente a la publicidad falsa o engañosa, son diversas y dependen de la gravedad del caso de que se trate.

De todas formas, tales respuestas deberían caracterizarse por su carácter fundamental expresivo: lo que se pretende es dejar en

claro que estamos dispuestos a asegurar las bases elementales del respeto mutuo, y asegurarnos —a todos, pero especialmente a los miembros más desventajados de la sociedad—que nadie se aproveche de nuestra buena fe, a partir de cualquiera de las formas graves del engaño.

Actuando de esta forma dejaríamos en claro la existencia de un compromiso público con la idea de que nos consideramos merecedores de un igual respeto, y que entendemos que es una falta grave el que se tomen ventajas indebidas de otros, mediante un uso masivo e incontrolado de la mentira.

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

De lo que se trata en definitiva, es de contradecir la práctica hoy reinante, que admite livianamente el deslizamiento cotidiano desde la información al engaño: una práctica que involucra producción de perjuicios graves, y que se encuentra en el Estado a un cómplice descuidado, indiferente.

El poder público debe cambiar su actitud y dejar en claro en qué lugar se ubica: en el de privilegiado y poderoso custodio de los derechos de cada uno, o en el de complaciente aliado de quienes mintiendo golpean sobre esos mismos derechos.

Capítulo II

# Los sistemas de protección para la libertad de expresión

> La libertad de expresión es decir lo que la gente no quiere oír
>
> **George Orwell**

## 1. Introducción

En este parte de la obra se quieren destacar —sin ser reiterativos, ya que anteriormente se ha expuesto en forma desordenada varios aspectos de los sistema de protección de los derechos humanos— algunos sistemas de protección internacional de derechos humanos. Se ha hecho hincapié en la garantía de la libertad de expresión, sobre todo con la creación de relatorías especiales para la recepción de denuncias y la elaboración de recomendaciones e informes destinados a consolidar esta garantía esencial de la persona humana, entre los cuales encontramos:

a) El sistema de protección universal de derechos humanos.
b) El sistema de protección interamericana de derechos humanos.
c) Organizaciones no gubernamentales en defensa de la libertad de expresión

En primer lugar, está la protección universal de este derecho, donde hay varias entidades encargadas de esta función, como lo es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco). Esta función es otorgada por la misma Constitución de esta organización, en la cual se expresa como uno de sus propósitos y funciones:

> Fomentar el conocimiento y la comprensión mutuos de las naciones prestando su concurso a los órganos de información para las masas; a este fin, recomendará los acuerdos internacionales, que estime convenientes para facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen[1].

Este propósito es reiterado por esta organización en su página oficial, donde se establece que:

1 Artículo 1 de la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, aprobada en Londres el 16 de noviembre de 1945

> La UNESCO es la única agencia dentro del Sistema de las Naciones Unidas con el mandato de promover la libertad de expresión y su corolario, la libertad de prensa. En otras palabras, la UNESCO es la agencia líder en promover, defender, monitorear y preconizar la libertad de expresión y la libertad de prensa como un derecho humano fundamental. A su vez, destaca la independencia y el pluralismo de los medios de comunicación, como un componente esencial en el proceso de la democracia. También proporciona asesoramiento sobre legislación y formulación de políticas para los medios a los Estados miembros de la UNESCO[2];

> Por otra parte también encontramos la Relatoría Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas. De esta manera, son muchas las corporaciones en el ámbito mundial que buscan velar por la salvaguarda de este derecho fundamental, los cuales serán tratados a lo largo de este capítulo.

Haciendo referencia al Sistema Interamericana de Protección De Derechos Humanos (en adelante, SIDH), este es el conjunto de instrumentos jurídicos regionales y órganos internacionales de carácter regional que están encaminados a la efectiva protección de los derechos humanos en todo el continente americano. Tiene su fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y depende de la Organización de Estados Americanos; por su naturaleza garantista, este sistema brinda varias formas y mecanismos de protección a los Derechos Humanos, dentro de los cuales también podemos hallar mecanismos específicos para la protección de la libertad de expresión.

Por último, las organizaciones no gubernamentales (ONG) son entidades autónomas e independientes del Estado en las decisiones políticas, económicas y sociales de un gobierno. Se demarca a la ONG como un organismo que cumple una función política. Y los partidos políticos se organizan para influir (Pérez, Arango y Sepúlveda, 2011, p. 246-247), y surgen en situaciones como el aboli-

2 Véase en el siguiente enlace web: http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informacion/libertad-de-expresion/

cionismo, las emergencias y los asuntos humanitarios para mejorar las condiciones de vida en general (Contreras, 1997, p. 107). Este tipo de organizaciones han tenido un gran desarrollo e impacto en las relaciones internacionales (Becerra, 1997, p. 30). Tanto así que grupos como Amnistía Internacional y Human Rights Watch han tenido un gran papel al momento de denunciar los ataques a la libertad de expresión, pero no pocas este tipo sino son bastantes las ONG que trabajan como garantes de la libertad de expresión.

Como se evidencia, son varios los sistemas que protegen o están en caminados a la tutelar la libertad de expresión; como es el caso de la protección universal de toda la ONU en el ámbito regional; existe el SIDH como garante supranacional de este tipo de libertad con cada una de sus entidades e instrumentos, así como la creación de múltiples ONG, en busca de garantizar el pleno ejercicio de este derecho. Todos estos sistemas han tenido logros significativos en esta materia, los cuales se mostraran a continuación.

## 2. La libertad de expresión en el sistema universal

Se encuentra dentro de este sistema el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, dependiente de la Organización de Naciones Unidas. Igualmente, de acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Facultativo de esta Pacto, los países signatarios del Protocolo reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones o denuncias de individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado y que aleguen ser víctimas de violación de los Derechos consagrados en el Pacto[3].

De tal forma, a nivel de Naciones Unidas existe también un sistema de casos a través del cual se puedan canalizar las denuncias de violaciones al derecho a la libertad de expresión, con el fin de tutelar en la justicia internacional este derecho humano, cuando los remedios internos de los países signatarios del Pacto y su Protocolo Facultativo no han dado respuesta efectiva a sus ciudadanos. En este sentido, es importante destacar que los artículos 19 y 20 del Pacto establecen, respectivamente, lo siguiente:

3 El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra publicado en la Gaceta Oficial Ext. Nº 2.146 del 28 de enero de 1978. Al igual que el Protocolo Facultativo fue debidamente ratificado el 10 de mayo de 1978.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su selección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo, entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
   a) Asegurar el respeto a los Derechos, o a la reputación de los demás;
   b) La protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral.

1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la Ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la Ley.

Igualmente, a nivel de Naciones Unidas existe una Relatoría Especial[4], sobre la Libertad de Opinión y Expresión, la cual ha venido desempeñando funciones de promoción y protección de esta garantía fundamental. Es importante destacar que esta Relatoría, junto con la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha venido emitiendo una serie de Declaraciones Conjuntas referentes a los temas más polémicos de libertad de expresión[5].

4 Ambeyi Ligabo. Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU. Freimut Duve. Relator Especial sobre la Libertad de Prensa de la OSCE. Eduardo Bertoni. Relator Especial sobre la Libertad de Expresión de la OEA.

5 Así, el 18 de diciembre del 2003 adoptaron la siguiente Declaración: "SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS: 1. Las autoridades públicas que ejerzan algún poder regulatorio formal sobre los medios de comunicación deben contar con salvaguardas contra cualquier interferencia, particularmente de naturaleza política o económica, que incluyan procesos transparentes de designación de sus miembros, apertura a la participación pública y que no sean controladas por ningún partido político en particular. 2. Los sistemas regulatorios

En esta tarea también contribuye cada una de las acciones que ha realizado la Unesco en defensa de la libertad de expresión, aparte de lo que ya se relacionó en la introducción desde sus informes sobre las situación de este derecho en Latinoamérica, a cada una de sus acciones como políticas internacionales, para la promoción del respeto a este tipo de libertad[6].

## 3. La libertad de expresión en el SIDH

Antes de exponer cada una de las entidades y los mecanismos dispuestos por el SIDH para el amparo de la libertad de expresión,

---

deben tomar en consideración las diferencias fundamentales entre los medios de comunicación impresos, de radio y televisión, y el internet. A los medios de comunicación de radio y televisión no se les debe requerir un proceso de registro adicional al de obtención de las licencias de difusión. La asignación de frecuencias radioeléctricas debe basarse en criterios democráticos y asegurar oportunidades equitativas de acceso a las mismas. Cualquier regulación del Internet debe tomar en consideración las características especiales de este medio de comunicación. 3 La imposición de requisitos especiales de registro a los medios de comunicación impresos es innecesaria y puede ser objeto de abuso y debe ser evitada. Los sistemas de registro que abren espacio a la discrecionalidad para el rechazo de la inscripción, que imponen condiciones sustantivas especiales a los medios de comunicación impresos o que son supervisados por cuerpos que no son independientes del gobierno son particularmente problemáticos. Las restricciones a los contenidos de los medios de comunicación son problemáticas. Las leyes específicas sobre medios de comunicación no deben reproducir restricciones a los contenidos que ya están previstas en otras leyes, ya que esto es innecesario y puede ser objeto de abuso. Las leyes sobre el contenido de los medios impresos que prevén sanciones cuasi-penales, como multas o suspensiones, son particularmente problemáticas. 4. Los medios de comunicación no deben ser obligados por ley a difundir mensajes de figuras políticas específicas como, por ejemplo, los Presidentes. SOBRE LAS RESTRICCIONES A LOS PERIODISTAS. A) A los periodistas no se les debe exigir licencia o estar registrados. B) No deben existir restricciones legales en relación con quiénes pueden ejercer el periodismo. C) Los esquemas de acreditación a periodistas sólo son apropiados si son necesarios para proveerles de acceso privilegiado a algunos lugares y/o eventos; dichos esquemas deben ser supervisados por órganos independientes y las decisiones sobre la acreditación deben tomarse siguiendo un proceso justo y transparente, basado en criterios claros y no discriminatorios, publicados con anterioridad. D) La acreditación nunca debe ser objeto de suspensión solamente con base en el contenido de las informaciones de un periodista. LA INVESTIGACIÓN DE LA CORRUPCIÓN. – Los trabajadores de los medios de comunicación que investigan casos de corrupción o actuaciones indebidas no deben ser blanco de acoso judicial u otro tipo de hostigamiento como represalia por su trabajo – Se debe impulsar a los propietarios de los medios de comunicación para que provean del apoyo apropiado a los periodistas comprometidos con el periodismo investigativo.

6 Para más información revisar los informes *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: Situación regional en América Latina y El Caribe, disponible* en http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002290/229042s.pdf, y *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios*, disponible en http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002297/229704S.pdf.

es conveniente realizar una breve exposición del funcionamiento de este sistema, dentro del cual existen dos órganos fundamentales para la protección internacional de derechos humanos:

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en la ciudad de Washington, Estados Unidos, a la cual puede acceder cualquier persona humana o entidad no gubernamental del hemisferio para presentar sus quejas o denuncias de violación de derechos individuales establecidos en la Convención[7].

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a la cual puede acceder, únicamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[8].

En este sentido ha destacado la CIDH:

> La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública, es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre[9].

7 La Comisión IDH pasó de ser un órgano con funciones meramente políticas o diplomáticas a tener importantes funciones cuasi-jurisdiccionales, pues le corresponde tramitar las denuncias o peticiones individuales que se presenten por la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana y determinar a través de un examen de admisibilidad, si somete el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana cuando se trate de un Estado que ha aceptado su competencia contenciosa (Miranda, 2014, p. 600).

8 Es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuya función primordial es aplicar e interpretar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos que conforman el parámetro de convencionalidad. Su jurisdicción tiene un carácter complementario, coadyuvante y subsidiario, en virtud de que son los Estados quienes en primer lugar deben proteger y respetar los derechos tutelados en la Convención Americana. Es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (Miranda, 2014, p. 608).

9 La Relatoría de la Libertad de Expresión reiteró la importancia de crear un clima de respeto y tolerancia hacia todas las ideas y opiniones. Recordó que la diversidad, el pluralismo y el respeto por la difusión de todas las ideas y opiniones, son condiciones fundamentales en cualquier sociedad democrática. En consecuencia, las autoridades deben contribuir decisivamente a la construcción de un clima de tolerancia y respeto en el cual todas las personas puedan expresar su pensamiento y opiniones sin miedo a ser agredidas, sancionadas o estigmatizadas por ello (Cañizales, 2014, p. 53).

De hecho, los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen lo siguiente:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión:
1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del Derecho previsto en el inciso precedente, no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
a) El respeto a los Derechos 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 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 grupa de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada 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.

A raíz de estas normas, y con la puesta en marcha y desarrollo del sistema de casos individuales, opiniones consultivas e informes anuales y especiales elaborados por los órganos de protección interamericana, se ha declarado que, dado que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público, la Convención Americana otorga un "valor sumamente elevado" a este derecho y reduce al mínimo toda restricción de este.

También la Corte IDH, en la Opinión Consultiva 5 destacó que es en interés del "orden público democrático", tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente. Precisa más adelante:

El consenso observado por los órganos de derechos humanos de América y de Europa pone de manifiesto que la protección de la libertad de expresión como elemento indispensable de la democracia, se encuentra perfectamente fundamentada en el Derecho internacional.
Al protegerse este Derecho, conforme lo estipula el artículo 13 de la Convención, la Corte no ha hecho más que reforzar el propósito de la Convención, que es el de crear un sistema de libertades personales y justicia social dentro del "marco de las instituciones democráticas". Resulta evidente que el Derecho a la libertad de expresión y pensamiento garantizado por la Convención, está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión, evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana,

es aquélla que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma[10].

Igualmente, la CIDH ha cumplido una encomiable labor en defensa del derecho fundamental a la libertad de expresión no solo a través del sistema de casos individuales, sino también con el pronunciamiento de informes especiales destinados a fijar sus posiciones con respecto a determinados temas relacionados con la libertad de expresión, así como la promulgación de una Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada en octubre del 2000, donde se consagran principios rectores para el pleno ejercicio de este tipo de libertad:

**Principios sobre la libertad de expresión**

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.
2. Toda persona tiene el Derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente[11].
3. Toda persona tiene el Derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa[12].
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 solo 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.

10 Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11 En los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

12 Ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el Derecho a la libertad de expresión.
6. Toda persona tiene Derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados.
7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el Derecho a la libertad de expresión, reconocido en los instrumentos internacionales.
8. Todo comunicador social tiene Derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.
9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los Derechos Fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.
10. Las leyes de privacidad no deben inhibir, ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular, que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias, el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión

ofensiva dirigida a funcionarios públicos, generalmente conocidas como "leyes de desacato", atentan contra la libertad de expresión y el Derecho a la información.

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

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

### 3.1. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión

Adicionalmente, ha sido tal la preocupación e interés de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la libertad de expresión en el hemisferio, que en la Declaración de Santiago de Chile de abril de 1998 se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, consistente en una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, que opera dentro del marco jurídico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta Relatoría para la Libertad de Expresión cuenta con el apoyo de los jefes de Estado y Gobierno del hemisferio. La sustentan además otros Informes Especiales relacionados con determinados países: Perú (2000), Paraguay (2001), Panamá y Haití

(2003). Igualmente, dentro de sus funciones, podemos destacar que la Relatoría para la Libertad de Expresión cumple con las siguientes actividades:

- Analiza las denuncias recibidas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referidas a posibles violaciones a la libertad de expresión y efectúa recomendaciones, con respecto a la apertura de casos individuales. Así mismo, hace seguimiento del Estado de los casos abiertos en la Comisión referidos a violaciones a la libertad de expresión.
- Efectúa sus recomendaciones a la Comisión, en el otorgamiento de audiencias para los períodos ordinarios de sesiones. Durante los mismos, la Relatoría participa en aquellas audiencias relacionadas con denuncias de violaciones a la libertad de expresión. Asimismo, dentro del marco de la Comisión, la Relatoría colabora con las partes en la búsqueda de soluciones amistosas.
- En los casos que considera necesario, requiere a la Comisión la solicitud de medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA, para proteger la integridad personal de los periodistas y otros comunicadores sociales amenazados o en riesgos de sufrir daños irreparables.
- Realiza trabajos de asesoramiento y efectúa recomendaciones a los Estados, para que modifiquen legislación contraria a la libertad de expresión e impulsa aquellas iniciativas tendientes a garantizar un amplio ejercicio de este Derecho, como son los proyectos de ley y otras reformas legislativas.
- Remite correspondencia a los Estados miembros solicitando pedidos de información sobre aspectos legislativos en materia de libertad de expresión.

De esta forma, son varios los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que han venido prestando una importante labor a favor de la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión, al punto de que hoy día cuenta con una Relatoría Especial encargada de inculcar los estándares necesarios en esta materia, para así poder garantizar los valores propugnados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## 4. Las organizaciones no gubernamentales como guardianes de la libertad de expresión

Como se señaló en la introducción, vale la pena destacar que existe un importante cúmulo de organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros organismos gremiales, tanto en los ámbitos nacional como internacional, encargados de la promoción, divulgación y denuncia de temas relacionados con la libertad de expresión.

Sin lugar a dudas, estos organismos han cumplido con la noble labor de formar y alertar a los distintos medios de comunicación, periodistas y ciudadanos en general, de los distintos ataques y constantes violaciones a la libertad de prensa e información. Ello ha coadyuvado a diseñar distintos mecanismos de presión frente a funcionarios de gobierno y órganos judiciales, a los fines de garantizar las garantías mínimas de este derecho fundamental.

Así, por ejemplo, la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) y el World Press Freedom Committe son algunas de las principales organizaciones internacionales que se dedican única y exclusivamente a fomentar los valores y principios que se derivan de la libertad de expresión. Por supuesto, siempre vale la pena destacar la importante labor de otras organizaciones de derechos humanos en general, las cuales prestan una importancia significativa a estos temas, como es el caso de la Human Rights Watch, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), la American Civil Liberties Union (ACLU), el First Amendment Center, entre otras.

Por nuestra parte, se ha podido observar un incremento importante en el número de organizaciones destinadas a fomentar la divulgación de asuntos relacionados con la libertad de expresión, al lado de las clásicas e importantes organizaciones encargadas de proteger y defender los derechos humanos en general. Así, consideramos importante resaltar la labor del Instituto de Prensa y Sociedad, de la Organización de Prensa Libre, así como el encomiable aporte de Provea, el Foro por la Vida, la Vicaría de los Derechos Humanos.

Las reflexiones hechas hasta aquí nos permiten reconocer algunos datos importantes.

Hemos dicho que el de la libertad de expresión es un derecho al que le corresponde una protección prioritaria (como derecho, fren-

te a otros intereses generales; y como derecho particular, frente a otros derechos constitucionales).

Hemos dicho también que ciertos tipos de expresión —los vinculados a la crítica al gobierno en particular y, en general, los relativos a cuestiones de interés público—merecen recibir una protección especial, dentro del área ya privilegiada de la libertad de expresión.

Hacia el final de la sección anterior reconocimos también la extendida responsabilidad del Estado en todo aquello que tenga que ver, entre otros temas, con la amplitud de la expresión libre dentro de una comunidad: él carga buena parte de la responsabilidad acerca del modo en que se *distribuye la palabra* dentro de la sociedad.

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

Ello así, ante todo, cuando:

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

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

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

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

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

Una situación como la descrita debe prepararnos para mirar el derecho a la crítica de un modo diferente, de modo tal de darle

realidad y sentido a un derecho que quedaría desplazado, en caso de quedar a la merced de un contexto "naturalmente" animado en su contra.

Deberemos, entonces, mantener una sensibilidad especial, que en contextos diferentes podríamos abandonar.

Por ejemplo, en casos de dificultad como los que estudiamos, puede suceder que debamos considerar constitucionalmente inválidos ciertas regulaciones neutrales en cuanto al contenido de la expresión, sostenibles en otros casos.

Piénsese, por caso, en la situación en que el gobierno de turno veda las propagandas políticas de cualquier tipo de ideología en las avenidas principales de la ciudad, o prohíbe todas las pintadas callejeras o los *grafitis* políticos.

Este tipo de restricciones son tratadas habitualmente con benevolencia dada la neutralidad que revisten, a primera vista.

Sin embargo, en contextos como los señalados pueden ocurrir que esas restricciones que parecen «afectar a todos por igual» resulten especialmente gravosas para sujetos o grupos con pocos recursos que encuentran en tales medios de expresión (verbigracia, una pintada callejera) su principal forma de manifestación.

En casos como éste, no puede asumirse sin más que las restricciones neutrales en cuanto a su contenido lo sean también en cuanto a sus efectos.

Y qué decir, por ejemplo, de situaciones en las cuales, para hacerse escuchar, quienes protestan deciden cortar algunas de las principales vías de comunicación de la comunidad (una avenida o ruta principal) o bloquearla a los demás el acceso a edificios públicos (por ejemplo, el Poder Judicial) o privados (por ejemplo, una fábrica).

En países como la Argentina y en Paraguay, este tipo de situaciones comenzaron a tornarse más o menos habituales con la inauguración de una nueva forma de protesta consistentes en los «cortes de ruta», popularizados rápidamente en los años posteriores a 1996, hasta convertirse en una de las principales —sino la principal— forma de protesta social.

Frente a tales situaciones, la justicia no tardó en pronunciarse, dando un tratamiento hostil a la protesta social.

Es absolutamente cierto, como dijera la justicia en los fallos revisados, que el ejercicio de un derecho no puede importar la supresión de otros.

De todos modos, al momento de hacer un balance acerca de qué paso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta lo dicho más arriba: el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros hay más importantes fundamentos de toda la estructura democrática, uno que merece la más alta protección.

Es decir, en casos como los que examinamos la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que —mucho más—requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

Frente a lo dicho en el párrafo anterior, obviamente, alguien podría recordarnos que las protestas de las que hablamos no consistieron en simples expresiones publicitadas a través de los medios de comunicación ante los cuales podríamos, en todo caso, cambiar de página o de emisora.

Se trató, más bien, de expresiones que fueron hechas públicas en importantes y muy transitadas vías de tránsito. Las expresiones en juego, además, no fueron meramente «verbales» sino que vinieron acompañadas, en la generalidad de los casos, por severas molestias para muchos de los demás integrantes de las comunidades en cuestión.

En ese sentido, siguiendo a Roberto Gargarella[13], diremos que:

« (…) en primer lugar, podría retomarse la muy protectiva y consolidada doctrina sobre el "foro público". Tal doctrina, surgida del calor de los fallos de "Hague" y "Schneider", considera, justamente, a las calles y parques como lugares especialmente privilegiados para la expresión pública.

[Las calles y los parques] —sostuvo en "Hague"—han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en

13Garbarella. Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. Naciones Unidas. Derechos Humanos. Quito, Ecuador. Pág. 57

asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas".

Notablemente entonces, y desde "Hague", la Corte Suprema Norteamericana se preguntó: ¿Dónde, sino en la vía púbica, pretender la expresión de la ciudadanía?.

En el caso "Scheneider", en el cual se cuestionaba la actividad de unos manifestantes que arrojaban panfletos a la calle, los jueces reprodujeron, básicamente, los mismos conceptos que habían presentado en "Hague".

El hecho de que el máximo tribunal norteamericano decidiera dar una fuerte protección a las expresiones realizadas en parques y calles aun cuando la actividad en cuestión involucrara ciertos perjuicios a terceros, resultaba particularmente relevante.

En tal sentido, Harry Kalven, una de las principales autoridades del pensamiento jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, destacó la notable enseñanza de casos como "Scheneider" para la jurisprudencia futura.

Debemos advertir —señaló Kalven— que la "distribución de panfletos en la vía pública…constituye un método de comunicación que acarrea una consecuencia tan inextricable como esperada, que es la de la suciedad en las calels (calles que la ciudad tiene la obligación de mantener limpias). También constituye un método de comunicación que provoca el enojo de una mayoría de personas; mientras que es dudoso que tenga un gran impacto el enojo de una mayoría de personas; mientras que es dudoso que tenga un gran impacto sobre la audiencia".

La mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrean costos y molestias para terceros que, sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor de la libertad de expresión….».

De todos modos, alguien podría contraargumentar, con cierta razón, que las situaciones típicas de "cortes de ruta" diferían sustantivamente de aquellas examinadas por la doctrina norteamericana.

Ello, debido a que los conflictos sociales aparecidos en países como Latinoamérica no implicaban, "meramente", ruidos molestos, suciedad en las calles, o un cierto desorden en el tránsito.

Tales conflictos vinieron acompañados, en una mayoría de casos, de incendios, agresiones, destrucción de la propiedad pública y privada.

Frente a esta crítica convendría señalar lo siguiente:

En primer lugar, y como punto aclaratorio, cabría insistir en la idea básica expresada por Kalven. La pretensión central de este autor era la de hacernos advertir que "todos los discursos implicaban expresiones y "algo más". Si se trata de una expresión oral —decía Kalven—tenemos ruidos que pueden interrumpir a otros; si se trata de una expresión escrita, tenemos la posibilidad de ensuciar [la vía pública]. Pero —y esto es lo que más le preocupaba al profesor norteamericano—en todos los casos mencionados, y cualesquiera fueran los repudiables desmanes del poder público de resguardar tales ideas. Adviértase que la actitud asumida habitualmente por el poder público, en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro contexto se parte de la idea de que la ruta debe ser "liberada", el tumulto disuelto, y los manifestantes dispersados, y luego en todo caso, se presta atención a los demás "detalles" involucrados por la manifestación ciudadana.

La expresión de ideas, las críticas al poder público, no parecer merecer, en Latinoamérica en general, un cuidado especial.

Del mismo modo, el fundamental derecho a criticar a las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores utilizada por una mayoría de funcionarios políticos, jueces y fiscales, en el cumplimiento de sus tareas.

Por el contrario, la libertad de expresión parece—en el razonamiento de tales funcionarios—como un elemento más, que tiene un peso inferior o en todo caso idéntico al de los demás valores en juego (por ejemplo, el derecho al libre tránsito; el cuidado frente al riesgo de daños potenciales; etc.)

Finalmente, cabe decir que una postura como la aquí avanzada no necesita ni pretende desentenderse de los lamentables efectos colaterales que habitualmente han acompañado a muchos cortes de ruta.

Por el contrario, podría decirse, la comunidad en cuestión tiene pleno derecho a reprochar tales excesos (rotura de edificios públicos, lesiones, etc.), incluso mediante la denuncia penal.

Sin embargo, aun así, no debe perderse de vista lo más importante: **es perfectamente posible distinguir estos reproches excesos de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.**

Llegamos a este punto —el lector podría decirnos, con algo de razón, que el planteo anterior ignora algunos datos de indudable importancia.

Ello, fundamentalmente, porque en una multitud de caso no resulta tan claro que la libertad de expresión de los manifestantes haya sido coartada algo que nuestro análisis simplemente supone.

Puede ocurrir por ejemplo, que los manifestantes quieran hacer una protesta contra el actual Presidente de la República del Paraguay —Don Horacio Cartes— y bien podrían irse frente al Palacio de López (Asunción), y a pesar de ello optaron por desarrollar esta forma de protesta, socialmente más costosa y más perjudicial.

El punto mencionado es efectivamente relevante ya que, de ser cierto, desvirtuaría mucho de lo que hemos sostenido en las secciones anteriores, en la cual hicimos referencia a la prioritaria necesidad de resguardar la libertad de expresión.

Sin embargo, no deberíamos ir tan rápido a l ahora de descalificar los argumentos anteriores.

Para comenzar con una posible réplica, sostendría que son muchos los casos en los cuales puede darse una violencia sobre la libertad de expresión, aún a pesar de que la situación en juego no involucre una explícita moción de censura.

Para decirlo de otro modo, el hecho de que los manifestantes en cuestión hayan tenido *alguna* posibilidad de expresar sus ideas no es un dato obviamente relevante a la hora de evaluar el curso de acción a tomarse en frente al corte de ruta.

Por ejemplo, si en nuestra comunidad nos permiten pararnos en la esquina de una barriada alejada y vociferar desde allí nuestras críticas al gobierno de turno pero se nos impide, al mismo tiempo, manifestar esas mismas ideas en el "ágora" central de nuestra sociedad, luego, es posible concluir que en tal contexto la posibilidad de crítica frente al poder se encuentra severamente restringida.

Por supuesto, en algún sentido es absolutamente cierto que en dicha comunidad las personas tienen la posibilidad de expresar aun sus ideas más radicales.

Sin embargo, todos nosotros dudaríamos mucho antes de afirmar que en el caso citado se respeta el disenso. Y esto, no porque el resto de la ciudadanía se decida a no escuchar o a desobedecer los consejos del orador de turno, sino porque en la comunidad referida no se aseguran los derechos básicos del mismo a ejercer su crítica de un modo apropiado.

Las consideraciones expuestas hasta aquí, según esperamos, aportan nuevos paradigmas a tomar en cuenta a la hora de evaluar decisiones como las propuestas por nuestra justicia, frente a los cortes de ruta.

Esta evaluación involucra una reflexión acerca de cuál es el mejor modo de preservar el edificio institucional de la democracia.

Y es por ello mismo—por la exigencia democrática de tratar a todos como ciudadanos iguales—que el poder público debería reconsiderar la forma en que está haciendo uso de la fuerza que le hemos delegado.

Capítulo III

# La censura: el mayor obstáculo para el pleno ejercicio de la libertad de expresión

> Toda censura es peligrosa porque detiene el desarrollo cultural de un pueblo.
>
> **Mercedes Sosa**

## 1. Introducción

Por estas razones, el mayor reto que tienen los sistemas de protección, que fueron señalados con anterioridad, consiste en proteger a este tipo de libertad de la censura, como su mayor opresor. Esto se debe a que este tipo de conducta vulnera gravemente este derecho e imposibilita su ejercicio pleno.

## 2. Noción

Gregorio Bademi, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, expresaba:

> El poder público no puede restringir la libertad de expresión, reglamentado lo que se debe o no difundir, o trabando el normal desenvolvimiento de los medios de comunicación, ya que, en este aspecto, la libertad de expresión es un derecho absoluto (en Trotti, 1993, p. 56).

Seguidamente se explicarán detalladamente las limitaciones que encuentra la prensa en su tarea de difundir las informaciones. Mención especial merece la censura, debido a la implicancia de los gobiernos para el manejo de la información, y la autocensura, cuando es el propio medio el que obstaculiza la divulgación de ciertas informaciones que ponen en riesgo la línea periodística del mismo.

Pero, ¿qué es la censura?, ¿cuándo se cumple? Cuando una libertad de prensa es sometida a una reglamentación e impuesta so pretexto de salvaguardar otras libertades, estamos frente a una censura de prensa. El poder político interviene directamente en las tareas periodísticas de selección, semantización y divulgación de los mensajes e informaciones; más aún hay que tener en cuenta que en una democracia republicana la censura no puede ser tolerada sino en casos de excepción. A esta altura de la civilización, nadie duda ya de los nocivos perjuicios que trae aparejados cuando se ejerce discrecionalmente (Diegues, 2008, p. 349), pero no se puede negar que en muchos de los países del mundo y en especial de

América Latina existen unas doctrinas intolerantes que pretenden someter la disidencia, por cualquier método coercitivo, sumiendo en la ignorancia y en el atraso a la humanidad (Morales, 2003, p. 373).

De esta manera,

A pesar de que la mayoría de las Constituciones la prohíben expresamente, en la práctica se han hecho y se intenta hasta hoy buscar la forma de vulnerar ese derecho tan esencial a la vida de los pueblos[1]. En tiempos de guerra, la censura se justifica por el temor de que bajo un clima de libertad de prensa se hagan públicas informaciones que beneficien al enemigo. En tiempo de paz, funciona con objeto de impedir que en los climas de opinión, se introduzcan elementos de juicio que afecten a la estabilidad del sistema político, generando descontentos y oposición.

La censura, a pesar de ser una característica primordial de callar a la prensa por parte de los regímenes totalitarios, se da en muchos aspectos en los sistemas democráticos, principalmente en aquellos países que recién inician su camino por el sendero de las libertades públicas.

**3. Tipos de censura**

Hay que distinguir varias clases de censura. La censura gubernamental es la más conocida. Puede ser directa y explícita o indirecta e implícita. Existe también la censura previa, impuesta por los regímenes en circunstancias especiales, sobre todo en caso de dictaduras.

*Censura Gubernamental.* Es la dispuesta por quienes detentan el poder político de los países, y se puede presentar en dos modalidades:

*a) Censura directa y explícita.* Cuando el gobierno le ordena a través de un decreto o por una disposición pública, difundida en los medios. Se da la orden de no publicar esto o no trasmitir aquello, o, de informar como quiere la dictadura.

*b) Censura indirecta.* La que es impuesta por los gobiernos.

1 Las autoridades gubernativas examinan previamente los artículos periodísticos y conceden u aprobación o rechazo para su posterior publicación en los medios controlados.

La censura proviene en su mayor parte, del sistema de propiedad de los medios. Simón Espinosa afirma en este sentido:

> Quien en primer lugar limita la libertad de prensa es el dueño, son los accionistas de la empresa editorial. Hay una censura a veces explicita, las más de las veces implícita que lleva al periodista a la autocensura. Solo un loco podría escribir contra los intereses de la propia empresa en que trabaja (en Martínez, 1987, p. 231).

Por esta razón, y con el fin de comprender el gran problema que implica la censura, es necesario analizarla en el contexto del periodismo, para lograr una efectiva protección de este derecho por parte de los sistemas que buscan esa meta.

**4. La censura en el periodismo**

La Corte IDH ha manifestado que el ejercicio de la libertad de expresión requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, por lo que éste representa un derecho de cada individuo, pero también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Cuando la Convención Americana proclama la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho de difundir información e ideas por cualquier medio está señalando que la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

La Corte IDH consideró esta problemática en su opinión consultiva sobre la colegiación de periodistas:

El pensamiento es la manifestación primeria y principal de la libertad de expresión del pensamiento, y, por esta 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 un universidad o por quienes están inscriptos en un determinado colegio profesional, como podría suceder en otras

profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano".[2]

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

El periodista profesional no es otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Por lo tanto, la colegiación obligatoria conduce a limitar en forma permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso de pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención Americana y el principio aquí analizado, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que la misma se fundamenta".[3]

Finalmente, la Corte IDH ha señalado:

Los argumentos acerca de la obligación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundado en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio de garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad".[4]

La censura previa supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información.

2 CIDH, O.C.5-85, párrs. 30-31
3 Ibid, párr. 71
4 Ibid. párr. 77

El artículo 13 de la Convención Americana explícitamente prohíbe la censura previa. El deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información se extiende a la libre circulación de información e ideas y la exhibición de obras artísticas que puedan o no contar con la aprobación de las autoridades estatales.

La imposición de restricciones a la libertad de expresión sólo admite responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley cuando los fines que persiguen sean legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad sean necesarios para asegurar el fin que se procura.

Las responsabilidades ulteriores se encuentran reguladas en el artículo 13 de la Convención y sólo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros.

La restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como garantía de la libertad de expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden a priori excluidos del debate público[5]

La legitimidad no constituye un concepto vacío que los Estados pueden determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados.

Estos consisten en conceptos cuyo contenido debe ser predecible, utilizando las reglas de la razonabilidad y la sana lógica, y cuya interpretación en definitiva sólo permite una solución justa.

El derecho a la libertad de expresión y pensamiento está indisolublemente vinculado con la existencia misma de una sociedad democrática; la discusión plena y libre evita que se paralice la sociedad y la prepara para enfrentar las tensiones y fricciones dentro de la misma.

Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma.

Dentro de este contexto, la CORTE IDH ha manifestado que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas

5 Veáse CORTE IDH, caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, VIII Articulo 13: Libertad de expresión, párr. 6

de control preventivo, sino fundamento de una responsabilidad posterior para quien lo haya cometido.

En este caso, la aplicación de responsabilidades ulteriores debe ser llevada a cabo mediante sanciones civiles posteriores y no por medio de la censura previa a la expresión no publicada.

Asimismo la CORTE IDH ha destacado que la libertad de expresión engloba dos aspectos: **el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas.**

Por tanto, cuando este derecho es restringido por medio de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones.[6]

Asimismo la CORTE IDH ha sostenido:

La censura produce "una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones, o noticias. Esto constituye una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.[7]

Haciendo mención una decisión de la Corte Europea, la Corte Interamericana ha declarado que la protección a la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o las ideas favorables, sino también a aquellas que "ofenden, resultan chocantes o perturban", porque "tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática".[8]

Asimismo este principio convencional de la censura previa establece que la imposición de presiones económicas o políticas por parte de sectores de poder económico y/o Estado con el objetivo de influenciar o limitar tanto la expresión de las personas, como de los medios de comunicación.

La CORTE IDH ha expresado al respeto que el uso de poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, ya que al callar ideas y opiniones impopulares o críticas se restringe el debate que

6 CIDH, OC-5/85 párr. 30-32
7 Castell vs. España. Sentencia del 23 de abril de 1992, Serie A. N° 236, párr. 20.
8 Ibídem, párr. 54

es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas.

La limitación es el libre flujo de ideas que no incitan a la violencia anárquica es incompatible con la libertad de expresión y con los principios básicos que sostienen las formas pluralistas y democráticas de las sociedades actuales.[9]

**4.2 Autocontrol y autocensura**

La diferencia entre autocontrol y autocensura radica en que la segunda es fruto del miedo, ya que no tiene como fin defender el ejercicio responsable de la libertad de expresión, sino el puesto de trabajo, la libertad personal o la supervivencia como medio de difusión.

Mientras que la autorregulación es una técnica de conciencia que deviene de la responsabilidad profesional y que hace a la misión que se le debe al público, sobre todo en una época en la que los periodistas y los medios piensan más en los derechos que se tienen que en los deberes que se deben asumir. En algunos países, los órganos de autocontrol de la prensa, como el Consejo de Prensa Británico, están facultados como entes cuasijurisdiccionales en cuanto que pueden imponer sanciones, con cierto grado de obligatoriedad o imperio, para que se cumplan.

A través de la autodisciplina se permite que el comunicador piense en la libertad de prensa como en un principio amplio y honesto, y no como en un poder en sí mismo. En definitiva, debe haber autocontrol para que la libertad no se ejerza como libertinaje, sino como libertad responsable, como una fuerza que pertenece a la sociedad y a la que se debe proteger y garantizar.

La ética periodística enseña a reconocer los límites, a veces difíciles de aceptar, a los que el comunicador debe ceñirse para respetar al público, principal destinatario del mensaje informativo. Y el respeto se logra cuando el periodista utiliza su libertad, y a la libertad de expresión, en forma responsable.

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

**4.3. La autocensura: la censura dentro del medio de comunicación:**

Aun cuando la libertad de expresión por cualquier medio es una preciosa garantía, es un derecho inminente al ser humano, su ejercicio se ha dificultado en la práctica por razones técnicas. Hoy en día, un periódico es una empresa en la que su editor puede establecer una autocensura y, en algunos casos, no dar cabida a todas las informaciones y noticias que se recogen diariamente.

Una radioemisora es igualmente una empresa costosa, y qué decir de una estación de televisión. En ellas coinciden los intereses económicos del propietario con las del comunicador o informador, algunas veces encontrados y en franca contradicción.

Por eso, quien desea usar de este Derecho, tendrá que disponer de capital o medios económicos para fundar un periódico o dirigir una radiodifusora o televisora, pues de lo contrario sería un empleado del dueño; lo mismo cualquier particular que desea informar algo, estará obligado a pagar "un remitido" o aviso, con el alto costo que ello significa.

Esto no quiere decir que en muchos países —principalmente en los del llamado "Tercer Mundo"— la libertad de expresión sea una entelequia, pero sí es una advertencia acerca de la necesidad de regular y reglamentar la información y el derecho a que se conozca lo que se piensa y se divulguen las opiniones e ideas —obviamente sanas y normales— de los ciudadanos. La autocensura puede obedecer a dos motivaciones alternativa o conjuntamente:

a) Por sujeción a las normas jurídicas y morales, de las que el medio impreso ha hecho un código de comportamiento permanente.

b) Por necesidad de conservación, sometiendo a los agentes externos que actúan de varias maneras indirectas: presión económica o política, amenazas, terror psicológico, violencia física, sabotajes, etc., procedentes del poder político o religioso y aún de instituciones sociales menores o de personas particulares.

**T2 4.4. Otras formas de control de la prensa**

Además de la censura y la autocensura, existen otros métodos de limitaciones impuestas por leyes y código a los periodistas y

comunicadores. Las restricciones legales más importantes están relacionadas con:

### 4.4.1. Control directo de los medios

Este método consiste en que los medios de comunicación de masas y otras formas de comunicación —incluso las personales— quedan bajo control total del Estado. Las libertades de impresión, expresión e información son de dominio exclusivo del poder político. Por tanto, los particulares no pueden adquirir derechos sobre los medios informativos[10].

Este control también se manifiesta en la manipulación[11] de los medios, donde los interesen políticos y económicos intentan utilizarlos con el fin de impregnar a las masas de sus ideologías, gracias

10 Para complementar lo dicho, véase: "En cualquier caso, valga este trabajo como un intento de contribuir a los estudios de propaganda y control ideológico en una época de (aparente) fin de las ideologías, y en un medio, el periodismo, que (aparentemente) proclama su 'independencia'. Si algo distingue a la propaganda es la búsqueda de influencia ideológica por parte de unos pocos, mientras los muchos (los influidos) se sientan felizmente pensando que esos pocos son sabios rectores de sus destinos (eso ocurría con Bonaparte, con Lenin, con Hitler); hoy, según el modelo chomskyano, los pocos siguen convenciendo a los muchos de lo mismo, según las fórmulas de las 'hordas asalvajadas' de Walter Lippmann o Harold Lasswell, o, incluso, de que los pocos no existen, mientras los informes de Naciones Unidas revelan que 358 personas acumulan una riqueza equivalente a la mitad de la población mundial y los medios de comunicación se integran progresivamente en estructura oligopolísticas" (Pineda, 2001, p. 208).

11 Para entender los impactos de la manipulación cabe reseñar la anécdota proferida por el profesor Ferres quien nos dice: "En New York, un famoso publicitario de origen italiano, Jerry Della Fontana, llamó un día a sus colaboradores y les comunicó que había aceptado llevar la campaña de un prestigioso político. Les dijo que les iba a contar el espot que había pensado realizar como eje de la campaña y que, al final de su explicación, si creían que votarían a aquél candidato, levantaran la mano. En el espot, les dijo, se verá a un hombre que juega con un perro grande y hermoso. A su lado habrá una mujer. El hombre pone delicadamente su mano derecha sobre el hombro de la mujer. Mientras con la otra mano acaricia al perro, una voz en off explicará que aquel hombre odia la guerra y que ha sido herido en una; que desea la paz, aunque el país viva momentos de peligro; y que representa la única alternativa para unificar y proteger los intereses del país. La voz en off acabará diciendo: «Este hombre es la fuerza más unificadora, porque es el representante de la gente corriente». El publicitario se detuvo y miró atentamente a sus colaboradores. Todos ellos habían levantado su mano. Jerry Della Fontana les dijo: Mantened vuestra mano alzada. Os presento a vuestro candidato. Se llama Adolf Hitler. Hasta aquí la anécdota. Supongo que no tendríamos inconveniente en aceptarla como ejemplo de manipulación. Pero, si es así, nos plantea serios problemas, porque en esta propuesta de espot para la campaña de Adolf Hitler, Jerry Della Fontana no decía ni una sola mentira. Todo lo que se representaba y se verbalizaba en el espot se adecuaba a la realidad del personaje. Y es que el concepto de manipulación es complejo, en el sentido de ambiguo, resbaladizo" (Ferres, 2001, p. 1).

a la doctrina se puede evidenciar la existencia de diferentes técnicas de manipulación:

- Modificación del significado de la palabra.
- Se evitan o se utilizan en una determinada dirección palabras "peligrosas", por ejemplo drogarse, terrorismo,
- Utilización de frases hechas.
- Presentación de hechos aparentes.
- Argumentos huecos y exagerados.
- Omisión de los hechos
- Adulación.
- Añadidos degradantes.
- Opiniones diferentes según las circunstancias (Rubio *et al.*, 1996. p. 42).

**4.4.2. Difamación y calumnia**

La *difamación* es toda escritura, impresión, fijación, estampado, etc., con lo que se exponga al desprecio, ridículo, vilipendio u odio a la honradez, integridad, virtud o reputación de una persona, viva o muerta, o provoque la vergüenza o desprestigio de su familia, negocio u ocupación. La difamación se distingue de la calumnia en que esta es denigración verbal, en tanto que la primera es visual.

Hay dos clases de difamación: la civil y la criminal. *La difamación civil* es aquella en que intervienen dos partes, como, por ejemplo, Juan Pérez, contra Luis Benítez, cuando uno de ellos alega que ha sufrido un daño a causa de las actividades difamatorias del otro. La indemnización se paga al demandante. Por su parte, la difamación criminal es aquella en que interviene una unidad de gobierno o una dependencia de este y un ciudadano. Ejemplo: La República del Paraguay contra Juan Pérez. Generalmente, la acción por difamación criminal la entabla el fiscal, cuando se considera que puede producirse o se ha producido una alteración del orden público a consecuencia de la publicación de un material, que se considera difamatorio.

Hay cinco posibles defensas contra las demandas de daños y perjuicios por difamación, son: a) la verdad, b) el comentario honrado, c) el privilegio, d) la falta de malicia, e) la retractación.

Pero la mejor defensa contra la difamación es la prueba legal, que permite la pretensión que lo publicado es cierto.

### 4.4.3. Actos contra el gobierno

La libertad de palabra y de prensa no da el derecho de abogar, por ejemplo, por el derrocamiento del gobierno establecido, mediante la fuerza (cosa comprensible en la democracia en que el Gobierno ejerce la mayoría). La Constitución "no priva al Estado del Derecho primordial, de su propia conservación". En un país libre, el periodista o el director de un medio tienen el derecho absoluto y hasta el deber de criticar los actos de los legisladores y gobernantes. Pero también debe saber distinguir entre la crítica honrada y las acciones subversivas.

### 4.4.4. Desacato a los tribunales

Se define el desacato como "hablar, o escribir despectivamente del tribunal, o de los jueces que obran en su capacidad judicial". También se ha considerado que las expresiones desdeñosas que se publiquen sobre el procedimiento de los tribunales son causa de cita por contumacia.

### 4.4.5. Violación de la vida privada

La ley que protege la vida privada es una de las más difíciles de exponer en términos legales. Con frecuencia se acusa a los reporteros, fotógrafos y periodistas de violar este derecho fundamental de los ciudadanos. Entre las diversas formas de violación de vida privada figuran el escuchar subrepticiamente, la intercepción de las líneas telefónicas, los cateos ilegales, el espionaje de las personas en su intimidad, etc.

### 4.4.6. Obscenidad

La obscenidad es punible por las leyes de varios países y, a pesar de que la Constitución prohíbe la censura como tal, no constituye un privilegio de palabra o la prensa, así como la indecencia, el lenguaje blasfemo y la irreverencia. La definición de obscenidad varía con las diferentes culturas, la edad y los grupos profesionales, o con la época. A la obscenidad no solamente la reglamentan las leyes, sino quizá más eficazmente los códigos escritos y no escritos

de las iglesias, instituciones educativas, grupos cívicos y familias interesadas en la comunicación saludable.

**4.4.7. Publicidad engañosa**

Se refiere al control de los anunciantes fraudulentos e irresponsables, a fin de proteger a los consumidores y los derechos de autor.

**4.4.8. Monopolio de los medios**

Es el control exclusivo de todos los medios masivos de comunicación en manos del Estado o de una persona. Esto mismo impide a los medios de prensa ser pluralistas en sus líneas editoriales.

Todas estas formas constituyen grados de *control social y político*, dirigido a la manipulación de la opinión pública. El sistema o los sistemas interesados gobiernan el flujo informativo en todas sus fases para el control más eficaz y posible.

## 5. A modo de cierre

Una interpretación correcta de las normas internacionales, especialmente el artículo 13 de la Convención Americana, nos lleva a concluir que el derecho a la información, inclusive aquella que denominamos "errónea" "no oportuna" o "incompleta".

Por tanto, cualquier cualificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por el derecho a la libertad de expresión.

Por ejemplo, el derecho a la información veraz no protegería la información que, por oposición a veraz, denominaríamos errónea.

Por tanto, toda aquella información que pueda ser considerada errónea, no oportuna o incompleta no estaría protegida por este derecho.

Al exigir la verdad, la oportunidad o la imparcialidad en la información ser parte de la premisa de que existe una verdad única e incuestionable.

En este aspecto, es importante hacer distinción entre aquellos temas que responden a hechos concretos y de posible comprobación fáctica, de los que corresponden a juicios de valor.

En este último puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político

sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo.

Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas.

Por otro lado, asumiendo inclusive que sea posible determinar la verdad de las cosas, es indudable que precisamente el debate y el intercambio de ideas son el método indicado para la búsqueda de la misma y el fortalecimiento de sistemas democráticos basados en la pluralidad de ideas, opinión e información.

Si de antemano se impone la necesidad de informar únicamente la verdad, precisamente se niega la posibilidad de efectuar el debate necesario para conseguirla.

La posibilidad de sanciones por informar sobre un tema que, con posterioridad y gracias al debate libre, se podría determinar cómo incorrecto, conduce a la posible autocensura de los informantes para evitar sanciones, y al consecuente perjuicio de todos los ciudadanos que no podrán beneficiarse del intercambio de ideas.

La doctrina de la información veraz representa un retroceso a la libertad de expresión e información en el hemisferio ya que el libre flujo de información ser vería limitado a la calificación previa entre "veraz" o "errónea", lo que va en contraposición con la concepción amplia otorgada a este derecho dentro del Sistema Interamericano.

La CORTE IDH sostuvo al respecto que las dos dimensiones de la libertad de expresión —individual y colectiva— deben ser garantizadas simultáneamente.

El condicionamiento a la información que puede recibir la sociedad a través de los medios de comunicación impide el flujo de información oportuna, disminuyendo la capacidad de la sociedad de participación informada.

No sería ilícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa

supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor.[12]

Indudablemente, el derecho a la libertad de expresión protege también a aquella información que hemos denominado "errónea".

En todo caso, de acuerdo, con las normas internacionales y la jurisprudencia más avanzada, únicamente la información que demuestre ser producida con "real malicia" podría ser sancionada.

Pero inclusive en este caso esa sanción debe ser producto de una actuación ulterior, y en ningún caso se puede buscar condicionarla con anterioridad.

12CIDH, OC-5-85, párr. 33

Capítulo IV

# Otras formas de amparar la libertad de expresión

Una prensa libre puede ser buena o mala,
pero sin libertad, la prensa nunca será otra cosa
que mala.

ALBERT CAMUS

## 1. Introducción

Antes de hablar sobre la "protección penal de la libertad de prensa", tema que será desarrollado seguidamente, es importante referirse a algunas garantías que pueden resultar indispensables para hacer efectiva la libertad de expresión. Se trata de ciertos privilegios y herramientas necesarias para que los periodistas y los medios de comunicación puedan cumplir a cabalidad con la labor de informar y evitar la censura por presiones indeseables[1].

## 2. La doctrina del "reporte fiel"

Vale la pena referirse brevemente a la doctrina del "reportaje fiel" (*fair report privilege),* la cual consiste en divulgar expresiones

1 "I. Introducción. La libertad de expresión es una de las libertades básicas reconocida no solo en la Constitución Nacional, sino también —a nivel internacional— en los Tratados y Declaraciones sobre Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta libertad admite dos perfiles: un perfil activo, el derecho a la libre expresión, al que se han referido la constitución es tradicionales y las declaraciones y tratados internacionales, y un perfil pasivo, el derecho a recibir información, del que no se ha hablado tanto y sobre el cual me gustaría detenerme. El derecho a recibir información comprende dos aspectos: a recibir, y a no recibir información indeseada. Los derechos y garantías constitucionales siempre se analizaron en sus efectos verticales, es decir, en las relaciones Estado-ciudadano. El derecho a recibir y a no recibir información indeseada es bifrontal: rige en las relaciones verticales, pero también en las horizontales, es decir frente a otros particulares, en este caso, contra los titulares de la información. Así, por ej., decido si quiero recibir o no la información enviada por correo electrónico, y opongo este derecho a quienes me envían correspondencia no querida, envíos que a veces producen daños graves a través de virus informáticos. El derecho a recibir información implica que la información recibida sea veraz, no mentirosa ni falsa, porque, en ese caso, sería lo mismo o peor que no recibirla. El derecho a ser informado en forma veraz puede crear conflicto entre quien emite y quien recibe la información. Basándose en el hecho de que 'veracidad' no es sinónimo de 'certeza', el Tribunal Supremo de España ha dicho que para que se cumpla con este derecho basta que el medio de prensa haya hecho, antes de lanzar la información, una comprobación 'razonable' (es un término abierto que se aplicará de cara a un supuesto determinado), y que además, esa información haya sido 'rectamente' obtenida y difundida" (síntesis de las conferencias dictadas por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el marco de los Cursos Anuales de Periodismo Judicial organizados por el Centro de Capacitación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en las ciudades de Rosario, 2003, y Santa Fe, 2004. Publicado en: LLGran Cuyo, 2005, noviembre), 1133 - Sup. Realidad Judicial 11/08/2005, 11/08/2005, 3)

que se limitan a reproducir la expresión que se considera lesiva de algún tercero. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia comparada son conducentes en exonerar de cualquier tipo de responsabilidad al periodista o al medio de comunicación que se haya limitado a reproducir el dicho eventualmente difamatorio de otro y que por este hecho no debe ser sancionado, pues solo ha sido el transmisor del dicho, no su generador; es decir, se ha limitado a hacer un reporte[2].

Es importante destacar que la doctrina del *reporte fiel* no solo es aplicable a los casos de trasmisiones en vivo y directo en los medios de comunicación radioeléctricos, sino también para el caso de la prensa escrita, donde se supone que el periodista o editor disponen del tiempo suficiente para preparar el reportaje y evitar episodios improvisados. Pues bien, incluso en estos supuestos no se puede perseguir o sancionar al periodista, editor o propietario por la divulgación de informaciones, que puedan considerarse como soeces o lesivas de derechos de terceros, cuando estos se han limitado a divulgar las expresiones de otro(s), sin hacerse solidario o copartícipe del mensaje.

Un buen ejemplo de la aplicación de esta doctrina también a la prensa escrita la muestra la sentencia de la Sala 2 del 12 de diciembre de 1986, dictada por el Tribunal Constitucional Español[3], donde se revocó una decisión que había condenado al director de un periódico por haber publicado un comunicado del grupo terrorista ETA, al entenderse de que el reportero no se solidarizó con la apología al terrorismo, ya que simplemente se limitó a publicar un comunicado que no era atribuible a ningún periodista del diario en cuestión.

Lo interesante de este fallo es que reconoce la gravedad de la apología o incitación al terrorismo contenido en el comunicado. Pero a pesar de ello, y tomando en cuenta que el periodista dispuso del tiempo suficiente para evitar la noticia o editar la información, se consideró que ni el periodista ni el diario podían ser responsables por el comunicado, teniendo en cuenta que:

2 Véase, entre otros, el trabajo de Bianchi y Gullco (1997, pp 95 y ss.).

3 Si bien hay otros fallos más recientes, por haber marcado un hito en la historia de aquel país, lo reproduzco, por la innovación y por el valor histórico de dicho fallo.

> [No iba] acompañada de juicios de valor, que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos; que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone, como antes señalábamos, el Derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos.

Así, el fallo concluye señalando:

> E Derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, el último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revistar significado penal[4].

En el mismo sentido, en el fallo de la Sala 1 de 30 de diciembre de 1991, el mismo Tribunal Constitucional Español se excluye la posibilidad de vincular a un periódico en un proceso civil de difamación por considerar, en primer lugar, que el periodista se limitó a reportar fielmente la opinión de un concejal (quien había agredido verbalmente a otro, durante una sesión); y además por considerar que el juicio de valor emitido por el concejal con respecto a otro funcionario público no podía ser objeto de comprobación fáctica y, por tanto, no se le podía exigir al diario diligencia alguna.

Consideramos que es importante insistir en el precedente jurisprudencial español al que hicimos referencia anteriormente, donde no se trataba de una simple expresión soez, dentro de un clima político que ha venido reflejando un lenguaje bastante indecente, sino un reportaje (donde sí se pudo ejercer un control editorial previo) que involucraba nada más y nada menos que la invitación a actividades terroristas, las cuales han causado severas pérdidas humanas y materiales en ese país.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español supo entender las graves consecuencias que se generarían en el sistema democrá-

4 El texto íntegro de la sentencia puede verse en Llamas Pombo (1997, pp. 35 y ss.).

tico de gobierno, si se le llegase a exigir a los reporteros o diarios impresos que editen las versiones de las informaciones recibidas antes de ser divulgadas. Sin lugar a dudas, una respuesta contraria conllevaría una autocensura de los medios de comunicación en los asuntos públicos que de alguna u otra forma contenga información sensible.

En suma, la doctrina del *reportaje fiel*, que ha sido considerada imprescindible en los países donde se protege la libertad de prensa, exime de todo tipo de responsabilidad a los periodistas o medios de comunicación que se limitan a difundir las expresiones, que pudiesen ser lesivas frente a terceras personas, cuando no se ha hecho solidarias de las mismas, ni las han podido prever o evitar.

### 3. El secreto de la fuente[5]

Otra de las garantías que acompaña a la libertad de expresión es el llamado *secreto de la fuente*[6]. Ya desde el Primer Congreso Mun-

5 ".I. Este año, se cumplen cuarenta años que la Corte Federal de Estados Unidos dictó el fallo 'New York Times Company vs. Sullivan, L. B.', precedente que desde entonces ha tenido una notable repercusión, e influencia, tanto en Latinoamérica como en Europa. Entre nosotros, la primera mención concreta que se hace el famoso standard fue en el caso 'Moreno, Alejandro' (Fallos: 269:200) que se dictó en 1967. Muchos años más tarde, en diciembre de 1984, en 'Ponzetti de Balbín' (Fallos: 306:1892 -LA LEY, 986-C, 411-) el actual presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Enrique S. Petracchi lo califica de 'celebre caso' y luego en 'Costa' (Fallos: 310:500) se lo analiza más a fondo. En el precedente 'Vago' (Fallos: 314:1517 -LA LEY, 1992-B, 367-) al que tanto se lo cita, se dio una situación singular, ya que en este caso, votaron seis ministros del Alto Tribunal, pero lo hicieron en tres votos suscritos por dos ministros cada uno —todos coincidentes en el rechazo del Recurso de Hecho articulado— pero en solo uno de esos votos, el suscrito por los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo Barra, se hace mención concreta del precedente 'Sullivan' y de la doctrina de la 'real malicia'. En los otros dos votos, en cambio, firmados por los restantes cuatro integrantes de la Corte Suprema no se hace la menor mención a dicho standard. Por lo tanto, la doctrina de la 'real malicia', está en absoluta minoría. Sin embargo, en medios periodísticos y académicos, se consideró que se habían receptado los grandes lineamientos del famoso fallo y desde entonces muchos -incluyendo miembros de nuestro Alto Tribunal- consideran a este caso el punto de partida de la recepción plena de la doctrina de la 'real malicia'" (Título: Libertad de prensa. Una solución justa con un debate estimulante. Autor: Ancarola, Gerardo. Publicado en: LLC2004 [mayo], 355 - Sup. Const 2004 [julio], 1 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 01/01/2007, 657)

6 "III. Secreto periodístico. El secreto de la información está contemplado en casi todos los países democráticos. Se entiende que es un derecho muy importante vinculado a la libre expresión. La Corte Europea de los Derechos Humanos dijo, en el famosísimo caso 'Goodwin c. Reino Unido' (27/3/96), que el secreto de la fuente de información está garantido por la Convención Europea de los Derechos Humanos. Se trataba de un periodista que tenía información respecto de una empresa. Si esa información se publicaba, se corría el riesgo que esa empresa cerrara perdiéndose cientos de puestos de trabajo. La empresa

dial de Periodistas, en 1952, se consideró que obligar a que se revele la fuente de la información constituye una de las restricciones ilegítimas de este Derecho fundamental. A tal punto, hoy día es considerado antiético y hasta delito el hecho de que un periodista revele su fuente, luego de haber prometido confidencialidad. En ese sentido la Carta Magna paraguaya reza en su artículo 29, relativo a la libertad de ejercicio del periodismo:

> El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada en el 2000, reiteró la importancia del secreto de la fuente periodística y de la confidencialidad de los apuntes y archivos personales o profesionales, como parte integrante del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana[7].

No cabe la menor duda de que el secreto de la fuente constituye un privilegio, al menos si se compara con muchas otras profesiones donde no existe esa obligación de guardar secretos, incluso frente a requerimientos judiciales. Pero obviamente se trata de un privilegio, que como muchos otros, atiende a un fin legítimo y hasta in-

---

pidió judicialmente que la información no se publicase y que el periodista revelase la fuente de la información. El tribunal inglés hizo lugar a la petición e impuso una multa al periodista, por negarse a revelar su fuente. El periodista llevó la cuestión ante la Corte Europea de Derechos Humanos; la decisión fue que el juez inglés puede ordenar al medio de prensa no difundir la noticia, en razón de que estaban comprometidos un número importante de puestos de trabajo, pero no está facultado para imponer una multa por no revelar la fuente de información" (síntesis de las conferencias dictadas por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, en el marco de los Cursos Anuales de Periodismo Judicial organizados por el Centro de Capacitación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en las ciudades de Rosario (2003) y Santa Fe (2004). Publicado en: LLGran Cuyo2005 (noviembre), 1133 - Sup. Realidad Judicial 11/08/2005, 11/08/2005, 3).

7 Textualmente dice el principio 8: "Todo comunicador social tiene derecho a la reserve de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales".

dispensable del Estado, obviamente siempre y cuando no se utilice con fines perversos o ajenos a su verdadera intención[8].

En efecto, existe un interés estatal en que se divulguen ideas o informaciones, que por determinadas razones su emisor requiere mantenerse en reserva. El Estado prefiere que la información entre en el mercado de las ideas, antes de que su exponente se vea constreñido al silencio, debido a amenazas de diversas naturalezas[9].

Para que se garantice esa libertad puede resultar indispensable respetarle al emisor la confidencialidad debida, siempre y cuando este la haya solicitado. Por ello, la divulgación de la fuente que ha pedido reserva debe considerarse como una de las actitudes más antiéticas del periodista. Precisamente por ello, se trata como delito, al menos en Paraguay.

El secreto de la fuente puede ser, además, una herramienta indispensable para el periodismo de investigación, pues permite obtener informaciones que de otra forma sería muy difícil de conseguir. Según afirman los propios Berntein y Woodward, los periodistas que dirigieron la famosa investigación del caso *Watergate*, ello hubiese sido una tarea imposible sin contar con la posibilidad de salvaguardar el temor de muchos confidentes allegados a la casa blanca.

Lamentablemente, no en todos los ordenamientos jurídicos se acepta este privilegio en forma absoluta. De hecho, en los Estados Unidos, la jurisprudencia ha considerado que el secreto de la fuente no se deriva del derecho a la libertad de expresión, consagrada

8 Igual podía decirse de la llamada *inmunidad parlamentaria*, toda vez que se trate de un privilegio de los diputados que busca incentivar la libre expresión de las ideas, para con ello evitar que existan limitaciones al ejercicio de la importante labor parlamentaria.

9 Una forma del derecho moral es el anonimato, referente a la fuente de la información. Se trata del secreto profesional que el periodista no solo debe respetar, sino también defender aun con el riesgo de sufrir las consecuencias que le pueden causar hasta la perdida de la libertad física. Hay que defender el principio del secreto de la fuente de información cuando se trata de posiciones serias, debidamente comprobadas por el comunicador, y cuando su divulgación sea positiva para la sociedad. Como dicen los periodistas chilenos en su código de ética: "El periodista mantendrá secreto respecto de sus fuentes de información. Demostrará ser digno de la confianza en él depositada cuando se le ha solicitado discreción. Si recibe información confidencial podrá divulgarla solamente si es de interés general". Solamente los tribunales, de conformidad con la ley, pueden obligar a revelar la fuente de información. Para ello se discute sobre si el secreto profesional es un deber moral de periodista o como tal deber incluye también un derecho.

en la Primera Enmienda de la Constitución de ese país. Por ello, para que proceda su invocación se requiere que existan leyes estatales que lo establezcan[10].

En efecto, en Estados Unidos tuvo mucho impacto el caso de la escritora Vanesa Legget, quien pasó 168 días en prisión por negarse a revelar la fuente que le había suministrado información relacionada con un asesinato ocurrido en el Estado de Houston. En ese caso, el Departamento de Justicia alegaba que el privilegio del secreto de la fuente no podía extendérsele a los escritores, sino únicamente a los periodistas.

El alcance de este privilegio ha sido objeto de polémicas, pues hay quienes entienden, como es el caso de Badeni, que el secreto de la fuente debe también extenderse hasta quienes no ejercen la profesión del periodismo. En criterio de este autor argentino, las únicas excepciones que pueden hacer ceder este privilegio se refieren a los casos en que la información se haya obtenido en forma ilegal; o cuando es aportada al periodista, pero no en su condición de tal, es decir, como a cualquier otro ciudadano común (Badeni y Escribano, 1991, p. 250).

Ahora bien, en Paraguay revelar la fuente puede ser considerado delito, salvo que exista justo motivo, pero la jurisprudencia penal y constitucional no ha desarrollado qué puede considerarse como *justo motivo*. Por lo anterior, no podría haber ninguna razón, salvo las expuestas por Badeni, que justifique el tener que revelar la identidad de un sujeto que transmitió una información, bajo condición de confidencialidad.

Permitir que un juez imponga la obligación que un periodista revele su fuente bajo pena de cárcel o dejar impune a un periodista que la revela constituye una flagrante violación al derecho a la libertad de expresión, al igual que compromete seriamente la función periodística y todas las bondades de la libertad de prensa.

10 Hoy en día, 31 Estados de los Estados Unidos (y el distrito de Columbia) disponen de leyes que establecen este privilegio; además de que el Departamento de Justicia Federal ha establecido toda una serie de restricciones frente a los fiscales y funcionarios públicos que pretendan citar a periodistas para revelar sus fuentes. Sin embargo, todavía siguen existiendo casos donde se desconoce este derecho.

Ahora bien, se quiere resaltar que el abuso del secreto de la fuente puede repercutir en la propia credibilidad del medio de comunicación. Por eso, los mejores diarios y canales de noticias disponen de políticas internas bien restrictivas a la hora de cubrir noticias, amparadas en fuentes confidenciales. Así, en un estudio adelantado por Haiman (2000, pp. 123 y ss.), se identifican algunas de las condiciones exigidas por los consejos editoriales de los principales y más reconocidos medios de comunicación. Entre las principales directrices podemos mencionar:

a) No se suele aceptar una fuente secreta o confidencial si el editor principal no está convencido de la veracidad de la información;
b) El periodista debe hacer todo lo posible por tratar que la fuente se identifique y atestigüé gravando la entrevista.
c) No es común aceptar noticias basadas en fuentes confidenciales, si su importancia no es de cierta magnitud.
d) Se suele requerir que la información suministrada por una fuente confidencial sea confirmada por otra fuente.

Un caso peculiar es claro ejemplo para la materia en cuestión: en los Estados Unidos, dos periodistas, Mattew Cooper de la revista *Time* y Judith Miller[11] del periódico *New York Times* volvieron a tratar el asunto, dando el nombre de esta agente secreta. A raíz de ello, el Departamento de Justicia ordenó una investigación, a los fines de determinar si la revelación del nombre de esa agente constituía un crimen federal, toda vez que implicaba develar una operación destinada a descubrir el financiamiento de grupos terroristas.

Lo que interesa resaltar es que un juez federal les exigió a los periodistas Cooper y Miller que revelaran sus fuentes de donde habían obtenido la información de la agente secreta. Miller se negó hacerlo y fue encarcelada por 86 días, por no atestiguar, hasta que su propia fuente la autorizó a revelar su identidad. Este triste episodio volvió a despertar las críticas a la ausencia de una Ley Federal, que establezca el secreto de la fuente como una herramienta indispensable para poder obtener noticias o informaciones importantes para el libre debate de las ideas. Pero al mismo tiempo sirvió

11 Datos obtenidos por internet. Segun informaciones recolectadas, la periodista Judith Miller a partir de noviembre del 2005 dejó de formar parte del *New York Times*.

para demostrar que hay profesionales del periodismo que están dispuestos a sacrificar su libertad por defender su ética y su compromiso de confidencialidad.[12]

**4. Anonimato**

En el contexto paraguayo no existe suficiente información respecto de este tema, ni siquiera en la constitución o en la literatura jurídica. En otros países, se trata de un delito que requiere de varios elementos para su configuración, a saber, *la difusión de informaciones falsas y la generación de un sentimiento de pánico colectivo.* Y la figura del anonimato entra como un agravante, pero solo si el emisor es un funcionario público que esconde su identidad. Fuera de este supuesto, bastante excepcional, no existe en la legislación comparada ningún delito concreto referido al anonimato.

Ahora bien, analizando este tema, el anonimato no siempre es perjudicial y, por ende, no debería estar proscrito en todos los supuestos, pues la garantía de la libertad de expresión incluye también el privilegio de difundir ideas u opiniones en privado, sin que ello pueda dar lugar a sanciones penales o administrativas. Evidentemente, hay áreas donde el anonimato puede resultar objetable, como, por ejemplo, cuando se utiliza para divulgar informaciones falsas o privadas, con la intención de destruir el honor o vida privada de un particular. En estos casos, la legislación podría encargarse de prohibirlo y sancionarlo.

Pero también es incuestionable que para el *discurso político* y, más aún, para las *opiniones en general,* el anonimato siempre ha desempeñado un papel imprescindible. Sin el anonimato, nunca los grupos políticos perseguidos hubieran podido expresar sus ideas o criticar prácticas opresivas en su contra. Así, en Estados Unidos

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

nunca se hubieran podido combatir con eficiencia las discriminaciones raciales, pues luchar contra la segregación era considerado delito; además, de las constantes amenazas de muerte a que eran sujetos los líderes de derechos humanos que combatieron distinción.

Es indudable que en el discurso político, el anonimato ha desempeñado un rol fundamental en ciertos países, con pocos niveles de tolerancia. Para seguir con los ejemplos, en Colombia solo han sido posibles las denuncias contra la guerrilla, el narcotráfico y los grupos paramilitares, a través de panfletos, papeles y brochures anónimos.

Esto evidencia que es preferible que una opinión pública ingrese al mercado de las ideas a que se quede en el tintero del proponente, sencillamente por miedo a represión, persecución o por pánico a retaliaciones personales, económicas o fiscales. Esta ha sido la posición jurisprudencial asumida por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, la cual ha permitido el anonimato en el discurso político.

Por eso, en la historia, grandes autores se han valido del anonimato para expresar sus opiniones, sin el temor a sufrir represalias de diversa índole. Tal es el caso de Voltaire, Dickens y Shakespeare. Igualmente, grandes obras publicadas por autores anónimos, como es el caso de *El poema del Mio Cid, Las mil y una noches*, entre otras. A veces, con tristes experiencias se suelen valorar las bondades del anonimato. Ese fue el caso del autor Salman Rushdie, quien al escribir el famoso libro *Los versos satánico*s tuvo que afrontar una persecución oficial ordenada por el Ayatola Khomeini, destinada a obtener su muerte, ofreciéndose una recompensa de 3 millones de dólares[13].

Además, independientemente del peligro de persecución, un expositor puede considerar que sus ideas serían más persuasivas si el lector desconoce su identidad, toda vez que muchas veces —sobre todo donde existe una marcada polarización— las opiniones del adversario suelen ser destacadas solo por venir de quienes vie-

13 Esta persecución duró más de una década, hasta que fue finalmente revocada por el gobierno iraní.

nen. El anonimato le permitiría a un ciudadano asegurar que sus lectores no lean su mensaje con prejuicios por la impopularidad del proponente, sino por la calidad o profundidad de los argumentos.

Por otra parte, resulta contradictorio que en un ordenamiento jurídico se proteja férreamente el secreto de la fuente y al mismo tiempo se prohíba el anonimato en todos los casos; puesto que toda vez que bastaría con que alguien que desee expresar una idea o trasmitir una información relevante sin identificarse, lo haga a través de un periodista, que le prometa confidencialidad. Sencillamente, las opiniones no requieren identificación y no todas las informaciones deben estar atribuidas a personas concretas.

En suma, se considera que el anonimato no debe ser censurado en su totalidad, sino solo en los casos de informaciones privadas o hirientes y donde se sospeche de su veracidad; pero no frente a opiniones de cualquier naturaleza, pues en el mundo de las opiniones es irrelevante el emisor, y más aún en los regímenes autoritarios o de poca tolerancia, donde el temor es la principal herramienta para la supresión de las ideas.

No obstante, es necesario estudiar también los casos donde la censura previa surge para proteger garantías procesales de un procesado; el caso del material obsceno y del relacionado con la protección contra el terrorismo.

En primer lugar, con relación *al caso particular de la censura previa, para proteger las garantías procesales de un procesado,* hay supuestos donde se ha pretendido justificar la instauración de censura previa; por ejemplo, al prohibírsele a los medios de comunicación reseñar noticias o informaciones relacionadas con procesos judiciales, donde existen jurados o escabinos. El fundamento de la prohibición se basa en el hecho de que la excesiva divulgación de los acontecimientos que rodean un proceso judicial (y sus respectivos análisis por la prensa) pudieran ocasionar la opinión del jurado, y con ello se le podría vulnerar el derecho al debido proceso de o los acusados.

Este fue un tema bastante polémico con el juicio del famoso jugador de fútbol americano, O.J. Simpson, y luego con el proceso judicial del basquebolista Kobe Bryant. Sin embargo, en la decisión dictada en el caso *Nebraskca Press Associatión vs. Stuart.*, la Suprema

Corte de los Estados Unidos estableció unos criterios bastante rigurosos para justificar la censura previa en este tipo de casos. Tanto así que luego de esa sentencia, la Suprema Corte de ese país nunca ha convalidado la imposición de censura previa para proteger la realización de un juicio justo.

Este caso giraba en torno a la medida cautelar impuesta por un tribunal de instancia del Estado de Nebraska, que le prohibía a los medios de comunicación locales la cobertura o divulgación de cualquier información relacionada con un proceso penal iniciado contra un individuo, a quien se le acusaba de haber asesinado a seis personas en una pequeña localidad de ese Estado. En particular, se prohibía la divulgación de cualquier noticia que pudiera implicar al acusado.

Pues bien, la Suprema Corte revocó la medida cautelar que había establecido la censura previa; destacó que para justificar este tipo de restricciones, en cualquier caso, era necesario que: a) se demostrase que de no imponerse limitaciones a los medios, se produciría un gigantesco despliegue de información referente al juicio, lo que en ese caso concreto se consideró como cumplido; b) que no existiesen otras alternativas distintas a la censura previa, para garantizarle al imputado un juicio justo. Aquí, en el caso en referencia, la Corte entendió que para proteger los Derechos del acusado, existían múltiples opciones distintas a la radical de la censura, como es la posibilidad de cambiar la sede del juicio, postergar las audiencias respectivas, verificar que los jurados no estuviesen premeditados o afectados por la publicidad, darles instrucciones precisas y concretas a los jurados, etc.; y, por último, c) para justificar la censura previa en este tipo de supuestos, quien la solicita debe demostrar que, instaurándola, se va a evitar efectivamente que se contamine al jurado de información referente al caso.

A pesar de que la sentencia no dice que la censura previa estaría prohibida en cualquier tipo de casos de esta naturaleza (como en efecto sí lo resaltaron tres votos concurrentes de ese fallo), en la práctica se llegó a ese resultado, pues como se ve, los requisitos para poder justificar una medida cautelar que le prohíba a los medios dar cobertura sobre un determinado asunto judicial son sumamente difíciles de cumplir o justificar. Tanto así que en un caso

más polémico (Oklahoma Publishing Co vs. District Cour), que se refería a una medida dictada por un tribunal de instancia, se le prohibía a los medios de comunicación divulgar la foto o el nombre de un niño de once años acusado de asesinato. La Suprema Corte de los Estados Unidos revocó dicha medida cautelar por considerar que no se llenaban los extremos exigidos en el caso *Nebraska.*

Más bien podríamos decir que hoy en día existe el convencimiento de la amplia cobertura que le pueden dar los medios a un determinado proceso judicial, y ello no tiene por qué condicionar la opinión de un jurado. Así lo muestran los casos de Rodney King y O.J. Simpson, donde a pesar de la enorme cobertura de los medios, implicaba a los acusados y se produjeron decisiones ambulatorias para los respectivos imputados. De esta forma, ante la falta de evidencia suficiente de que los medios, parcializados o no, pueden influir en un jurado correctamente seleccionado y claramente instruido, permiten descartar la utilización de las medidas cautelares (censura previa) para evitar la cobertura o divulgación de información vinculada a procesos judiciales.

Lo que en efecto sí ocurre es el control en el acceso de los medios de comunicación en el interior de los tribunales, pues se ha entendido que los jueces tienen la facultad de regular la privacidad o no de las audiencias, a los fines de impedir que el juicio se vea interrumpido o alterado por interferencia de los medios. Pero ello no impide que la prensa pueda reportar cabalmente los acontecimientos en los estrados, desde fuera de la sede del Tribunal[14].

**5. ¿Se justifica limitar la libertad de expresión?**

Fue Norberto Bobbio quien sugería que, en nuestro tiempo (caracterizado por el propio Bobbio como el "tiempo de los derechos") no hacía falta preguntarse por el fundamento de los derechos, sino que el esfuerzo teórico y político debía dirigirse hacia su efectiva aplicación. "

14Sobre este caso en particular se encuentran varios sitios en internet que hablan del tema.

> "El problema de fondo relativa a los derechos — afirmaba Bobbio— es hoy no tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político".[15]

La afirmación es cierta, pero no creemos que en América Latina podamos darnos el lujo de dejar de ofrecer buenos argumentos a favor de ciertos derechos.

Argumentos que puedan justificarlos en nuestras sociedades profundamente conservadoras, profundamente afectas al autoritarismo que ha gobernado la región durante siglos.

Justificar los derechos tiene pleno sentido en América Latina, sin que ello vaya en desmérito de la permanente exigencia sobre su efectiva aplicación. No son cuestiones que deban estar reñidas siempre y en todo momento.

Para responder a la pregunta: ¿se justifica limitar la libertad de expresión?, en las páginas siguientes se exponen tres distintos argumentos que sirven para explicar, con mayor o menor provecho, el porqué la libertad de expresión es importante para cualquier democracia constitucional, y si la debemos limitar o no.

### 5.1. Primer argumento: Justificaciones de la libertad de expresión.

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

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia.

Hablaremos seguidamente de cada uno de ellas.

---

15 Bobbio, Norberto. Ideas Fundamentales. Editorial Civitas. Argentina. 1999

El primer argumento, está enunciado en el acápite, y dice es el argumento sobre el descubrimiento de la verdad.

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas.

Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humanos.

Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posible, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad.

¿Cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio?

¿Cómo podremos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes?

Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que éstas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando.

En el Paraguay, conforme surge del texto claro y expreso del artículo 172 del Código Procesal Penal, tanto los Magistrados Judiciales y el Ministerio Público **deben buscar la verdad real de los hechos.**

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justiciar por sí solo el derecho de la libertad de expresión.

En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera pero que no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas.

Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Países de Latinoamérica.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre no necesariamente permite llegar a la verdad.

Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poniendo a un lado sus argumentos y actuando de buena fe respecto de las posturas contrarias.

Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión es interesante ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permitan defender e incluso fomenten el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios.

De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

### 5.2. El argumento de la autorrealización

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral.

Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia.

La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos.

En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz.

La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

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

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar también las llamadas personas morales o personas jurídicas—colectivas—por ejemplo, los partidos políticos—tuvieran derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo).

Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la "autorrealización", que más bien un privilegio de las personas individuales.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la autorrealización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas.

La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas.

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

### 5.3. El argumento de la participación democrática

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes del país del que se trate (Colombia—Paraguay, etc.)

Para que esa participación no sea meramente testimonial sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que existe libertad de expresión, como requisito previo para la generación de un debate público que sea "abierto, desinhibido y robusto", para retomar los conceptos escritos por el Juez Willian Brennan en la sentencia New York Times versus Sulliman.

Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático.

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

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

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los modernos estados constitucionales.

Hemos hablado de conceptos como los de la "verdad", "autorrealización" y "democracia".

Hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida, etcétera.

De esta manera estamos listos para responder a la pregunta del acápite.

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto del mismo que protege esa libertad.

Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales.

Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial obsequiosa, en vista de la "posición preferente" que tienen respecto a otros derechos fundamentales.

Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?.

Contestar esta pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión.

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto acápite es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se proyectan como "conductas materiales" exteriores y verificables.

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

Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de trasmisión de las mismas.

Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo.

Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas.

A modo de conclusión, nos parece que si existen limitaciones a la libertad de expresión las mismas deberían ser siempre mínimas, conforme lo expresáramos ya en capítulos anteriores, y esto porque en las sociedades complejas como son las actuales, la comunicación es sin lugar a dudas, una dimensión central, sirviendo de platafor-

ma para el desarrollo de las relaciones sociales en distintos campos como son la cultura, la política y la economía, entre otros.

La información, la comunicación y el conocimiento se han convertido en bienes esenciales para el desarrollo de las sociedades cada vez más influidas por el factor tecnológico.

Así, en el contexto del fenómeno denominado como **sociedad de la información y el conocimiento.**

### 5.1 El caso particular del material obsceno y del relacionado con la protección contra el terrorismo

Donde, en efecto, se ha justificado la prohibición de divulgar un determinado mensaje o imagen en los Estados Unidos es en el caso de los materiales *obscenos*, los cuales, tradicionalmente, se han considerado como fuera del ámbito de protección de la Primera Enmienda. Por lo general, en este tipo de casos, la discusión se centra en determinar cuándo un material es *obsceno* o sencillamente *indecente*, pues para estos últimos se da un mayor margen de tolerancia, permitiendo su divulgación en determinados horarios restringidos.

Asimismo, vale la pena hacer referencia a la posible justificación en los actuales momentos de una prohibición de divulgación de alguna información relacionada con la ubicación de determinados terroristas, o de alguna estrategia particular del Estado para perseguir alguna organización terrorista, sobre todo si se toma en consideración la sensibilidad de los Estados Unidos ante el ataque terrorista del 11 de setiembre del 2001. Es evidente que en épocas de conflictos bélicos y tensión social, los márgenes de tolerancia se reducen, y es en estos periodos cuando suelen aparecer esos casos excepcionales y lamentables, que luego pasan a ser criticados por generaciones posteriores.

### 5.2 Censura previa judicial

Ahora bien, hoy en día la censura previa ha encontrado su principal aliado en los Tribunales, los cuales suelen justificarla con el argumento de la necesidad de proteger derechos fundamentales de terceras personas, o bien, expresando evitar la alteración del orden público u otros fines o compromisos estatales. Sin embargo, olvidan que la prohibición constitucional no va únicamente dirigida a los órganos de la Administración Pública, sino también al resto de los

órganos del Estado, lo que incluye, lógicamente, a los jueces. Mas son los jueces los que tradicionalmente han venido restringiendo en forma ilegítima la libertad de expresión mediante órdenes de censura previa.

En ese sentido, es importante insistir que en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la censura previa está prohibida también cuando se impone por vía judicial, bien sea a través de decisiones definitivas o cautelares. En efecto, en la Opinión Consultiva OC-5/85, antes citada, la Corte señaló lo siguiente:

> En esta materia, toda la medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.
>
> 39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad puede establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos.

En el sentido, en el caso *La última tentación de cristo* se volvió a plantear el tema de la censura impuesta por decisiones judiciales. El caso giró en torno al sistema de censura previa existente en Chile, bajo el régimen de Pinochet, el cual legitimaba la posibilidad de que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibiera la exhibición de películas de cine[16]. Ello originó una controversia judicial con la película mencionada, la cual culminó con una decisión de la

16 La Corte Constitucional en su precedente sobre esta materia ha manifestado: "Las limitaciones deben ser posteriores, y no pueden constituir censura". Por mandato expreso del artículo 13-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores". La única excepción parcial a esta regla, establecida en el numeral 4 del mismo artículo, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones "con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia". De esta forma, en Colombia son inadmisibles todas las formas de limitación previa a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales que regulen el acceso de menores de edad a espectáculos públicos; excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos. Como se verá en el capítulo siguiente, la censura previa se diferencia de las prohibiciones legales previas con establecimiento de responsabilidades posteriores (Corte Constitucional, Sentencia T 391 del 2007).

Corte Suprema de Justicia de Chile que impuso la prohibición de su exhibición.

Pues bien, el caso fue conocido primero por la Comisión Interamericana, la cual decidió llevar el caso a instancia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que originó la sentencia del 5 de febrero de 2001, donde se estipuló lo siguiente:

> 72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado, puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución, establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En otros países se tiene experiencias de casos de censura judicial aplicada por la vía judicial, a través de acciones de amparo constitucional y otras pretensiones constitucionales, que han estado dirigidas a impedir la difusión de una opinión o noticia. Es el caso de Venezuela, Bolivia, Nicaragua, etc.

### 5.3 Democracia y derechos a la comunicación, diferentes perspectivas

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

Con la seguridad de que definir la democracia resulta una tarea sumamente compleja, lo que se procurará formular en esta primera parte, es una síntesis de las que consideramos sus principales perspectivas interpretativas contemporáneas.

Destacaremos en la exposición aquellos elementos que permitan una valoración de los derechos a la comunicación; y más adelante

nos valdremos de los presupuestos presentados para restablecer el rol que cada uno de estas perspectivas acerca de la democracia asigna a estos derechos.

En América Latina, con todas sus dificultades, la forma democrática también se va afianzando en las décadas recientes.

Al mismo tiempo que esto sucede se advierte una intensa disputa acerca de la orientación y las formas que una democracia debe y puede adoptar, así como respecto de las tareas que debe afrontar.

Tal disputa tiene que ver con dos dimensiones de la democracia. Por un lado, con la dinámica existen entra la institucionalidad con la que se implementa la democracia y la puesta en práctica de esta; y por otro lado, con los cometidos, o más precisamente con lo que Máiz refiere como los "beneficios materiales y simbólicos"[17] que se espera que la democracia produzca.

La llamada Democracia Participativa, fue inspirada en la tradición filosófica del republicanismo, la concepción participativa de la democracia pone énfasis en la base social, o si se quiere, toma como presupuesto básico una comunidad política que participa continua y responsablemente, para ser parte de las decisiones que la afectan.

También hay otras formas de ver la democracia, tales son la:

1. La democracia radical.
2. La democracia deliberativa.

Seguidamente analizaremos las implicancias de las valoraciones democráticas de los derechos a comunicar.

Se ha revisado, a grandes rasgos y de manera muy sintética, los postulados de distintos modelos de democracia en América Latina, y podremos llegar a la siguiente conclusión:

Los procesos constitucionales en que América Latina se han dado en las últimas dos décadas marcan en ese sentido, no sólo la diferencia en cuanto a una forma más contundente y sistemática de incorporación del cuerpo de derechos a comunicar, sino que son a la vez en sí mismos una expresión de una fuerte demanda por ampliar el modelo de democracia representativa.

17Máiz, Ramon. Democracia participativa. Repensar la democracia como radicalización de la política. Metapolítica. Vol. 5, número 18, 2001, pág. 72-95

Es interesante que los textos constitucionales de la región no contengan una directa referencia al derecho a la información y resulta especialmente digno de mención que las únicas notas hechas por el constituyente acerca del tema de la información lo sean en la Constitución Paraguaya del año 1992.

### 5.4 Responsabilidades ulteriores ante los excesos de la libertad de expresión

El hecho de que esté constitucionalmente prohibida la posibilidad de censurar previamente la emisión de mensajes no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, cuyos excesos no podrían ser combatidos. Por el contrario, al igual que el resto de los derechos fundamentales, la libertad de expresión puede ser legítimamente limitada, siempre y cuando las restricciones sean proporcionales y adecuadas[18].

Así, el ejercicio abusivo de los derechos fundamentales puede resultar tan nocivo como la ausencia de garantías efectivas para protegerlos. Sobre todo, porque constantemente se interrelacionan entre sí, además de que pueden entrar en conflicto con fines u objetivos del Estado. De allí que normalmente el legislador o, en su caso, los órganos judiciales establezcan restricciones a los derechos fundamentales, para permitir el desarrollo de otros Derechos o cometidos estatales.

Una buena parte de los juristas constitucionales dedican gran parte de sus obras precisamente a revisar los conflictos que se presentan entre derechos fundamentales; ello implica el análisis de la legitimidad de las restricciones impuestas a estos derechos, para que de esta forma justificar únicamente aquellas que sean adecuadas para lograr fines públicos y aquellas que sean debidamente proporcionales con ese objetivo buscado. Así, el conflicto más usual suele presentarse entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos relacionados con el honor, la reputación y la intimidad, para lo cual la jurisprudencia tanto nacional e internacional ha

18 En los libros consultados encontramos que algunos autores han pretendido ver algunas diferencias entre los términos *limitaciones* y restricciones de derechos fundamentales. Nosotros utilizaremos ambos términos como sinónimos, huyéndole a problemas terminológicos que nos resultan intrascendentes.

vendido dando distintos lineamientos de cómo deben resolverse este tipo de controversias[19].

19"No quiero ahondar en detalles de aquel atroz crimen que acabo con su vida, siendo el autor material Milciades Maylin, condenado a 25 años de pena privativa de libertad, sin embargo los autores mediatos o intelectuales jamás fueron ni siquiera procesados, ya que estaban ligados al poder político y económico dominante, que lideraban la mafia del tráfico de maderas y la marihuana en la comunidad de Capiibary, Departamento de San Pedro, distante unos 250 Kilómetros al noreste de la capital del país. Sin embargo, quiero rescatar para las futuras generaciones lo que fue y seguirá siendo salvador medina velazquez, un verdadero mártir del periodismo paraguayo, que hasta este momento no es valorado ni recordado como tiene que ser por los medios masivos de comunicación, […] Salvador Medina tiene que ser recordado no muerto […] el mayor homenaje que podemos hacerle es seguir sus pasos, tomar la posta que él nos dejó; ya que él fue consciente de la realidad que nos rodea. […] Él, sin duda, se ungió de estos valores supremos, él era un mensajero que por medio de su programa radial buscaba despertar la conciencia de la gente, quitarle de la ignorancia en que vive, su estilo de hacer periodismo era una verdadera osadía en un país acostumbrado a una prensa y periodismo mercantilista, oportunista, manipulador de las informaciones, legitimador de las grandes desigualdades sociales aún vigentes en el país,- que criminaliza a las víctimas y que defiende como perseguidos a los grandes delincuentes- que históricamente se benefició económicamente de las mafias - que incluso actualmente está promocionando la posibilidad de candidatarse a Presidente de la República del Paraguay, a Horacio Cartes, un conocido dirigente deportivo, multimillonario, y que según algunos intelectuales paraguayos baso la acumulación de su fortuna en actividades ilícitas ligadas al crimen organizado. Pero el mayor aporte que Salvador Medina nos legó, y nos enseña con su vida según mi opinión y que es la causa de su martirio en este atormentado planeta, es que no se puede cambiar nada en la sociedad, ya sea en la familia, en los partidos políticos, en las religiones, en las diversas organizaciones civiles, dentro de uno mismo sino entregamos todo lo que tenemos por AMOR al prójimo, incluso la VIDA misma" (fuente, ABC DIGITAL, de fecha 6 de enero del 2011).

Capítulo V

# La protección penal de la libertad de prensa

En un estado verdaderamente libre,
el pensamiento y la palabra deben ser libres.
SUETONIO

## 1. Nociones previas

Las discusiones desatadas en las últimas décadas en torno a la libertad de expresión dan una ida de la importancia señera de este derecho convencional y constitucional en la presente Edad Informativa.

Las tensiones y los campos de batalla se han movido desde el antiguo baluarte de los derechos subjetivos hacia el frente de los derechos sociales, exigiendo una interpretación de ese derecho ahora como un derecho con vocación social, como sustrato de la vivienda democrática y como reflejo de las posibilidades benéficas de alcanzar la transparencia de los asuntos públicos mediante el proceso de facilitar información veraz, completa y amplia a los ciudadanos, todo ello en una sociedad cada vez más marcada por el signo tecnológico.

El derecho a la libertad de expresión ha pasado por diversas etapas, pero sin duda nos encontramos viviendo una marcada tendencia a visualizar este derecho como requisito para la participación ciudadana y, por ende, en la búsqueda de una vivienda verdadera de la democracia.

Estamos discutiendo acerca de un derecho constitucional que manifiesta de una manera singular las relaciones de tensión en la sociedad actual.

Estas relaciones de tensión no sólo se producen entre los medios de comunicación y los particulares, sino también frente al Estado, en la medida que dicho derecho constitucional y los particulares, sino también frente al Estado, en la medida que dicho derecho constitucional implica la posibilidad de una colectividad mejor informada y, por ende, más preocupada de los diversos aconteceres sociales, pidiendo y ejerciendo otros derechos constitucionales, lo que se traduce en una preocupación por una mayor participación en las decisiones políticas sobre los problemas que aquejan a todo el conglomerado social.

No cabe duda de que se trata de uno de los derechos fundamentales más importantes, y este detalle le concede ya un papel y un peso específicos en la configuración de la democracia.

La democracia vive precisamente del intercambio de informaciones y de la libre discusión de las ideas.

Entrando ya en tema, diremos que uno de los elementos de especial interés para la tutela dentro del contexto de la libertad de expresión lo constituye, sin duda, la protección de la substancia de las manifestaciones de pensamiento.

La protección penal del honor de las personas vincula a este contenido de tutela y manifiesta lo que pueden llamarse «fronteras exteriores» a la libertad de expresión, precisamente allí donde la expresión del pensamiento debe hacerse llegar escogiendo aquellas formas de expresión que clarifiquen el contenido del pensamiento pero que no hieran o afecten de manera innecesaria el honor de la persona afectada.

En ese sentido, la definición del campo de protección de este derecho constitucional suele depender de la determinación del objetivo de la expresión del pensamiento.

Una expresión del pensamiento sería considerada, entonces, una ofensa, si ella, más allá de una crítica polémica y exagerada, consiste en la desacreditación de la persona.

Esto lleva, con frecuencia, a poner en la balanza de una parte la protección del honor y del otro de la protección de la libertad de expresión, para producir un equilibrio que no suele ser fácil de alcanzar.

La ofensa al honor de una persona, cuando es observada desde la perspectiva penal, acarrea la necesidad de determinar las características que definen ese bien jurídico.

Se suele entender por él no sólo la tutela de la persona como portadora de valores espirituales y sociales, sino como eje de proyección de su persona hacia los demás.

Punto de partida indispensable de esta forma de concebir el honor es precisamente entender que el honor interno de la persona se basa en la dignidad de la persona, aspecto que le acompaña desde el nacimiento.

Este juego de dimensiones entre aspectos subjetivos internos y externos relacionados con el valor personal del honor y su manifestación como "buena fama" frente a los demás puede sufrir diversas interpretaciones, desde aquella que indica que el valor en juego —desde el punto de vista jurídico-penal— es la necesidad de ser tratado de manera idónea y adecuada a la forma personal y subjetiva con que se observa la propia vivencia de la persona.

También se puede interpretar el honor como el "sentimiento de honor" y la apreciación valorativa de la persona, donde ambos aspectos no son más que elementos integrantes del bien jurídico "Honor".

Todas estas interpretaciones provenientes de la dogmática alemana hacen ver claramente la dificultad de encontrar claridad en la definición de lo que significa el "Honor" como bien jurídico tutelado en los tipos penales de injurias, calumnias y difamación.

Más problemático se hace todavía definir qué debe entenderse por "relación de reconocimiento, sentimiento de honor" o cuál sentimiento y cuál honra frente a otros realmente está siendo comprendido por el legislador penal al construir los tipos penales correspondientes.

Tal parece que de una lectura de las disposiciones penales vigentes en los países de la región resulta que el legislador le ha puesto una especial atención al «HONOR» como una capacidad del ser humano para definir sus comportamientos con un cierto contexto de sentido y de dirigir este comportamiento a valores y normas.

Cuando una persona tiene esa capacidad estaría, entonces, en capacidad de ser titular de una relación de disponibilidad con su "Honor".

De esta manera sería el "Honor" un valor que se produce dentro del contexto de comportamientos de sentido y de direccionamiento del actuar cotidiano a valores y normas.

Por ello sería únicamente un aspecto de la dignidad de la persona, por lo que no puede observarse como una calidad o cualidad cumulativa o alternativa que pueda hacerse de la buena fama o del sentimiento de honor de la persona, que en ocasiones pueden ser justas y otras injustas, pero que en todo caso tienden a señalar el objeto de protección precisamente allí donde lo único que es ob-

servable es, precisamente, la pretensión de respeto de la persona a partir del valor de prestigio que dimana de ésta.

La pregunta abierta y palpitante de la discusión penal sigue siendo, todavía, la que plantea el porqué de la tutela penal del Honor.

Se discute aún por qué debe el derecho penal proteger la pretensión de un ser humano a ser tratado según el valor de prestigio que de él o ella dimana.

Una respuesta a ello, desde el punto de vista antropológico, surge de inmediato cuando se observa, con razón, que una persona en la sociedad tecnológica en la que vivimos solamente puede vivir y desarrollarse a partir de sus posibilidades ínsitas, cuando el resto de los miembros de la colectividad respetan y reconocen su valor como personal.

No en vano se ha venido incluyendo en las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos la garantía específica de la tutela de la honra y la dignidad de la persona, tal y como se hace en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, documentados todos donde se prevé la tutela de este derecho humano fundamental para la vida y convivencia.

El reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona lleva a la lógica conclusión de que un desconocimiento de esta dignidad acarrea, directamente, una disminución de las posibilidades de desarrollo de su personalidad y un evidente daño a sus posibilidades de autodeterminación.

### 1.1. Concepto de derecho penal

El derecho penal[1] es la rama de la ciencia del derecho que se ocupa del desarrollo de la dogmática, como sustento de su desarrollo, y del estudio de la pena. Su función es establecer las conductas punibles, en las leyes penales como en el Código Penal (derecho

1 "Por derecho penal se entiende la parte del ordenamiento jurídico que establece los presupuestos de la punibilidad y las distintas características de la conducta merecedora de pena, amenaza de penas determinadas y prevé especialmente, al lado de otras consecuencias jurídicas, medidas de corrección y seguridad" (Casañas, 2001, p. 19).

penal es sentido objetivo) y limitar el Derecho sancionador del Estado (derecho penal en sentido subjetivo) (Wessels, 1980, p. 4).

Por ende, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas de derecho público interno que define los delitos y señala las penas y medidas de seguridad (Wessels, 1980, p. 4), para lograr la permanencia del orden social. Algunos de los autores distinguen al derecho penal, al definirlo entre derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo. El derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

El derecho penal en sentido subjetivo consiste en la facultad del Estado para determinar los casos en que deben de imponerse las penas y las medidas de seguridad[2]. Por esto, el derecho del Estado, al determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, es el atributo de la soberanía por el cual a todo Estado corresponde reprimir los delitos por medio de las penas; en tanto que objetivamente se forma por el conjunto de normas y de disposiciones que reglamentan el ejercicio de ese atributo. El Estado, como organización política de la sociedad, tiene como fines primordiales la creación y el mantenimiento del orden jurídico; por tanto, su esencia misma supone el uso de los medios adecuados para tal fin.

### 1.2. Fines del derecho penal

La misión del derecho penal consiste en proteger los valores elementales fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica. Como ordenamiento de protección y paz, el derecho penal sirve a la pro-

2 Lo dicho más arriba también está muy relacionado con el derecho de castigar que tiene el Estado, es decir, el *ius puniendi.* Como ya lo hemos dicho, el Estado tiene la facultad de persecución de los hechos antijurídicos cometidos por las personas que están sujetos a su soberanía, con el objeto de mantener la paz social. Este derecho con que cuenta el Estado está limitado por las leyes que son creadas por el poder público reconocido en el pueblo; en nuestro caso particular, la Constitución Nacional y las leyes penales. Esto significa que se establecen frenos a la actuación del Estado,,así como garantías para cada proceso en particular.

tección de los bienes jurídicos[3] y a la salvaguardia de la paz jurídica (Wessels, 1980, p. 3).

Como parte del ordenamiento jurídico, el derecho Penal cumple con funciones determinadas dentro del modelo del Estado social y democrático de derecho. Dichas funciones consisten en la prevención y represión de los hechos punibles, respetando los derechos y las garantías del ser humano, así como en la defensa de las garantías contra el abuso del poder, por parte de los operadores del sistema. Para Mir Puig (1994), la Constitución, al consagrar un modelo de Estado social y democrático de derecho, se convierte en un "principio valorativo supremo que debe orientar toda elaboración dogmática del Derecho Penal" (p. 30)..

Atendiendo a lo anteriormente dicho, salta al pregunta acerca de cómo puede ser el derecho penal al mismo tiempo un mecanismo de prevención-represión[4] y de garantías, si sus acciones recaen justamente sobre los delincuentes, que han atacado la esfera de derechos de otro y que por ello deben ser castigados.

De esta manera, se logra la seguridad jurídica, pues todos los ciudadanos sabremos a qué atenernos y cómo seremos castigados si incurrimos en los hechos previamente calificados como hechos punibles o en algunas faltas penales. Complementariamente, el Estado aspira a conseguir la paz social[5], pues cada vez que se tipifica un hecho como punible, lo que se persigue es prevenir su comisión.

3 La cuestión grande de estos fines es cómo resolver la duda que le trae al ciudadano al ver disminuida parte de su libertad cada vez que el órgano legislativo tipifica una conducta que se considera socialmente dañosa y le asigna una pena. Así, desde esta perspectiva penal, esta disminución de libertad debe entenderse no solo como posibilidad de sufrir una pena si se es infractor de la pena; también puede formularse como una renuncia al ejercicio de la venganza privada, a favor del *ius puniendi* estatal, cuando se es objeto de una ataque a nuestra esfera de derechos e intereses legítimos.

4 Los ciudadanos tenemos la expectativa tanto de ser protegidos de los ataques se terceros como de sufrir la mínima intervención posible, ya sea por medio del propio Estado en caso de convertirnos nosotros mismos en agresores de otras personas o de sus bienes o intereses, posibilidad esta última que olvida la gran población con frecuencia, en especial cuando se clama por el endurecimiento de las penas al calor de un hecho que produce gran impacto. Esa expectativa surge a raíz de la naturaleza contractual de la sociedad: se ceden libertades al Estado a cambio de seguridad jurídica y de paz social, tal como lo propugnara Juan Jacobo Rousseau.

5 Y esto se logra cuando el derecho penal de un Estado asegura la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos, entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para

### 1.3. Definición de delito

Según el artículo 13, en la segunda parte del Código Penal paraguayo, "son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco (5) años, o multa". En el caso colombiano, el desarrollo dogmático ha generado que en el artículo 9 del código penal se estableciera la conducta punible haciendo alusión al delito, determinando que para que dicha conducta tuviera la calidad de punible tenía que ser típica, antijurídica y culpable. "Etimológicamente, la palabra *delito* proviene de la similar latina *delictum*, aun cuando en la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente (Cabanellas, 1998, p. 58).

Para Mora (2001, p. 55), delito es la violación de la ley penal o, para ser más precisos, la infracción de un precepto o una prohibición establecidos por la ley misma. Es todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia una pena "criminal", la cual es impuesta por la jurisdicción mediante proceso. Desde un punto de vista preceptivo, el delito es aquel hecho que la ley prohíbe bajo amenaza de una pena (criminal). Desde un punto de vista fenoménico, es delito el hecho que reproduce la hipótesis típica configurada por la ley; en otros términos, el hecho que es conforme a lo que la ley ha previsto de manera general, amenazando con una pena a quien lo cometa. Además, es necesaria la ausencia de causas de justificación.

El delito representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor, propiedad, etc.), pero atenta siempre, en forma mediata e inmediata, contra los derechos del cuerpo social. Por eso, la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa, o a la potestad de los particulares, salvo

---

sus bienes jurídicos. Solo mediante la protección de los bienes jurídicos esenciales logra el Estado tal cometido, aparte de las otras medidas paralelas de política social y de intervención no penal que tenga que adoptar, sin embargo siempre es importante recordar el carácter subsidiario del Derecho Penal y su implementación como última ratio; su actuación va a estar necesitada únicamente cuando otras formas de control social devengan ineficaces para la tutela de los bienes jurídicos. Nos encontramos entonces ante normas con una orientación preventiva general, es decir, dirigidas a la colectividad, que asocian a determinados comportamientos que calificamos como delito o faltas penales (supuestos de hecho) una pena (consecuencia jurídica), evitando así las situaciones intersubjetivas de conflicto y la arbitrariedad en la defensa del derecho agredido (Sentencia de Casación 33254, M. P.: Jose Leonidas Bustos Martínez).

contadísimas excepciones, aunque la víctima de un delito perdone a su ofensor. Por su parte, le corresponde al Poder Público perseguir y juzgar al delincuente; de ahí que el derecho penal sea considerado como una de las ramas del derecho público.

"La definición jurídica del delito debe de ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos" (Castellanos, s. f., p. 43). Aunque muchos de los autores han tratado de dar una definición que sea de carácter universal para todos los pueblos y tiempos, esto no ha sido posible, dadas las circunstancias que se necesitan para dar una definición acertada de delito, para todas las épocas y lugares, ya que cada una es diferente; por la tanto, la definición de delito se debe de adecuar a estos lugares y tiempos.

### 1.4. Clasificación de los delitos

*En función de su gravedad.* Teniendo en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho varias clasificaciones. Según una división bipartita, se distingue los delitos de las faltas; allí se habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes, los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; también de los delitos y las conductas contrarias a los derechos, nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad, así como de las faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno[6]. Según la forma de la conducta del agente, como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión:

6 Para mayor información, tener en cuenta que en Paraguay los Códigos Penales, tanto el de 1880 (anteproyecto de Carlos Tejedor), que efectivamente hacía una división tripartita, estableciendo en un título preliminar la diferencia entre "crímenes, delitos y contravenciones"; el de 1914, (Teodosio González), hacía una clasificación bipartita, "faltas y delitos", así se podía leer en su artículo 1°. Este Código castiga las faltas y los delitos. Son faltas las infracciones de la Ley Penal previstas en la el libro segundo de este Código (sección segunda). Son delitos todas las demás infracciones. El Código penal vigente ha abandonado ambas concepciones y optó por un sistema moderno, dividiendo los hechos punibles en crímenes y delitos, diferenciándolos de acuerdo con el *quantum* del marco penal conminado en cada tipo legal (articulo 13, incisos 1 y 2), abandonando de este modo las previsiones de las faltas penales.

> La acción y la omisión cumplen, por lo tanto, la función de elementos básicos de la teoría del hecho punible, aunque sólo en la medida en que coincidan con la conducta descrita en el tipo de la correspondiente figura delictiva serán penalmente relevantes (Muñoz, 2003, p. 28).

*Por el resultado.* Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros también se les denomina *delitos de simple actividad* o *de acción*; a los segundos se les llama *delitos de resultado* o *de resultado material.*

*Por la lesión que causan.* Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea, en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro. Los primeros, consumados, causan daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la pena violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se ponen los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de casación de un daño. Al respecto, del mismo dice Wessels (1980) que "la intensidad del perjuicio que sufre el objeto de la acción es el que determina esta diferencia entre delitos de lesión y de peligro" (p. 9).

***Por su duración.*** Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos[7] con efectos permanentes, continuados y permanentes.

*a)* *Instantáneo.* Wessels (1980, p. 10) dice que en los delitos instantáneos, el desvalor típico se agota, con la producción de la situación ilegítima, de modo que el hecho está consumado y terminado al momento de producirse el resultado típico.

*b)* *Permanente*[8].Wessels (1980) al respecto comenta: "En los delitos permanentes el mantenimiento de la situación ilícita depende

7 Para profundizar véase que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. "El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito de efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria". El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la calificación se atiende a la unidad de acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

8 Es importante tener en cuenta que puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar volun-

de la voluntad del autor, de modo que realiza el tipo no sólo el haber provocado la situación, sino también el dejar que ésta continúe. […] El hecho punible que aquí, en cierto modo, se reitera continuamente, ya está consumado al producirse la situación ilícita y termina al dejársela sin efecto" (p. 10).

*Por el elemento interno o culpabilidad.* Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales. De conformidad con el Código Penal paraguayo, las acciones y omisiones[9] delictivas solamente pueden realizarse dolosamente[10] y culposamente[11], cuando la ley expresamente se refiere a la punibilidad de este tipo de conducta (artículo 16). En este mismo sentido, el artículo 12 del Código Penal colombiano expresa que "sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

## 2. La libertad de expresión en el contexto de la legislación penal

A continuación se expondrán los artículos con que el nuevo Código Penal paraguayo y el código penal colombiano hacen referencia a la labor periodística, así como también tipifica los delitos en que la prensa se ve involucrada.

---

tariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Permanece no el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes. En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el plagio, el robo de infante, etc.

9 Conducta, artículo 14, inciso 1, numeral 1

10 Dolo: "El dolo, la forma sin duda más importante de la culpabilidad es un concepto básico del Derecho Penal. Ha sido llamado 'el alma del delito', porque numerosos hechos punibles sólo admiten la forma dolosa, y la culposa, que aparece en el Código Penal como excepcional, debe estar expresamente prevista por la Ley" (Martínez, 1981, p. 181).

11 También el Dr. Martínez Miltos (1981) ha dado una definición sobre el tema: "La inobservancia del deber exigible de prudencia y diligencia cuando se ocasiona un resultado antijurídico que pudo evitarse. Sólo puede examinarse si concurre o no culpa, idénticamente a la hipótesis del dolo, cuando se trata de un sujeto imputable" (p. 322).

## 2.1. Conductas punibles en contra de la intimidad de la persona

### 2.1.1. Contra la intimidad de domicilio y residencia

#### 2.1.1.1. Paraguay

El artículo 141, sobre la violación de domicilio, señala como conductas punibles en este sentido:

> 1º) El que:
> 1. Entrará en una morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado, sin que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias; o
> 2. No se alejara de dichos lugares a pesar del requerimiento del que tiene derecho a excluido, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos (2) años o con multa.
> 2°) Cuando el autor actuara conjuntamente con otra persona, abusando gravemente de su función pública o con empleo de armas, violencia, la pena privativa de libertad de hasta cinco (5) años de multa.
> 3°) La persecución penal dependerá de la instancia de la víctima.

#### 2.1.1.2. Colombia

El artículo 189, sobre la violación de habitación ajena[12], refiere:

> El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa.

Por su parte, el artículo 190, sobre violación de habitación ajena por servidor público, refeiere: "El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público". En tanto el artículo

12"Esta Corporación ha considerado, que el concepto de domicilio desde la Constitución, adquiere una dimensión más amplia, respecto de la clásica noción civilista, pues además de la casa de habitación, comprende "todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el ejercicio de su libertad" (Corte Constitucional, Sentencia C-881 del 2014).

191, atinente a la violación en lugar de trabajo, indica: "Cuando las conductas descritas en este capítulo se realizaren en un lugar de trabajo, las respectivas penas se disminuirán hasta en la mitad, sin que puedan ser inferiores a una unidad multa".

### 2.1.2. Contra la intimidad en las comunicaciones

#### 2.1.2.1. Paraguay

El artículo 144, atinente a la lesión del derecho a la comunicación y a la imagen, determina

> 1º) El que sin consentimiento del afectado:
> 1. Escuchara mediante instrumentos técnicos;
> 2. Grabara o almacenara técnicamente, o
> 3. Hiciera, mediante instalaciones técnicas, inmediatamente accesibles a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor y no públicamente dicha, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
>
> 2º) La misma pena se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:
> 1. De otra persona dentro de su recinto privado;
> 2. El reciento privado ajeno;
> 3. De otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima.
>
> 3º) La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme a los incisos 1º y 2º.
>
> 4º) En los casos señalados en los incisos 1º y 2º será castigada también la tentativa.
>
> 5º) La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo el interés público requiera una persecución de oficio. Si la víctima muriera antes del vencimiento del plazo para la instancia sin haber renunciado a su derecho de interponerla, este pasará a sus parientes.

Cabe destacar que esta protección tiene rango constitucional, pues el artículo 36 de la Carta dice expresamente lo siguiente:

> Del Derecho a la Inviolabilidad del Patrimonio Documental y la Comunicación Privada. El Patrimonio Documental de las perso-

nas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, la contabilidad, los impresos la correspondencia , los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial[13] para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La Ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y registros legales obligatorios.
Las Pruebas documentales[14] obtenidas en violación a lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio.
En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

El constituyente Dr. Óscar Paciello (citado en Vázquez y Centurión 2005) dice lo siguiente al respecto del artículo constitucional, en su intervención en las sesiones de la constituyente:

> Una de las cuestiones más importantes de que se trata en este artículo, es la relativa a las comunicaciones telefónicas, que realmente está contemplada y que constituye una permanente corruptela a la privacidad de las personas por obra de su ilegal interferencia. Esto en otros países, se autoriza en casos graves y excepcionales, pero fundamentalmente, eso pertenece a la esfera privada, y es por eso que este artículo, entre otras cosas vinculadas al patrimonio documental, considera que las comunicaciones telefónicas deben ser absolutamente privadas (p. 438).

13 El artículo 17 de la Constitución Nacional, establece los derechos procesales que deben ser observados en todos los procesos. Específicamente en el numeral 9 dice lo siguiente: "Que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas".

14 "Documento, en sentido general, es, según Chiovenda, toda representación material destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación de pensamiento. La enumeración de documentos que realiza la norma procesal [haciendo referencia al artículo 303 del C.P.C.] es simplemente ejemplificativa. De allí la amplitud con que la misma consagra la admisibilidad en juicio como prueba de toda clase de documentos (Casco Pagano, 2004, p. 525).

La norma refiere a la inviolabilidad del patrimonio documental, con amplitud a todo tipo de documento privado del sujeto que podría ser violado; entonces se establece una protección, lo cual le garantiza a todas las personas a gozar de la intimidad en la esfera privada de su vida, la cual incluye su comunicación privada. Esta no puede ser examinada, reproducida, interceptada o secuestrada sino por orden judicial, y en casos específicamente previstos en la ley, y por supuesto, solo si van a ser conducentes para el esclarecimiento de algún caso en particular.

Cano Radil (2003), haciendo una interpretación extensiva de todas las normas de la Constitución que refieren a la libertad de expresión y de prensa, el derecho a la intimidad de las personas y el secreto de las comunicaciones, llega a la siguiente conclusión:

> 1. Las conversaciones protegidas son las privadas, que no afectan el interés público o Derechos de terceros, por consiguiente, las conversaciones de altas autoridades nacionales sobre asuntos de Estado, no son privadas porque estamos en una "res pública" y no debe haber secretos sobre sus funcionarios.
> 2. Pese a la vocación autoritaria de un gobierno, no se podrán censurar previamente las comunicaciones, ni castigar ningún medio.
> 3. Hay diferencia en la protección Constitucional, entre los simples ciudadanos que gozan del Derecho a la intimidad y los funcionarios públicos.
> 4. Obtenidas sin orden judicial, conversaciones de funcionarios públicos no podrán presentarse en juicio, lo que no impide su difusión en defensa del interés general, no siendo delito su difusión (p. 244).

Además de esta protección, hay que tener en cuenta lo que preceptúa el numeral 9 del artículo 17 de la Constitución nacional: "Que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas"[15]. Por su parte, el artículo 145, sobre violación de la confidencialidad de palabra, señala:

15 Esta protección se evidencia cuando a nivel legal tenemos que el Código Procesal Penal, en su artícuo 200, establece dicha posibilidad: "Intervención de comunicaciones. El juez podrá ordenar por resolución fundada, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado para conocerlas. El resultado sólo podrá ser entregado al juez que lo ordenó, quien procederá según lo indi-

1º) El que sin consentimiento del afectado:
1. grabara o almacenara técnicamente; o
2. hiciera inmediatamente accesibles a un tercero, mediante instalaciones técnicas, la palabra de otro destinada a su conocimiento confidencial, será castigado con multa.
2°) La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme al inciso anterior.

Este artículo se refiere a la "violación de la confidencialidad de la palabra". Este caso ocurre cuando, sin el consentimiento del afectado, se grabara o almacenara técnicamente; o también en el caso de que se hiciera conocer a un tercero, mediante la utilización de medios técnicos, la palabra de otro, destinada a su conocimiento confidencial. La sanción que se establece para este tipo de hechos punibles es la de la multa.

El artículo 146, referente a la violación del secreto de la comunicación, indica:

1º) El que, sin consentimiento del titular:
1. abriera una carta cerrada no destinada a su conocimiento;
2. Abriera una publicación, en los términos del artículo 14, inciso 3° (*1), que encontrara cerrada o depositada en un recipiente cerrado destinado especialmente a guardar dicha publicación, o que procurara, para sí o para un tercero, el conocimiento del contenido de la publicación.
3. Logrará mediante elementos técnicos, sin apertura del cierre, conocimiento del contenido de tal publicación para sí o para un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un (1) año o con multa.

---

cado en el artículo anterior; podrá ordenar la versión escrita de la grabación o de aquellas partes que considere útiles y ordenará la destrucción de toda la grabación o las partes que no tengan relación con el procedimiento, previo acceso a ellas del Ministerio Público, del imputado y su defensor. La intervención de comunicaciones será excepcional". "El procedimiento, exige —bajo pena de nulidad— que exista una resolución judicial fundada, para que pueda procederse a la intervención de las comunicaciones telefónicas. El principio general establecido en la norma constitucional, es la inviolabilidad del patrimonio documental, siendo una excepción la posibilidad de que se lo viole, pero sólo con resolución judicial fundada. Sobre todo esto volveremos cuando tratemos de las pruebas ilegalmente obtenidas y la posibilidad de su impugnación".

Al respecto, el Dr. Teodosio González (citado en Mora, 2014, p. 261) dice lo siguiente:

> La ley que garantiza al ciudadano el libre desenvolvimiento de sus facultades y medios para procurarse su felicidad, no podría dejar al arbitrio de cualquiera sus relaciones personales y sociales. La libre manifestación de nuestra voluntad estaría impedida y comprometida si fuera dado a cualquier intruso, quebrantar el velo con que resguardamos comunicaciones privadas, referentes a nuestros intereses, nuestro honor, nuestra familia, etc. [...], [a diferencia de otros tiempos], hoy en día la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, entregados al correo y telégrafo, es uno de los derechos más cuidados y delicados (p. 261)

A su vez, el artículo 148, sobre la revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial, expresa:

> 1º) El que revelara un secreto ajeno llegado a su conocimiento en su actuación como:
> 1. Funcionario conforme el artículo 14, inciso 1º, numeral 2; o
> 2. Perito formalmente designado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres (3) años o con multa.
> 2º) La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.

El artículo 149, revelación de secretos privados por motivos económicos, establece:

> 1º) Cuando los hechos punibles descriptos en los artículos 147 y 148 hayan sido realizados:
> 1. A cambio de remuneración;
> 2. Con la intención de lograr para sí u otro beneficio patrimonial; o
> 3. Con la intención de perjudicar a otro, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco (5) años.
> 2º) Será castigada también la tentativa.
> 3º) La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.

Se refiere a la "revelación de secretos privados por motivos económicos". Este artículo se refiere a la realización de los hechos punibles tipificados en los artículos 147 y 148, pero teniendo como fin una remuneración económica para el autor de dichos hechos, es decir, la obtención de un beneficio patrimonial para sí o para otro. La pena prevista para este tipo de hechos es la privativa de libertad de hasta cinco años o multa y la persecución es a instancia de la víctima.

**2.1.2.2. Colombia**

El artículo 192, sobre la violación ilícita de comunicaciones, señala que "el que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor[16]". Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

El artículo 193, sobre el ofrecimiento, la venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas, estipula: "El que sin permiso de autoridad competente, ofrezca, venda o compre instrumentos aptos para interceptar la comunicación privada entre personas, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor".

16"Cabe resaltar que en Colombia este es el delito que más afecta a los periodistas, pues en el caso de las interceptaciones y los seguimientos ilegales tuvo especial relevancia. Se descubrió cómo desde organismos de inteligencia del Estado, en especial, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), entidad adscrita a la Presidencia de la República, se realizaban operaciones ilegales de inteligencia a periodistas, miembros de la oposición, magistrados de las altas cortes e incluso a funcionarios del gobierno nacional. Las investigaciones judiciales han señalado dos fenómenos preocupantes. Por un lado, la cantidad de comunicaciones interceptadas. Según el propio fiscal general encargado, Guillermo Mendoza Diago, la Fiscalía tan solo ha podido revisar una cuarta parte de todas las comunicaciones que tiene en su poder. Por otro lado, las investigaciones están poniendo en evidencia que desde el DAS no solo se hacían interceptaciones ilegales a las comunicaciones y seguimientos de las actividades de las personas, sino que además se diseñaron manuales para amenazar, como lo demuestra la investigación de la Fiscalía en el caso de las interceptaciones a la periodista Claudia Julieta Duque, corresponsal de Radio Nizkor en Colombia" (Gómez- Gómez, 2010, p. 9).

El artículo 194, sobre la divulgación y el empleo de documentos reservados, expresa: "El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Por su parte, el artículo 195, acceso abusivo a un sistema informático, indica: "El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en multa". Y el artículo 196, violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial, establece: "El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida comunicación o correspondencia de carácter oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años. La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte cuando la comunicación o la correspondencia estén destinadas o remitidas a la Rama Judicial o a los organismos de control o de seguridad del Estado".

El artículo 197, sobre la utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, señala: "El que con fines ilícitos posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años". La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con fines terroristas.

La relevancia constitucional de estas conductas punibles radica en que, aparte de proteger el bien jurídico de la libertad también, están custodiando la intimidad de las personas, al establecer como tipos penales aquellas acciones que afectan la protección constitucional a la intimidad consagrada en el artículo 15[17] de la Constitu-

17"El derecho a la intimidad plantea diferentes esferas o ámbitos, como son el personal, familiar, social y gremial, todos ellos comprendidos en el artículo 15 Superior, y que están manifestadas concretamente: (i) relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio (vi)comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; y en general (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público" (sentencias de la Corte Constitucional T-233 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-708 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-916 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En simular sentido, Sentencias de la Corte

ción Colombiana, donde se proclama que todas las personas tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre. El Tribunal Constitucional Colombiano a lo largo de su jurisprudencia ha logrado consolidar un contenido teórico concreto y conciso en esta materia, comenzando por el concepto mismo de este derecho, entendido como:

> El derecho a la intimidad, hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico[18].

> Se otorgan de este modo dos dimensiones esta corporación: una como secreto[19] y otra como libertad[20]; adicionalmente, la Corte Constitucional ha declarado que son tres las formas en las cuales se puede vulnerar este derecho: a) intromisión en la intimidad de la persona; b) divulgación de hechos privados y c) presentación falsa de aparentes hechos íntimos que se alejan de la realidad.

---

Constitucional SU-089 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía; T-411 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-158A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

18 En este sentido, la intimidad corresponde al "área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley". Por lo anterior, el derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Este derecho implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas (Corte Constitucional, Sentencia C-881 del 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

19 Que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados (Corte Constitucional, Sentencia C-881 del 2014., M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

20 Como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada (Constitucional. 2014. C 881: M. P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB).

Por otra parte, y para demostrar el alcance que tiene este derecho, dicha corporación estableció unos tipos de intimidad de manera pretoriana: a) intimidad personal, b) secreto y privacidad en el núcleo familiar, c) relaciones interpersonales e intersociales y d) relaciones gremiales

Con estos insumos teóricos dados por la Corte Constitucional, se resalta el papel fundamental que tienen los tipos penales señalados con anterioridad, al proteger el bien jurídico de la intimidad, y cómo este bien jurídico tiene dos grandes implicaciones a la prensa y el periodismo. En primer lugar, permite la protección ante las autoridades y particulares sobre la información que maneja, pero también es un límite a su labor, pues dentro de sus acciones no pueden vulnerar los Derechos protegidos por esta parte del Código Penal.

### 2.2. Conductas punibles realizadas en la labor periodística

El periodista, en el ejercicio de sus funciones, tiene unas limitaciones, que, al ser violadas, pueden constituir en delito, como se mostrará a continuación para cada país.

#### 2.2.1. Paraguay

El artículo 150, referente a la calumnia[21], indica:

21 NOTA: CALUMNIA:" Delito contra el honor de las personas consistente en la imputación falsa de la comisión de delito doloso o de conducta de criminal dolosa".

1º) El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante este, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa.

2º) Cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa.

3°) La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable.

4º) La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados.

5°) La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida solo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°.

6°) En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59.

1°) El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante este un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa.
2°) Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14°, inciso 3° (*1), o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.
3°) En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará.

La injuria se diferencia de la calumnia, en que en la última una persona atribuye a otra "falsamente" la comisión de un delito o conducta criminal o deshonrosa, cuya falsedad o veracidad se pueda probar. En el caso de la difamación, que se trata en este artículo, el agravio puede ser de cualquier otra índole, y no es susceptible de prueba.

El artículo 152, sobre la injuria, determina:

1º) El que:

1. Atribuya a otro hecho capaz de lesionar s honor; o
2. Expresara a otro un juicio de valor negativo a un tercero respecto de aquel, será castigado con penas de hasta noventa días-multa.

2°) Cuando la injuria se realizara ante un tercero o repetidamente durante tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada hasta ciento ochenta días-multa.
3°) En estos casos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 151, inciso s 3° al 5°[22].

En este sentido, Soto (s. f.), nombrando a Quintano Repollés, argumenta:

El estudio de la injuria va indisolublemente ligado a la de la calumnia, teniendo signos sumamente parecidos el elemento objetivo de las respectivas acciones: en la calumnia, la falsa imputación

22NOTA: INJURIA: "Ultraje, agravio de hecho o de palabra. Es toda expresión proferida o de acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. La injuria se diferencia de la calumnia en que en esta última se le atribuyera falsamente a otro la comisión de delito doloso o de una conducta criminal dolosa, cuya falsedad puede ser probada; en la injuria, el agravio puede ser de cualquier otra índole y no es susceptible de prueba".

de un delito; en la injuria la imputación, cierta o falsa, de un acto lesivo al honor. Se une a la clásica postura que ha visto en la figura de la injuria un género del que la calumnia sería una mera especie; incluso puede haber una relación de subsidiariedad. No hace este autor especial mención en el dolo de estos delitos y es el honor personal de la víctima, la lesión del mismo, el eje que configura el delito. Hace una profunda crítica de la sistemática legal del Código Penal[23].

A su vez, el artículo 153, atinente a la denigración de la memoria de un muerto, señala:

> 1°) El que denigrara gravemente la memoria de un muerto mediante calumnia, difamación, injuria o lesión de la intimidad de la persona, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.
> 2°) El hecho no será perseguible si fuera realizado después de transcurridos diez años de la muerte del denigrado, salvo que el mismo constituyera, independientemente, otro hecho punible.

### 2.2.2. Colombia

El artículo 221, sobre la calumnia, expresa: "El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes"[24]. Por su parte, el artículo 220, relativo

23 Soto Estigarribia, nombrando a Quintano Repollés. La Injuria. Pág. 21.

24 Para mayor información, ver los dicho por la Corte Suprema de Justicia: "La libertad de expresión se constituye en derecho fundamental, conforme el contenido de la Carta Política colombiana y los tratados internacionales suscritos por el país. La libertad de expresión no opera indeterminada o ilimitada, pues, ha de cumplir con unos principios y finalidades básicos, que son, precisamente, los que fundamentan su protección especial. En particular, el principio de relevancia pública obliga que la información se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a tratar. Como todo derecho, la libertad de expresión, remitida a los medios de comunicación, no tiene el carácter de absoluta y por ello permite restricciones u obliga confrontarse con otros derechos de similar jerarquía en tensión. En cuanto especie de la libertad de expresión, la libertad de opinión política tiene un mayor acento protector, precisamente por los fines que persigue y la exposición en la que se hallan los funcionarios públicos. Se ha entendido, modernamente, que los medios de comunicación se erigen como el principal canal de opinión política. Las funciones específicas atribuidas a los medios en el campo de la opinión política, refieren a: (i) la transmisión de la información; (ii) moldeamiento y orientación de la opinión; y (iii) control del poder político. El discurso político se legitima y por ello debe ser objeto de la extendida protección constitucional, sólo en cuanto cumpla esas funciones centrales de solidifica-

a la injuria, establece: "El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes[25]".

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

Llegamos a este punto, resulta particular importancia reflexionar sobre los ámbitos de acción tanto del derecho a la libertad de expresión como del derecho penal.

Para ello resulta esencial entender que si partimos de un derecho al honor como derivado de la dignidad humana, entonces su ámbito de acción tiende a proteger a la persona titular del "HO-

---

ción de la democracia participativa. A pesar de su extendida protección, la libertad de expresión comporta límites precisos, establecidos en el ámbito interno y la normatividad internacional. Ese catálogo de limitaciones expresamente prohíbe la censura previa, pero faculta las llamadas "responsabilidades ulteriores", que pueden comprender los ámbitos penal y civil. Esas limitaciones deben cumplir, resumiendo la postura de la Corte Constitucional y de los instrumentos y jurisprudencia internacionales, tres presupuestos: (i) estar previstas en la ley; (ii) perseguir el logro de finalidades atinentes a la protección de derechos y garantías fundamentales de similar valor; y (iii) ser necesarias para el logro de esos valores. Si las responsabilidades ulteriores ingresan al campo penal, se acentúan, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las exigencias anteriores, al punto de demandar que la tipificación penal cumpla el presupuesto de legalidad; que se considere efectivamente ultima ratio; y que se advierta proporcional la sanción al daño causado, en tratándose de asuntos de interés público" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de julio del 2013).

25 En los debates que desembocaron en el actual Código Penal, Ley 599 de 2000, una vez reconocido el clamor acerca de la descriminalización, se adujo que estas posturas son "apartadas del contexto constitucional que califica la honra como derecho fundamental y objeto de especial garantía a la persona por parte del Estado". Por tanto se consideró, citando al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que "el derecho individual a la protección del propio nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada" (Rosenblatt vs. Baer, 1966). Igualmente, se justificó la permanencia de estas figuras, debido a "la intensidad de la guerra verbal que en nuestro país se vive que hace aconsejable mantener la pena privativa de la libertad. Lo anterior especialmente, por cuanto por razones políticas, publicitarias y otras, sería muy rentable injuriar y calumniar, para posteriormente, por la vía de la población, extinguir la punición sin consecuencias de ningún tipo en el ámbito de la prevención general y especial. Igualmente se propone, que lo constitutivo de la calumnia, no es la imputación de un hecho falso del cual se predique la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que, basta que se impute falsamente una conducta típica. Causa el mismo daño a la honra, y sus efectos, son igualmente irreversibles, cuando falsamente se predica que una persona ha sido autora de un homicidio o un peculado pero bajo el amparo de una causal de ausencia de responsabilidad" (Corte Constitucional, Sentencia C-442 del 2011).

NOR" frente a comportamientos comunicativos de "otros" que van dirigidos a escarnecer o incluso humillar ante uno mismo o los demás.

El derecho a la libertad de expresión no concede un derecho fundamental a humillar o insultar a una persona, tanto en comentarios salidos del contexto de la formulación del pensamiento o de las manifestaciones que se hagan, como también en expresiones con un contenido meramente injurioso o incluso despectivo.

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

**3.1. El principio de insignificancia como herramienta defensiva.**

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

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

El criterio de «insignificancia del hecho» al que hacen referencia las modernas legislaciones procesales debe ser definido, y esto como reacción a las posibles opiniones "eficientitas", a partir de dos criterios:

a) Por una parte debe buscarse una definición práctica que una de las consecuencias de la aplicación de este principio con la realización de los fines del derecho penal material, que son también los fines del derecho procesal, en la medida en que este derecho material, que son también los fines del derecho procesal, en la medida en que es derecho constitucional aplicado.

b) Un segundo criterio, refiere a la necesidad de buscar argumentos que contribuyan a la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder definitorio de una determinada tipicidad por delitos contra el honor.

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

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

Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito:

1) Desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene "poco" desvalor de acción;

2) Desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene "poco" desvalor del resultado;

3) Desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es "insignificante" aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte "desproporcional";

4) Este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es "insignificante" puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad;

5) Desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la "mínima culpabilidad o reprochabilidad).

Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no solo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que ésta puede o no debe

ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar.

De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la legislación penal de los Países.

La pregunta sobre cuál hecho es «insignificante» y cuál no es una cuestión que no puede resolverse con un mero ejercicio interpretativo de las normas procesales.

Se trata de una pregunta central que atiende al contenido material del hecho y, por ende, a su significado acorde con las reglas del derecho penal material. Atender al argumento de que al estar "insignificancia" como un criterio incluido en la ley procesal debe ser interpretado únicamente con los extremos típicos de estas normas, haría olvidar que esta decisión legislativa en modo alguna excepciona el carácter realizador del derecho procesal de las normas del derecho penal material.

Por otra parte una aceptación de este argumento sería defender una supuesta subordinación del derecho sustantivo al procesal que no existe ni desde un punto de vista constitucional, como tampoco desde un punto de vista práctico.

Serían insignificantes, desde este punto de vista, cualquier lesión al honor que desde la visión metodológica estratificada de la teoría del delito no constituye un hecho merecedor de persecución por ínfimo carácter de injusto o su escasa dañosidad.

Tal análisis sólo es posible en la casuística que se pudiera encontrar en las diversas «constelaciones de problemas» que son sometidas a los tribunales y que suelen ser resueltas no directamente por criterios de insignificancia sino por ponderaciones estratégicas de las partes en conflicto para ahorrarse problemas procesales, gastos profesionales o incluso eventuales condenas utilizando la herramienta de la prescripción.

Al margen de estas soluciones, las cuales también son posibles, la aplicación del criterio de insignificancia en los delitos contra el

honor es de uso exclusivamente judicial y opera como herramienta de atipicidad de la conducta.

### 3.2. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión como causa de justificación.

Habiendo analizado en el acápite anterior una de las causales de atipicidad que pueden funcionar dentro del análisis jurídico de los delitos contra el honor, corresponde ahora rastrear posibles herramientas de solución de conflictos que pueden derivarse del nivel de análisis de las causas de justificación.

En el caso del nivel de análisis de la antijuridicidad resulta que casi todos los análisis van dirigidos a comprobar si se ha producido o no una causa de justificación, que es una causal de exclusión de uno de los elementos del injusto que cuando falta, no permite hablar de injusto en el sentido jurídico—penal del término.

Partimos, como lo hacen otros autores de nuestro margen cultural, de que a la labor de interpretación del juez corresponde la misión de excluir lesiones bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal, hablándose aquí del principio de insignificancia como máxima interpretación restrictiva.

Acerca de las causas de justificación y su distinción, éstos son mis puntos de partida de muchos autores que se han referido a las posibilidades que ofrece el derecho a la libertad de expresión como causa de justificación jurídico—penal, aún cuando se suelen sostener tesis diversas sobre la relevancia del análisis de la antijuridicidad dentro del análisis típico.

Sin embargo, podríamos aceptar también, como tesis común en la doctrina, que las causas de justificación tienen una razón de ser que las une a todas ellas y que les da sentido dentro de la función político—criminal que ha sido escogida para ellas.

Sin duda alguna, la esencia común a todas ellas es la de ser ejercicios legítimos de un derecho que concede el ordenamiento jurídico cuando, en situaciones de necesidad, no puede llegar a tiempo a la tutela de bienes jurídicos y por ello concede la posibilidad de que los defienden sus titulares, aun aceptando las consecuencias que se puedan producir a la víctima.

Esta razón de ser común para todas las causas de justificación permite entender su función y su papel en el desarrollo actual del derecho penal.

Si prescindimos de la tesis de Rudolphi del espacio jurídicamente libre, según la cual una conducta puede o no ser jurídica (conforme a derecho) ni antijurídica, sino jurídicamente neutra, conforme a la opinión que estamos representando, todas las causas de justificación son "medidas por el mismo rasero", son tratadas en forma igual y se niega que haya diferencias de eficacia en su misión de exclusión de la antijuridicidad.

En consecuencia, para la dogmática penal sobre la justificación debe ser indiferente si el ordenamiento jurídico considera la conducta del sujeto deseada y ejemplar o si sólo la llega a tolerar, ya que para esta posición las causas de exclusión de la antijuridicidad es una regla permisiva que siempre en alguna parte del ordenamiento jurídico.

El ejercicio legítimo de un derecho, que ya dijimos es para nosotros ***ratio essendi*** de las causas de justificación, es en sí mismo también una situación paradójica desde un punto de vista procesal, ya que casi aceptamos que es una causa de justificación y no una forma de actuación que da el ordenamiento jurídico, nos dirá un fiscal que entonces quien ejerce un derecho debe demostrar en juicio que lo ha hecho.

Esto llevaría a una sinrazón constante obligando a quien actúa conforme al derecho y a lo que éste le indica a demostrar que no lo ha hecho de manera antijurídica, lo que no puede desprenderse del principio jurídico de quien cumple el derecho no debe temer consecuencias.

Las causas de justificación excluyen siempre al injusto, y no existen causas de justificación de diversa jerarquía en relación con la antijuridicidad que excluyen.

Todas las causas de justificación son reglas permisivas, pero no por ello someten al imputado/acusado a soportar sobre sus hombros un injusto, ya que por su virtud este injusto desaparece.

La víctima que sufre los efectos de una causal de justificación debe soportar estos efectos en virtud de que quien actúa bajo uno

de estos supuestos lo hace amparado en un permiso que da el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico no fomenta la actuación en causales de justificación, simplemente las permite, porque no le queda más salida.

Otra respuesta resulta inconsecuente con la misma misión de las causales de justificación en derecho penal.

Quien decide ejercerla puede, perfectamente, decidir no ejercerla y no por ello se haría objeto de una persecución penal.

Tomando como punto de partida estas observaciones podemos analizar la problemática del derecho a la libertad de expresión como una fuente de nacimiento de permisos para comportamientos en apariencia típicos de algún delito contra el honor.

En la primera parte de este trabajo, sostuvimos la tesis de que el derecho a la libertad expresión, entendido hoy como una **garantía comunicativa de información y de democracia**, tiende a manifestar la relevancia de ofrecer una ponderación de bienes jurídicos dentro de la sociedad cuando exista un conflicto entre este ejercicio y el honor y la intimidad de un ciudadano.

Se trata, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, de derechos constitucionales y humanos que se imponen límites recíprocos y deben ponderarse según las circunstancias.

Esta interpretación proviene de la aceptación de que la libertad de expresión y de información no es sólo un derecho individual, sino que se ha ido convirtiendo en un derecho de vocación social, ya que sirve de sustento a la formación de opinión pública, facilitando la transparencia de los asuntos públicos y generando pluralismo político, elementos todos indispensables para la democracia.

Sin embargo, no cualquier ejercicio de la libertad de expresión faculta a considerarla una causal de justificación de una lesión al honor.

En la misma jurisprudencia constitucional española se ha exigido que dicho ejercicio contribuya a la formación de opinión pública en asuntos de interés general.

La información ha de ser veraz, bastando al menos una veracidad ex—ante, donde el deber de diligencia del informador com-

prueba y contrasta los datos y fuentes, permitiéndole ello una creencia racionalmente fundada de la veracidad de la información.

Junto a estos requisitos, se exige también que las expresiones utilizadas no sean puramente vejatorias e innecesarias para la formación del público.[26]

### 3.3. El error sobre la causa de justificación

En esta materia es posible sólo acotar el ámbito de acción del error de tipo en los casos de «falso conocimiento o ignorancia sobre la falsedad» de los hechos ofensivos, sino que también es posible encontrar un error sobre la justificante, la cual tiene la virtud de exculpar de manera total cuando dicho error sobre la prohibición es invencible.

Partiendo de una tesis de culpabilidad estricta, el mencionado error opera en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad y por ende es relevante en el análisis del reproche.

En este caso, y partiendo del hecho que el reproche del injusto es graduable, corresponde imponer una penalidad menor en virtud de estas circunstancias, pudiendo llegarse, incluso, a una exclusión absoluta del reproche cuando el error sobre las condiciones de la justificante sean absolutamente invencibles.

### 3.4. Observaciones de *lege ferenda* para una análisis posible político-criminal del castigo de los delitos contra el honor

En la coyuntura actual de los países de América Latina resulta esencial replantear la necesidad de una política criminal de castigo a los delitos contra el honor.

Curiosamente no se ha verificado un proceso de construcción de un programa para realizar dicha tarea, ni tampoco se han sugerido respuestas para la angustiosa pregunta sobre los contenidos de esa política criminal, sino que simplemente se ha preguntado sobre la posibilidad de atender a lo indispensable mediante la herramienta del control penal, pregunta que frecuentemente se contesta afirmativamente, atendiendo a la esencialidad como derecho humano que ostenta el honor.

---

26 Luzón Peña, Diego. Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español, en AAVV, Justicia Penal y Libertad de Prensa, ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pág. 221 y ss.

Lo político y lo normativo se enfrentan con enorme frecuencia al reto de intercambiar nexos de comunicación, a entenderse por medio de signos que muchas veces no son inteligibles ni para unos ni para otros.

Esta problemática se expresa muy especialmente en la dificultad con que el derecho puede realizar las aspiraciones de lo político, muy concretamente cuando lo político tiene expectativas imposibles o al menos inalcanzables para lo jurídico, como cuando se pretende, mediante el derecho penal, resolver diversos problemas sociales que, en realidad, deben ser atendidos por medio de otros mecanismos, mucho menos violentos, más efectivos y unívocos en relación con los núcleos conflicticos que se pretenden resolver.

Esto es particularmente cierto si se observa el tipo de conflictos que suelen resolverse en la sede de las querellas por delitos contra el honor.

En efecto, el derecho penal se ve, ahora más que nunca, cada vez más enfrentado con la "realidad" que pretende aprehender, entendiendo bajo este concepto no sólo el contexto dentro del cual desarrolla el sistema de justicia penal su función, sino también el contexto de los discursos de legitimación de la persecución de los delitos contra el honor.

Esta "realidad" manifiesta para el derecho penal que su funcionamiento más bien genera más violencia, y que sus "soluciones" al conflicto suelen ser las menos aptas para alcanzar los fines que suelen aparejarse a tal funcionamiento.

El derecho penal se encuentra transitando por una de sus etapas más difíciles, no sólo por los evidentes problemas que enfrenta para "legitimar" su misión dentro del conglomerado social, como también porque hay más que nunca se tiene conciencia de que no se le puede confiar al derecho penal la función de resolver problemas sociales, no sólo porque es la peor vía para hacerlo, sino por la multiplicidad de efectos simbólicos que implica.

En la práctica del proceso penal por querella, y muy concretamente al observar la interacción de sus actores, se pone fácilmente de manifiesto que la mayoría de las veces el interés de la víctima queda eclipsado por el "interés público de la persecución", provo-

cando este último una insalvable situación de desconfianza en la "solución" que en el sistema penal produce.

En otras ocasiones, el fin de tutela de bienes jurídicos queda comprometido por la mera defensa de fines de orden procesal, alcanzando por ese medio que el funcionamiento más bien genera más violencia, y que sus "soluciones" al conflicto suelen ser las menos aptas para alcanzar los fines que suelen aparejarse a tal funcionamiento.

El derecho penal se encuentra transitando por una de sus etapas más difíciles, no sólo por los evidentes problemas que enfrenta para "legitimar" su misión dentro del conglomerado social, como también porque hay más que nunca se tiene conciencia de que no se le puede confiar al derecho penal la función de resolver problemas sociales, no sólo porque es la peor vía para hacerlo, sino por la multiplicidad de efectos simbólicos que implica.

En la práctica del proceso penal por querella, y muy concretamente al observar la interacción de sus actores, se pone fácilmente de manifiesto que la mayoría de las veces el interés de la víctima queda eclipsado por el «interés público de la persecución», provocando este último una insalvable situación de desconfianza en la "solución" que el sistema penal produce.

En otras ocasiones, el fin de tutela de bienes jurídicos queda comprometido por la mera defensa de fines de orden procesal, alcanzando por este medio que el funcionamiento del sistema traslade la definición práctica del "bien jurídico" al dudoso estatus de una relación de disponibilidad del Estado.

La discusión sobre una posible definición para la **política criminal** de los delitos contra el honor sugiere más bien que el camino para la construcción o renovación de un derecho penal no debe atender sólo al fenómeno del honor como derecho humano esencial sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada: la necesidad de información, de intercambio y de la degeneración de más conocimiento, en un momento histórico de la humanidad donde el potenciamiento de estos intercambios generará el desarrollo futuro de la forma de vida y de gobierno que hemos escogido.

Resulta casi una verdad de perogrullo al decir que el problema de los delitos contra el honor tiene un gran componente social, que en muchos casos resulta ser un detonante de muchos tipos de acercamiento discursivo y en otros casos es el marco de referencia indispensable para entender o discutir sobre otros tipos de delincuencia (como los delitos cometidos en el seno del hogar o contra bienes jurídicos interindividuales).

Pero resulta también irrefutable que no puede creerse que el problema de delitos contra el honor puede reducirse o extenderse exclusivamente dentro del esquema del Derecho Penal y sus instituciones. Esta creencia es al que lleva a pensar que simples enmiendas al Código Penal con la criminalidad o la mitigarán, olvidando la larga historia de atrocidades y violencia que ha provocado la confianza del legislador en esta tradición.

El problema que un crítico atento encontraría hasta aquí es que hemos aludido una definición específica de la política criminal deseable en materia de delitos contra el honor, y que también hemos eludido discutir sobre sus contenidos, y es que precisamente ambos problemas refieren a un problema ideológico que rima también con el Estado de Derecho:

**La definición de ambos aspectos debe encontrarse en estabilidad y concordancia con los fines de Estado de Derecho y no al revés: que el Estado de Derecho deba someterse a los fines y objetivos de una determinada política criminal.**

La llamada política criminal tampoco es de resorte exclusiva del Poder Ejecutivo, sino que debe ser aportada en un debate nacional en todos los niveles, donde todos los grupos afectados (también el de los criminalizados o en peligro de criminalización) puedan decir lo que piensan, proponer opciones y escuchar sus posibles sugerencias.

La democracia no es un diálogo de grupos sordos y ajenos a las ideologías, sino un debate constante y cotidiano por la realización de fines comunes, fines que quizá se estandarizan en el cumplimiento de una determinada ideología constitucional, lo que al final de cuentas es una consecuencia del consenso.

Esta política criminal, surgida en ese debate amplio, tiene, por supuesto, la posibilidad de generar una reforma penal.

En tal caso hemos de esperar que esta reforma coincida con el objetivo que sustenta ese entorno social y ese acomodo político que hemos llamado Estado de Derecho, es decir, precisamente la atención de los intereses de todos, muy especialmente de aquellos que debido a su silencio social y a su papel altamente problemático dentro del entrono exigen y necesitan de un mayor apoyo y atención de sus problemas.

En esencia, resulta fundamental para el punto de vista que estamos exponiendo que los Estados de la región formulen, en primera instancia, un conjunto de mestas a alcanzar, y las líneas generales de una política integral que englobe los principales problemas detectados en relación con la delincuencia, y que de allí se formulen entonces grandes temas para una discusión nacional.

Esta discusión no retardará el problema, pero sí permitirá producir posibilidades de solución que gocen de una amplia conciencia e interés de la colectividad.

En esta tesitura es donde conviene dar una especial reflexión a las posibilidades de solución que ofrecen tanto las salidas alternativas al conflicto (formalizadas dentro del mismo proceso penal) como las que ofrecen otras sedes, como la civil, que han demostrado en otras latitudes sus virtudes y evidentes ventajas.

El camino queda abierto para la reflexión, pero sin duda será la ponderación necesaria de los bienes jurídicos en juego, en el marco del Estado de Derecho, la que dará la guía para la interpretación del camino posible para hermanar dos grandes necesidades: **la tutela de la persona y su dignidad como herramientas de autodeterminación y la libertad de información como herramienta de democratización y transparencia.**

La pregunta es ahora para ustedes y hemos de iniciar ya el camino hacia una solución posible.

Capítulo VI

# Importancia de los medios de comunicación

> Hay mucho que decir en favor del periodismo moderno.
> Al darnos las opiniones de los ignorantes,
> nos mantiene en contacto con la ignorancia de la comunidad.
>
> **Oscar Wilde**

## 1. Introducción

Los medios de comunicación social (prensa, cine, radio, televisión) llegan en la actualidad de manera continua a millones de personas. Los mensajes que ellos transmiten ejercen enorme influencia sobre los receptores, y como puede advertirse, por los efectos de la propaganda y de las noticias de opiniones, esos medios difunden y son capaces de cambiar hábitos e introducir nuevas actitudes.

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

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

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

## 2. Los medios de comunicación en la comisión de conductas punibles

Como es evidente, la comunicación privada es capaz de llevar a la comisión de delitos; y tanto más importante puede ser la influencia de los medios de comunicación masiva. Esa influencia deriva principalmente de tres razones:

a) El número de personas a la que puede llegar.

b) La continuidad de acción: se leen periódicos, libros, revistas, se oye la radio, se ven los espectáculos ofrecidos por el cine y la televisión, durante muchas horas a la semana.

c) La técnica con que el mensaje es ofrecido, acudiendo a campañas sistemáticas y con recursos especialmente adaptados para atraer la atención y para influir en los receptores; las técnicas de atracción y persuasión son estudiadas actualmente en el ámbito académico y suponen la aplicación de varias ciencias.

Nada extraño tiene, entonces, que se haya discutido acerca de las formas en que los medios de comunicación social pueden causar el delito, si se tiene en cuenta que esos medios constituyen hoy uno de los ambientes de que el hombre está inevitablemente rodeado.

Este fenómeno social, que se ha desarrollado sobre todo el presente siglo, ofrece una doble cara. Por un lado se piensa que puede servir para aumentar el delito; pero, por otro, es capaz de contribuir a evitarlo y prevenirlo. Hay quienes opinan que, dados los caracteres presentes de los medios y algunos de sus excesos, es probable que los efectos nocivos sean mayores que los beneficios.

En muchos casos, los medios dependen de empresas comerciales, que buscan ante todo el éxito económico. No prestan mucha atención a los métodos aptos para alcanzar ese objetivo. De hecho, por ejemplo, hay empresas editoriales expresamente dedicadas a la difusión de pornografía. En estas condiciones, no será raro que se generen influencias negativas, capaces de causar delitos. Los medios que tienen finalidades especialmente ideológicas no son hoy, usualmente, los que consiguen mayor difusión de sus productos.

Dada la variedad de temas que exponen los medios de comunicación social, son también variadas las formas en que puede influir en el delito; pero, entre ellas, han sido destacadas principalmente dos: las crónicas rojas y el erotismo. Las primeras involucran sobre todo lo referente al delito, a sus formas de comisión y aspectos derivados, como la actuación de la justicia criminal y de la policía. La segunda toca el tema de la sexualidad, no solo expuesto de manera indiferente, sino con el claro propósito de despertar instintos.

En este punto surge la cuestión de si al fin y al cabo no habrá que reconocer valor a lo que argumentan algunos empresarios,

cuando sostienen que ellos se limitan a satisfacer el gusto del público; el que este compre publicaciones de ese tipo y se regodee en ellas parece dar razón a los editores. Sin embargo, más razón tiene Sutherland cuando afirma que son los propios periódicos los que, por su labor, han creado ese gusto.

No se trata solo de los casos en que influyen en algunos delitos, sino de aquellos otros en que son medio para cometerlos; tal sucede, por ejemplo, en la apología del delito e incitación a este, los libelos, los insultos, las calumnias, la incitación a resistir mandatos legales, etc.

**2.1. Influencias delictivas**

En cuanto a los caminos a través de los cuales los medios provocan delitos, hemos de detenemos especialmente en las crónicas del delito, porque ellas parecen ser las más perjudiciales. La primera acusación que se ha hecho a los medios de comunicación es que enseñan la técnica del delito. Esta tarda en ser descubierta por la policía de tal o cual lugar; pero apenas aparece, los medios tienen un buen tema de comentario, que lleva a los delincuentes a su conocimiento y práctica, antes de que la policía y los ciudadanos honrados del país se hallen debidamente advertidos.

El daño no resulta solamente de la publicidad dada a los métodos novedosos, sino al éxito que tienen los antiguos. Además, se ha dicho que los medios de comunicación son beneficiosos con las noticias que dan sobre los delitos, porque mantienen alerta la atención pública, despiertan el celo de policía y fiscales y controlan los fallos judiciales.

Sin embargo, un análisis desapasionado de las influencias dimanantes de la exagerada publicidad dada al delito, prueba que ellas son más bien perjudiciales porque, descontando algunos casos excepcionales, se concluye por no dar importancia al delito, tal como nos sucede con los hechos de la vida diaria; así, el delito no despierta en los ciudadanos la reacción que debería:

> La prensa puede convertirse en un medio para mostrar como atractivos al delito y al delincuente. El delito es presentado como emocionante aventura lo que favorece la imitación sobre todo de parte de niños y jóvenes; la repercusión es mayor en los barrios

> pobres y especialmente en quienes carecen de otras salidas para el acceso de vitalidad y ansia de aventuras propias de la edad (Gonzales, 2014, p. 61).

Puede polemizarse acerca de si el criminal gusta la propaganda o la odia. En verdad, no todos reaccionan de igual manera. Si quien cometió un delito fue respetable hasta ese momento y tiene un reto de prestigio que defender, es lógico que odie la publicidad. Sin embargo, es a él a quien suelen dedicarle los medios, espacios mencionando su nombre más de lo necesario y dificultándole la vida social cuando recobra su libertad; muchos, por ese motivo, han sido arrojados a la profesionalización delictiva. El escándalo suele lograr sus peores frutos cuando se trata de delincuentes menores.

Pero si el delincuente no tiene un prestigio que mantener, porque ya lo perdió, la publicidad no lo asustará; por el contrario, quizá la desee y la busque, sobre todo si pertenece a una banda en cuyo seno adquirirá mayor prestigio. La propaganda puede favorecer a la comisión de nuevos delitos, la que se hizo alrededor de Al Capone, impidiendo la presencia de testigos voluntarios contra él (Cajias, año, p. 259)[1].

A veces, la propaganda de los delincuentes es tal que los convierte en héroes y hace del crimen algo que es sancionado, porque lo dicen las leyes, pero no porque lo merezcan desde el punto de vista de la moral o del consenso público.

El reverso de la medalla, lo constituyen los casos en que el sospechoso es presentado de antemano como culpable; prodigar los adjetivos como delincuente nato, degenerado, perverso, incorregible, etc., crea un ambiente desfavorable aún antes de que el público se incline por medidas draconianas para sancionar a tal o cual persona. Señala (Cajias, año):

> La prensa puede contener crónicas, que son un llamado a los más bajos impulsos del hombre y a sus tendencias morbosas. Es claro, que la narración puede aumentar su poder cuando va acompañada de gráficos y fotografías. Piénsese, por ejemplo, en ciertas notas acerca de descuartizamientos posteriores violaciones de niños de

1 Cajias, Huascar. Criminología Pág. 269

corta edad, en marcas hechas por venganza y se nos dará la razón (p. 271).

Graves son también las repercusiones sobre el respeto debido a organismos policiales y judiciales. Si algún delito no es rápidamente esclarecido o algún delincuente se burla de esas instituciones, tales hechos son destacados, con lo cual los criminales se envalentonan y sienten aumentar sus esperanzas de impunidad. Las consecuencias son aun más graves cuando los ataques se dirigen contra la administración de justicia, su honradez, eficacia o rapidez. La reacción lógica es la desconfianza de los tribunales, con lo cual se les quita el sostén moral que ellos precisan.

Quien se siente perjudicado por sus intereses, o cree que ha de serlo por incapacidad intelectual o moral de los jueces, está a un paso de imponer justicia por sí mismo. A veces los medios de información intentan deformar la verdad o, por lo menos, influir en los jueces, por medio de opiniones que adelantan sobre la culpabilidad o inocencia de tal o cual acusado.

Además, las repercusiones de las emisoras radiales sobre el delito son, de modo general, menores que las de los medios de difusión previamente estudiados. Las impresiones no son tan profundas como las del periódico, que llevan a veces a meditar y repetir la lectura, pero en cambio son más continuas.

Los informadores que sin derecho o sin graves razones esconden al público una información que precisa, mentirían por omisión gravando su falta recurriendo en complicidades. Ahora bien, en un régimen democrático, una omisión mentirosa, ordenada o aconsejada por el poder aparece como especialmente odiosa porque infringe el pacto implícito de la comunidad y sustrae a los ciudadanos conocimientos indispensables para el uso de sus derechos cívicos.

### 3. El derecho a la información y sus limitaciones

«Libertad de prensa es libertad de la empresa» se ha escuchado muchas veces.

Y esta percepción se amplía, por extensión, a la libertad de expresión.

El motivo es entendible: durante demasiado tiempo muchos de los dueños de los más grandes y oligopólicos medios de comunicación han utilizado estas banderas con el objeto de defender sus intereses corporativos.

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

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

Una de las consecuencias prácticas de esta nueva lectura o resignación del concepto tradicionalmente aceptado de libertad de expresión es la mayor comprensión y explicitación respecto a que no se trata sólo de un derecho de quienes tienen medios (asociado históricamente a la libertad de prensa, que de eso se trataba, el derecho, el derecho a fundar empresas periodísticas), sino también de un derecho de todos y todas, incluso exigible ante los propios medios.

Es cierto que nadie puede negar que la libertad de expresión es un derecho reconocido en todas las declaraciones y tratados internacionales a todas las personas, sin distingos, procedimientos o fronteras, pero si se analizan cuáles han sido los temas y acciones más importantes que han priorizado los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y muchas organizaciones sociales de defensa de la libertad de expresión, se percibe que el énfasis práctico se daba, con excepciones, a las violaciones contra los medios y sus periodistas.

Tal vez el ejemplo más claro de este reposicionamiento sea la visibilidad que tiene la situación de los medios comunitarios en la región.

Hasta hace muy poco se trataba de un problema que no estaba en la agenda de libertad de expresión, sino más bien como un asunto de "delincuentes".

Un buen ejemplo, reciente, puede encontrarse en el Informe Anual 2008 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH:

> …hay un componente de la libertad de expresión con el cual estamos en deuda: las personas que integran los grupos sociales tradicionalmente marginados, discriminados o que se encuentran en estado de indefensión, son sistemáticamente excluidas, por diversas razones, del debate público.
>
> Estos grupos no tienen canales institucionales o privados para ejercer en serio y de manera vigorosa y permanente su derecho a expresar públicamente sus ideas y opiniones o para informarse sobre los asuntos que los afectan.
>
> Este proceso de exclusión ha privado también a las sociedades de conocer los intereses, las necesidades y propuestas de quienes han tenido la oportunidad de acceder, en igualdad de condiciones, al debate democrático. El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio.

De esta nueva perspectiva, la libertad de expresión y el derecho a la información se desprenden de esa mirada inidireccional y e carácter individual para ubicarse, también, en su dimensión social y extensiva a todas las personas.

Y un derecho que proclama su vocación de recibir pero también de investigar, de buscar, y difundir, ya no sólo informaciones sino también opiniones, puntos de vista y sentidos, como piedra angular de democracias sólidas y diversas.

El origen de esta reconceptualización se puede rastrear bastante más atrás, más precisamente en la Opinión Consultiva N° 5 de la Corte IDH, redactada en 1985.

Allí, por pedido del gobierno de Costa Rica, la Corte IDH toma posición con relación a la consulta sobre la relación entre la colegiación obligatoria de periodistas y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en especial su artículo 13 sobre "Libertad de Pensamiento y de Expresión".

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

Lo interesante es que la Corte, al proceder a interpretar el alcance de estas disposiciones también aclara y amplía el concepto de libertad de expresión allí redactado, en relación con su interpretación tradicional.

Entre otros importantes aportes, es posible destacar dos: el doble significado del concepto de libertad de expresión y las dimensiones individuales y sociales que encierra, y la vinculación del derecho a expresarse con el acceso a los medios.

En el primer caso se reconoce que este concepto no incluye sólo la libertad de divulgar informaciones y opiniones, sino también el derecho a recibir una diversidad y pluralidad de informaciones y opiniones por parte de todas las personas.

> El artículo 13 establece dos aspectos distintivos del derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye no sólo la libertad de expresar pensamientos e ideas, sino también el derecho y la libertad de procurarlas y recibirlas…
> …así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información que disponen otros como el derecho a difundir la propia…
> Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informados verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que sobre la base de derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública desde un solo punto de vista.

Por otro lado, plantea la vinculación del derecho a expresarse y el derecho del acceso a los medios presente en el artículo 13 de la Convención, en especial en su inciso c, ya citad.

> La libertad de prensa no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios…
> Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier (…) procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo de que una restricción de las probabilidades

de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Como se observa en esta última cita, la «la restricción de las probabilidades de divulgación» por cualquier procedimiento, dicho en otras palabras, impedir, limitar u obstaculizar el acceso a los medios que permita la divulgación de opiniones e informaciones de cualquier persona o grupo social, es tan violatorio de la libertad de expresión como la censura a un periodista o a un empresario que ya cuente con un medio para hacerlo.

Es más, al ser el derecho a la información un derecho de doble dimensión, incluso es posible deducir que los medios de comunicación tampoco tienen derechos absolutos sobre las demás personas, sino que éstos también tienen responsabilidades con relación a sus oyentes y televidentes.

### 3.1 Concepto previo

Entendemos a la libertad de información (narrar hechos) como un presupuesto necesario para poder alcanzar la formación de una opinión pública, entendida como presupuesto necesario de un régimen político democrático (Fernández, 2004, p. 125). Es, por tanto, un derecho humano básico para la defensa de los propios derechos frente a los posibles abusos de la administración (Gauchi, 2012. p. 174)[2]. "Según fray Luis de León, la paz es el sosiego en el orden o,

2 "La corte constitucional presenta un amplio contenido a este tipo de libertad al manifestar que: (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio" (Corte Constitucional, Sentencia T-391 del 2007).

traducido en lenguaje moderno, la voluntad permanente de crear y mantener el orden" (Desantes, 1973, p. 302). Y el orden es el fruto del ordenamiento, de la norma. Una ley informativa será justa en tanto en cuanto favorezca la realización y la eficacia del derecho a la información. La normalidad no tiene un sentido estadístico, sino moral o jurídico: consiste en que la vida social se ajuste a las normas justas, las que realizan los derechos. El modo de actuar del informador, propiamente tal, se caracteriza por la rectitud, porque produce orden, paz, comunidad.

Así, al informar y difundir la información, el comunicador está dando a los demás lo que es suyo, aquello a lo que tienen derecho. Si el público, el sujeto universal, los otros, cada uno, todos tienen derecho a la información, entonces puede satisfacerse ese derecho en que consiste la justicia. La información es un acto de justicia.

Del informador que informa bien, se puede afirmar que es justo, que practica la justicia. Del informador que informa mal, se puede decir que es injusto, que va contra la virtud – incluso natural -, cardinal de la Justicia. El fin connatural con el acto informativo, se bifurca en dimensiones: una comunitaria y otra individual. La información crea orden, crea paz y, con ello, fundamenta y fortalece la comunidad. Comunidad y comunicación son ideas relacionales: no hay comunicación sin comunidad, no hay comunidad sin comunicación.

### 3.2. La dignidad de los menores como límites a libertad de información:

> Con miras a una justicia equitativa para todos, sostienen que las condenas deben ser impuestas por las cortes y a su discreción: es impropio y desorganizador que la prensa las imponga, ya que ésta no es dependencia gubernamental ni parte de la maquinaria judicial destinada para ocuparse de los transgresores de la ley. (Wesley, 1968, p. 9)[3].

Esta teoría está hecha sobre la base de la reserva de información de los delincuentes jóvenes y en general de la delincuencia juvenil y de las disposiciones legales, que limitan la publicación de noticias

3 Clark, Wesley. Derecho a la Información. Pág. 9

en el caso de los juicios de instrucción de los detenidos y de los proyectos tendientes a restringir las informaciones sobre los procesos.

### 3.2.1. Limitaciones informáticas en cuanto a la delincuencia juvenil

Este argumento es la base de los proyectos que limitan las publicaciones de noticias sobre arrestos con antelación al juicio, y de proyectos que limitan la información de los procesos mismos. Es fundamento, para aquellas leyes que tienden un velo de secretismo, en tomo a los delincuentes juveniles y a los transgresores menores de edad.

Tales proyectos se consideran generalmente como ataques contra el Derecho de información y lo son de verdad, aunque no sea su intención. El argumento se basa en la convicción de que todo joven comete errores y que no se debe permitir que esto destruya para siempre su capacidad personal, como miembro de la sociedad; deduce que si el joven malhechor es singularizado por la propaganda de los diarios, queda estigmatizado para siempre y, por lo tanto, actuará en adelante bajo una nube de sospechas. Mas, si su nombre se mantiene ajeno a los periódicos, entonces será posible rehabilitarlo y ponerlo en el sendero de la corrección.

Aunque en muchas de las comunidades pequeñas, el delito cometido es delito conocido: en el término de más o menos un día todos los pobladores saben quién ha cometido un delito y contra quien, la divulgación no la hace el diario, sino la palabra.

Las personas tienden a percatarse de los delitos por los canales informativos de los diarios, la televisión o la radio. “No solo debe ser castigado el malhechor, sino también alertara la colectividad, advertida para vigilar al delincuente” (Wesley, 1968, p. 43)..Si la Prensa quiere mantener su función como defensora de los pobres y de los menospreciados de la justicia, tendrá que mirar más allá de los límites de las grandes empresas. Su tarea debe ser la batalla contra la injusticia.

### 3.3. Delitos contra el derecho al honor, al buen nombre y a la honra[4]

La persona humana tiene derecho a la vida, del que se deducen de manera directa otros tres que contribuyen a delimitar la personalidad del hombre: el derecho a la libertad, la intimidad y la dignidad. Y estos prevalecen de modo absoluto sobre el derecho a la información, porque forman parte del núcleo mismo de la personalidad.

No ocurre así, por ejemplo, con el derecho a la propia imagen, sobre el que, a veces, prevalece el derecho a la información, porque queda ya más alejado del núcleo de la personalidad. Una reproducción del derecho a la dignidad se encuentra en el derecho al honor, que es el instrumento jurídico que salvaguarda tal dignidad:

> El honor como objeto de protección penal ha sido concebido desde muy diversas perspectivas (psicológicas, sociológicas, morales, etc.). Sin embargo, dado que se trata de un bien jurídico, parece necesario concebirlo también jurídicamente, atendiéndose de modo estricto a la perspectiva del Derecho (Soto, 1969, p. 17)

Esta misma finalidad y contenido en el ordenamiento colombiano se encuentra desarrollada por los derechos del buen nombre y la honra tutelados por la legislación penal, como el bien jurídico de la integridad moral. Pero hay otros derechos que, aunque vinculados al del honor, no traslucen la dignidad del hombre, sino el uso que cada hombre ha hecho de su propia dignidad. Así ocurre con el derecho a la reputación del hombre que ha realizado su dignidad y se ha hecho acreedor a ciertas distinciones sociales. O el derecho a la fama, que puede haberse elevado por el buen uso de la digni-

4 La Corte, constitucional en referencia a estos derechos determina: "La Corte Constitucional ha indicado que la honra y el buen nombre constituyen derechos fundamentales que se protegen tanto en sede de tutela, como a través de las instancias civiles y penales. La delimitación conceptual que ha hecho la Corporación de estos derechos fundamentales permite concluir que el buen nombre se refiere a la reputación de la persona, mientras que la honra hace alusión al respeto que la persona merece por su propia condición de tal. Empero, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido de manera absoluta ambos conceptos. En muchos casos, se indica que buen nombre es reputación, al igual que honra. De igual manera se encuentran decisiones en las cuales buen nombre y honra se refiere a la conducta en sociedad, sin precisar en qué se diferencian" (Corte Constitucional, Sentencia C-442 del 2011).

dad o degradado cuando el hombre se degrada a sí mismo con su conducta torcida.

La confusión de estos derechos ha traído consigo interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales erróneas; así, se considera, por ejemplo, el derecho al honor de manera limitada, al confundirlo con el derecho a la fama.

### 3.3. Los tipos penales de protección a al buen nombre, la honra y el honor como límites a la libertad de información

Es lógico que las leyes penales hayan tipificado delitos contra el honor en el conjunto de los delitos contra las personas. Y esto es lo que ocurre en la legislación que los regula en sede del Código Penal. En él, como ocurre en otros ordenamientos, existen nominadas la calumnia y la injuria.

La calumnia constituye una imputación falsa de un delito o de unos hechos que constituyen delito. Es, por tanto, una información de hechos que falta a la verdad y, por tanto, no adolece del constitutivo de la noticia, que es, precisamente, la verdad. No es verdadero mensaje, sino un inframensaje que merece una sanción y, en su caso, el posible resarcimiento del daño que haya podido causar en el patrimonio moral de la persona humana.

En Roma, por medio de la *exceptio veritatis* podía probarse ante el juez que la atribución del delito o de los actos delictivos es cierta, que el presuntamente calumniado los ha llevado a cabo realmente.

Es natural, por otra parte, que así ocurra. Si todo ciudadano está obligado a denunciar un delito, que se ha cometido y que conoce, no se va hacer una excepción con el informador cuando denuncia el delito a través de un medio de comunicación social. Por supuesto, este ha de ser tipificado en las leyes penales, o los actos que se atribuyen han de constituir los elementos de la definición de un delito tipificado. Y este ha de ser de los que persiguen de oficio, no a petición de parte, como ocurre con la propia calumnia y la injuria.

La injuria, en cambio, no supone atribución alguna, sino que, por sí misma, va contra el honor, sea cierta o no la expresión proferida o la acción ejecutada, como puede ser una caricatura o un dibujo injuriante. La injuria va directamente contra la dignidad de la persona y por eso es punible en todo caso, dada la prevalencia del

derecho al honor sobre el derecho a la información. La atribución de unos hechos delictivos a una persona, cuando es cierta, afecta a su fama, pero no a su honor, que ha sido mancillado por ella misma. En consecuencia, la *exceptio veritatis* no significa, como alguna vez se ha dicho, que el derecho al honor y a la dignidad del hombre sea limitado.

La jurisprudencia comparada exige en la injuria, como requisito constitutivo de la especie criminosa, el que se llama *animus injuriandi* (o intención de injuriar). Por cuanto la injuria se vierte en un medio informativo, no existe *animus injuriandi* cuando, por el contrario, existen otra serie de *animi*: *informandi, narrandi, criticandi, iocandi*, etc. La subjetividad de estos elementos hace que sean difíciles de probar, lo que se consigue mediante una objetivización consistente en el análisis del contexto en que se incrusta el mensaje injurioso.

Como rasgos comunes a todos estos supuestos, se prescribe que las imputaciones o expresiones sean graves, afrentosas o contrarias al prestigio social de la persona ofendida. Los gobiernos siempre piensan que están actuando bien. Creen que conocen los problemas mejor que la prensa, porque tienen informaciones que las que no cuentan los periodistas. Y entonces ven a la prensa como desestabilizadora:

> El problema —manifestó Hess— es que tienen que aprender a vivir con la prensa. Aprender a vivir con una prensa es muy difícil, ya que está siempre molesta. Es quizás el desafío más grande que tiene el gobierno de una democracia joven. La tentación de echarle la culpa a la prensa está siempre presente (Trotti, 1993, p. 65).

Sobre la intolerancia periodística, Anthony Kennedy, del Superior Tribunal de Justicia de los Estados Unidos, decía que "una democracia constitucional puede proteger la libertad de expresión únicamente si existe una fuerza vital que la sostenga... un compromiso de todos los ciudadanos a la tolerancia".

> La libertad de expresión es un fin en sí mismo, pero también es un medio para enseñar la necesidad de la tolerancia. […] Una sociedad libre exige tolerancia de las costumbres, las ideas y las religiones que no entendemos o que nos desagradan ((Trotti, 1993, p. 66).

### 3.4. La responsabilidad del periodista ante la intimidad de las personas

La información que se ajusta a la verdad y que no persigue un interés particular es un derecho que le pertenece al pueblo, y ningún gobierno, institución, funcionario, periodista o editor puede reclamar su Derecho de autor. En todos los países del mundo, se coincide en que la vida privada de un individuo es inviolable y debe penarse con toda fuerza de la ley alguna transgresión. De ahí nace la responsabilidad periodística de proteger la intimidad de una persona.

Sin embargo, en lo que respecta a las personas públicas, esa responsabilidad sufre un vuelco de 180 grados, ya que debe anteponer el interés general de la población a algún aspecto reservado de ese individuo. Obviamente, también se debe tener en cuenta que por más pública que sea la persona, hay datos de su intimidad que han de ser evaluados para su difusión, porque algunos pueden ser de interés público, pero otros solo son embarazosos para él y aportan un chisme intranscendente e irrelevante para los demás.

La vida privada de las personas públicas debe gozar de inmunidad, salvo si puede probarse que está íntimamente unida a los acontecimientos públicos. Aun así, cualquier persona, pública o no, que cree que ha sido menospreciada por la publicidad de su vida íntima tiene el derecho de recurrir a la justicia para que se revierta su situación. En la intencionalidad del proceder periodístico radica la diferencia entre el periodismo justo y el injusto.

Para el periodismo es muy válido tener en cuenta la figura de la intención, por cuanto en ella se detecta no solo el propósito de revelar datos desprestigiantes para una persona, sino también la forma en que esos datos son obtenidos, porque se sabe que la prensa sensacionalista, muchas veces, viola el espacio privado de las personas a cualquier costo, sacando fotos con teleobjetivos detrás de los ligustrines, escondiendo micrófonos y grabadores en lugares restringidos o pinchando teléfonos; casos que por sí solos ya configuran delitos penados por la misma ley.

Tal vez los detalles de la vida privada, incluso de una persona pública, son aquellos que prevalecen para el fortalecimiento de la

sociedad o los que el mismo individuo no se haya preocupado de mantener en reserva.

Para terminar este punto, se enfatiza en que el derecho a la intimidad se refiere a la vida privada. No así lo que hiciere la persona en su vida pública o en un lugar público, donde él mismo cae en la esfera de lo público, por lo cual publicarle sí es de interés. Así, pues, la libertad, para que sea bien fundamentada, tiene sus propios límites, entre ellos, la intimidad. El periodista tiene el deber de proteger la privacidad, siempre y cuando los hechos en ella cometidos no perjudiquen el bien común. Pues Mc Luhan siempre decía que el silencio es otra forma de violencia.

### 3.5. Los principios éticos y las prohibiciones penales como limites justos a la libertad de información

Como se puede rescatar de los avances realizados en las líneas anteriores, es claro el reconocimiento de la libertad de información como derecho fundamental, pero como tal no es absoluto; sobre él están otros intereses superiores, como la dignidad y la libertad. De esta manera, con la existencia de otros derechos y su prevalencia, se justifica la creación de límites moderados a esta libertad con tal de preservar a dichos principios rectores de violaciones graves por el ejercicio de otro derecho fundamental. Y esta es la labor social y ética que debe realizar el periodista, pues los principios éticos de su profesión y los límites penales de su labor se lo imponen. En este contexto resulta oportuno diferenciar el contenido de estas dos fuentes y sus implicaciones.

¿Qué diferencias existen entre un código ético y un código penal? Guariglia (1997) ofrece una respuesta ilustrativa:

> En un condado de los Estados Unidos fueron cometidos seis homicidios entre diciembre y marzo de 1954. Los hechos, intensamente cubiertos por la prensa, causaron una gran indignación, no sólo en el condado en que habían sucedido, sino también en el vecino. En abril fue detenido el imputado. Tras la detención, el ministerio público y oficiales de la policía presentaron sendos comunicados de prensa en los que se informaba que el imputado había confesado la comisión de los seis homicidios. Estos comunicados fueron intensamente publicitados por los medios. El imputado fue

formalmente acusado sólo por un homicidio, cometido, supuestamente, el día 23 de diciembre de 1954. Apoyándose en la extensa cobertura periodística del hecho, y en los efectos que ella había causado en los habitantes del condado vecino. El defensor planteó la necesidad de un nuevo cambio de radicación, alegando que la extendida e incendiaria publicidad también había alcanzado a ese condado, influyendo en sus habitantes. Este último planteamiento fue rechazado, aparentemente debido a que la legislación del Estado sólo permitía un único cambio de radicación. El imputado fue finalmente condenado (p. 87)[5].

Por lo anterior, es clara la notable influencia que la prensa ejerce sobre la sociedad y a su vez sobre las decisiones jurídicas y judiciales. Además, las normas de un código penal son decisiones de las autoridades, con las que se resuelven problemas cambiantes de la sociedad. Puede ser modificado cuando esos problemas desaparecen y reemplazadas por otras que respondan a nuevas necesidades.

En cambio, la ética codifica actitudes y tradiciones permanentes, fundadas en la naturaleza del hombre. Son tan inmodificables como esa naturaleza:

a) El código penal es impuesto desde arriba, por la autoridad de un gobernante; la ética surge desde abajo, desde la toma de conciencia que hacen los individuos sobre su naturaleza de sus actividades.
b) Los códigos penales dependen de la autoridad del Estado, que puede mantenerlos o cambiarlos según las necesidades de la comunidad, mientras los códigos éticos nacen del buen sentido de la raza humana; son la expresión de su conciencia.
c) Los códigos penales se obedecen por la coacción que ejercen desde fuera las autoridades. Una ley de tránsito, por ejemplo, se observa por miedo a la sanción que acarrearía su violación, no por la naturaleza de esa ley; en cambio, la ley moral va en la conciencia de cada persona y se impone por sí misma, sin necesidad de coacción externa. La ley penal es una ley positiva que interpreta remotamente la ley natural por una aplicación me-

5 Guariglia, Fabricio. "Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad". En Libertad de Prensa y Derecho Penal. Pág. 87.

diata a sus exigencias; la ley moral, en cambio, es la ley natural en acción, es su expresión más directa.

d) Las leyes penales están hechas para resolver determinados problemas planteados por la convivencia entre las personas, mientras que la ley moral busca la armonía del comportamiento humano con su propia naturaleza individual y social.
e) Las leyes penales, se elaboran de modo que no lleguen a contrariar la naturaleza; la ley moral es la armonía de la praxis humana con la naturaleza.
f) El ámbito de la ley penal es restringido: cubre la zona de jurisdicción del legislador. Por eso, sobre la misma materia puede haber legislaciones diferentes según los Estados o naciones; la ley moral tiene un ámbito de influencia universal, aunque los términos que esté expresada sean diferentes.
g) Las exigencias de una legislación penal son mínimas, porque deben conciliar los intereses de la mayor parte o de la totalidad de una comunidad; en cambio, las exigencias de la ley moral son de fondo porque tocan la naturaleza del hombre y sus obligaciones consigo mismo y con los demás.
h) Las normas morales, fundadas en la ley natural, no contradicen las leyes penales, que son leyes positivas. Sólo las desbordan, porque van más allá de lo que exigen leyes penales o civiles. En otras palabras, un periodista, por razón de su profesión, tiene más obligaciones que las que le corresponderían como simple ciudadano. Esas obligaciones, por ejemplo, su deber de investigar la verdad de los hechos que informa, no son un deber para el simple ciudadano sujeto a las leyes civiles y penales (Herrán, 2005, pp. 39-40).

Por ello, se hace necesario que haya normas morales para los propietarios de los medios de comunicación. Por otro lado, Ramiro Beltrán dice: "El interés del público se halla subordinado al afán mercantil, lo cual obliga a los comunicadores a vulgarizar su producción". Por ello, Lincoln Larrea expresaba que es necesario que la información, como un bien social, "se oriente hacia la concientización de los ciudadanos para asegurar la completa comprensión de los procesos económicos y políticos" (en Martínez,1987, p. 38).

Capítulo VII

# Los otros enemigos de la libertad de expresión

> La verdad y la solidaridad son dos elementos claves que permiten a los profesionales de los medios de comunicación convertirse en promotores de la paz.
>
> **Juan Pablo II**

## 1. Introducción

Al lado de los mecanismos tradicionales con los que suele restringirse la libertad de expresión (*v.gr.*, censura previa, imposición de penas privativas de libertad, etc.), existen otras estrategias más elaboradas a través de los cuales el Estado puede imponer de forma subrepticia censura o autocensura a los medios de comunicación y el público en general. Algunos de estos subterfugios son bastante drásticos como la muerte, la persecución, la extradición o las amenazas frente a periodistas o líderes políticos; otros son más disimulados, al tratarse de medidas de carácter "general", como sería el caso del establecimiento de impuestos excesivos en los materiales utilizados por los medios de comunicación, la instauración y el mal empleo de regímenes de control para la adquisición de moneda extranjera o la distribución o asignación en los distintos medios de comunicación de las propagandas de los organismos estatales.

Es importante recordar que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> 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 la información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

En ese sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los "métodos de restricción indirectos, frecuentemente conllevan el uso de mecanismos legítimos de manera discriminatoria o abusiva,

para recompensar o sancionar a periodistas u otras personas por sus declaraciones[1].

A continuación se hará referencia a algunos de estos mecanismos indirectos de restricción —o más bien, vulneración— del derecho a la libertad de expresión. Se analiza inicialmente si el activismo periodístico de los últimos tiempos dentro los procesos judiciales y su probable extralimitación puede legitimar un control judicial, o bien, estaríamos ante la presencia de represiones por parte de la jurisdicción estatal.

## 2. Las labores judiciales y el periodismo: entre la represión y el control

La falta de responsabilidad ética de los periodistas en el manejo de información judicial ha suscitado en repetidas ocasiones la queja de las autoridades judiciales. Los reproches versan sobre varios aspectos, entre los cuales hay que mencionar los siguientes:

a) El periodista se atribuye el papel de juez: "La prensa es indispensable e útil, pero a veces se convierte en juzgador de casos y de jueces, abandonando su misión de presentar los hechos, dando opiniones sobre autorías o responsabilidad. En otras ocasiones, se dedica a demeritar los fallos y a influir la conciencia ciudadana, en contra del respeto que merecen los magistrados y su investidura" (Gonzales, 2014, p. 4).

b) Publicación, por el periodista, de datos provenientes del expediente de un proceso judicial, que se encuentra bajo reserva sumarial, lo que además de ser antiético, está legalmente prohibido.

c) Descuido en la utilización del lenguaje jurídico.

## 3. El asesinato, persecución e intimación física y psicológica de los periodistas[2]

No cabe la menor duda de que todas las posibles medidas indirectas frente a la libertad de expresión, el asesinato, la persecución

1 Los documentos mencionados y elaborados por la Relatoría pueden revisarse en la página web: http://www.cidh.org/relatoría.

2 "EL CAIRO (AFP). Los periodistas que cubren los enfrentamientos entre partidarios y adversarios del presidente egipcio Hosni Mubarak en El Cairo denuncian ser víctimas de persecuciones e intimidaciones, así como de un número creciente de agresiones. En torno a la emblemática plaza de la Liberación (Tahrir), policías de civil y partidarios de Mubarak

y la intimidación física y psicológica de los periodistas son las más drásticas e inhumanas. Lamentablemente, no son pocos los casos que se reportan sobre este tipo de amedrentamiento frente a la libre expresión del pensamiento.

Es evidente que asesinar, perseguir o intimidar a periodistas busca generar pánico y temor en el ejercicio de esta profesión, para así tratar de inhibir a estos profesionales de ciertas coberturas o expresiones de una o varias tendencias ideológicas. Por ello, algunos gobiernos, bien sea con sus acciones o sus omisiones, entienden que este es uno de los métodos más efectivos frente a la crítica o el cuestionamiento (Restrepo, 2002, p. 239).

Afortunadamente, son cada vez más las organizaciones nacionales e internacionales que han venido alertando, denunciando y combatiendo esta conducta criminal, lo que ha coadyuvado a generar un efecto contrario en el mundo del periodismo, en el sentido de que cada vez menos se logra intimidar a los profesionales del periodismo, frente a este tipo de delitos. Más bien, en algunos casos —lamentablemente, no siempre— estos crímenes han logrado unir a profesionales del periodismo de distintas y antagónicas tendencias ideológicas[3].

Con todo y esto, son alarmantes las cifras que demuestran las organizaciones relacionadas con la libertad de prensa. Así, por ejemplo, la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) elaboró un

---

hostigan o agreden a periodistas desde el miércoles. Defensores del régimen de Mubarak vestidos de civil suelen emprenderla con quien se pasee con una cámara o una máquina de fotos. Estados Unidos lamentó una 'campaña concertada' contra los medios extranjeros que cubren la rebelión popular contra el régimen del mandatario y lo considera 'totalmente inaceptable'. España exigió a las autoridades egipcias que 'garanticen la seguridad de los periodistas españoles', algunos de los cuales fueron agredidos. La corresponsal de la televisión pública española en la zona (TVE) Rosa Molló fue agredida cuando estaba en un taxi. Un grupo detuvo el coche, la sacó del mismo pidiéndole que se identificara antes de imprecarla y empujarla. Un grupo de periodistas del diario catalán La Vanguardia fueron agredidos junto a sus guías. 'Creo que es una caza al periodista deliberadísima. […] Son matones', afirmó Joaquín Luna, enviado especial de La Vanguardia. Otro de la televisión catalana de TV3 fue agredido y su material expoliado en pleno directo. También resultaron afectados un periodista de la emisora Radio Catalunya, una enviada especial del diario ABC y otra de la radio Cope, según diversas fuentes. Un periodista y un camarógrafo de las estatales Radio Nacional y Televisión Brasil fueron detenidos, vendados y obligados a volver a su país, informó la Agencia Brasil" (Abc Color Digital, 4 de febrero del 2011).

3 Como es el caso de las acciones de amnistía internacional.

registro sistemático de los asesinatos contra periodistas en el Hemisferio Occidental a partir de fines de 1987. Ello, a través de una lista que contiene los nombres, el medio de comunicación para el cual trabajaba, el país donde fue asesinado y la fecha. Muchos de estos asesinatos permanecen sin resolverse y sin que se conozcan los motivos del crimen. Esta lista revela que 277 periodistas fueron asesinados entre noviembre de 1987 y diciembre de 2004[4].

Por su parte, el Instituto para la Seguridad de la Prensa (INSI) publicó el 3 de mayo del 2005 una investigación a nivel internacional sobre el creciente número de periodistas asesinados en el cumplimiento de su labor profesional. La investigación tiene como objetivo indagar las razones que hay detrás de los asesinatos de periodistas y producir un informe con recomendaciones para la acción mundial, tendientes a reducir las muertes de los trabajadores de la prensa. En ese estudio se revela que al menos 1300 periodistas y trabajadores de los medios de comunicación han muerto mientras cubrían noticias peligrosas alrededor del mundo en los últimos 15 años.

En el mismo sentido, un informe presentado al IX Congreso de la Federación Latinoamericana de Periodistas (FELAP), por un grupo de periodistas identificados con la izquierda, y que abarca hasta octubre de 2003, se reseña que en América Latina hubo más periodistas asesinados, que en la guerra de Irak donde cayeron 14 profesionales[5].

En otra investigación del 2003, la Federación Internacional de Periodistas (FIP) afirma que en todo el planeta fueron 83 periodistas muertos por la violencia, 13 más que en 2002, y aclara que 18 otros casos se están investigando. Menciona a Irak, Filipinas y Colombia como los países con mayor número de asesinatos. Igualmente es indispensable citar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos de Venezuela, realizado en el 2003, donde se detalla todo un capítulo relacionado con las amenazas, hostigamiento y agresiones en contra de periodistas y medios de comunicación:

4 La lista puede verse en la página web: htpp://www.impunidad.com
5 Ver en la página web: htpp://www.ciap-felap.org

378. La CIDH y la Relatoría constaron la reiteración de agresiones verbales o físicas ocurridas en los últimos años. No cesaron las amenazas y ataques contra comunicadores sociales, especialmente con aquellos que cubren eventos, concentraciones políticas y actividades relacionadas con las fuerzas de seguridad. Antes, durante y después de la visita *in loco*, se informó que los comunicadores sociales que trabajan en las calles eran blanco directo de agresiones y hostigamientos. El estado general de la situación imperante en Venezuela, ha generado un clima de agresión y amenaza continuada contra la libertad de expresión y en particular contra la integridad personal de periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de la comunicación social. Los incidentes registrados abarcan desde amenazas y lesiones a la integridad física hasta vulneraciones al Derecho a la vida, como el asesinato del reportero gráfico del diario 2001, señor Jorge Tortosa, ocurrido durante los sucesos del 11 de abril de 2002.

379. Se ha denunciado a la CIDH varios casos referidos a amenazas y otros actos de hostigamiento contra periodistas.

**4. Colegiación obligatoria**

Se ha reconocido que otra fórmula de coartar en forma directa la libertad de expresión es mediante la exigencia de requisitos especiales para poder expresar libremente el pensamiento. En ese sentido, un debate que ha dado lugar a muchas posiciones encontradas es la relación con la exigencia de ser periodista profesional, egresado de una universidad reconocida legalmente, y estar inscrito en el respectivo colegio profesional, a fin de poder realizar las actividades naturales de los periodistas, esto es, expresar sus ideas, opiniones e informaciones a través de los distintos medios de comunicación.

Muchas han entendido que al ser la libertad de expresión de un derecho consustancial con la democracia, no pueden existir limitaciones que impidan el acceso de cualquier ciudadano a un medio de comunicación, a los fines de expresar sus ideas u opiniones. Se trata de una actividad que puede realizar cualquier ciudadano, sin ningún tipo de distinción, pues por más mal expresada que esté una idea o una información, no pudo tolerarse la censura previa o

la exclusión de las personas que no hayan estudiado una determinada profesión.

Este interesante debate dio lugar a una solicitud de una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por parte de Costa Rica, a fines de aclarar la contrariedad de la colegiación obligatoria con el derecho a la libertad de expresión, contenido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[6].

6 Así, en la Opinión Consultiva núm. 5, del 13 de noviembre de 1985, esa Corte consideró lo siguiente: "53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringiría más allá de lo legítimamente permitido. 54. En verdad no toda trasgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información del control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. La Corte considera que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie. 55. La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo puede ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictoria con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno. 56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurase, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 57. Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2 Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición. 58. Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al 'difundir informaciones e ideas de toda índole […] por cualquier […] procedimientos de su elección' invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados, lo que obliga a examinar si sus fundamentos caben dentro de los considerados legítimos por la Convención para determinar si tal restricción es compatible con ella. 59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son 'necesarios 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". La Corte observa que los argumentos alegados para defender

## 5. La revocatoria de nacionalidad de periodistas o líderes de la sociedad civil

En el informe del relator especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 2009[7], se destacan varios mecanismos indirectos de violación de la libertad de expresión. Uno de ellos está relacionado con la revocatoria de nacionalidad a periodistas o líderes de oposición, con todas las consecuencias jurídicas que ello impone, como puede ser la posibilidad de ser dueño o dirigir un medio de comunicación.

En este sentido, vale la pena mencionar el caso del obispo guatemalteco Juan Gerardi, a quien se le negó el reingreso a Guatemala, después de haber concurrido a una reunión de la Iglesia Católica en Roma, donde había presentado un informe acerca de la situación de la Iglesia en Guatemala. En ese caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la denegación del ingreso al obispo Gerardi constituía una violación del artículo 13 de la Convención Americana, aunque no dio los fundamentos jurídicos de esa decisión.

Una situación similar ocurrió con el caso Ivcher Bronstein, decidido por la Corte interamericana en el 2001. Se trataba de un ciudadano naturalizado de Perú y accionista mayoritario de la empresa que operaba el Canal 2 de televisión de ese país. En su carácter de accionista mayoritario, el señor Ivcher Bronstein ejercía el control editorial sobre los programas de la estación, en uno de los cuales, denominado *Contrapunto,* se difundieron varios informes periodísticos sobre abusos, incluidas torturas y casos de corrupción perpetrados por los Servicios de Inteligencia del Gobierno Peruano. A raíz de esos informes, el señor Ivcher Bronstein fue sometido a numerosos actos intimidatorios que culminaron con un decreto revocatorio de su ciudadanía peruana.

---

la legitimidad de la colegiación obligatoria de los periodistas no se vinculan con todos los conceptos mencionados en el párrafo precedentemente, sino sólo con algunas de ellos. Se ha señalado, en primer lugar, que la colegiación obligatoria es el modo normal de organizar el ejercicio de los profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen".

7 Véase, además, el informe del Relator especial para la Libertad de Expresión del 2009, en www.cidh.org/Relatoria.

Ante esta situación, la Corte IDH[8] consideró que "la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa *Contrapunto del Canal 2* de la televisión Peruana".

**6. Las cadenas oficiales**

El mecanismo, según expresión de Francisco Javier Díaz Revorio, que ha resultado más efectivo en los últimos años, y en especial en Venezuela, para el control editorial de la radio y la televisión ha sido el uso indiscriminado de la supuesta potestad del presidente de la República de ordenar la transmisión de discursos o mensajes en forma simultánea (cadenas).

Tanto es así, que la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó, en su comunicado de prensa 55/09, del 9 de abril del 2009, lo siguiente:

> Durante una reciente visita a Venezuela la Relatoría manifestó su preocupación por el uso arbitrario de las cadenas nacionales, en los medios de comunicación como vía indirecta de restricción al Derecho a recibir información. La Relatoría, recomienda al Estado Venezolano que cese con dichas intervenciones, permitiendo un libre flujo de ideas y opiniones; garantizando el ejercicio pleno de la libertad de expresión, pilar fundamental de una sociedad democrática[9].

8 Textualmente, el fallo dispuso lo siguiente: "146. En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y a la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por un tanto, un derecho de cada individuo, pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Estas dos dimensiones deben garantizarse en forma simultánea".

9 En el mismo sentido, el presidente de la Asociación de Reporteros sin Fronteras, Fernando Castello, destacó en una rueda de prensa: "Las llamadas cadenas son un recurso de poder en Venezuela, es insólito que suceda en un país democrático, las autoridades no utilizan canales propios y menos aún la imposición de la agenda para llegar a transmitir mensajes que no son de emergencia nacional. En un sistema democrático los medios de comunicación públicos y privados son los encargados de difundir las informaciones existentes entre

No hace falta mayor experticia en derecho constitucional (y hasta en sentido común) para concluir, sin posibilidad de equívocos, que en Venezuela se ha venido cometiendo en los últimos años una de las más claras violaciones al derecho de la libertad de expresión, con el uso y el abuso indiscriminado de las cadenas "oficiales" y sobre todo las presidenciales[10].

En efecto, desde hace mucho tiempo, la doctrina y jurisprudencia universal han venido reiterando que el derecho a la libertad de expresión incluye también *el derecho a no decir lo que no se quiere,* incluso en cualquier tipo de medio de comunicación. Y esto no puede desvirtuarse con la frágil excusa de que el Estado es el administrador (mas no dueño) del espectro radioeléctrico y, por tanto, sus principales funcionarios se encuentran facultados para utilizar, a diestra y siniestra, y sin ningún tipo de justificación racional, los espacios que le plazcan, en los distintos medios de comunicación que se utilizan ese espectro radioeléctrico.

**7. Ilegítima presión y persecución tributaria o cambiaria**

La imposición de altas y desiguales cargas y controles fiscales suele ser otra fórmula bastante efectiva para soslayar la libertad de prensa. Se trata de un mecanismo que utilizado bien puede ser muy difícil de detectar o cuestionar, pero no por ello deja de ser ilegítimo y reprochable en un Estado de derecho.

Es lógico que la imposición de determinados aranceles y tributos relacionados en forma directa con los insumos relacionados con los productos y servicios requeridos por los medios de comunicación privados puede ser un factor muy importante de presión editorial. Por ello, es indispensable que se atienda siempre a los estándares internacionales fiscales, a los fines de evitar el ejercicio

---

la sociedad y sus gobernantes" (las declaraciones textuales fueron obtenidas de la página web htpp://www.unionradio.com).

10Quizás sea bueno insistir en que la *transmisión en cadena* implica que todos los canales y las emisoras de televisión y radio *deben* suspender sus programaciones para pasar a transmitir *simultáneamente* algún discurso o mensaje del presidente o vicepresidente de la República, o de algún ministro, bien que haya sido grabado previamente, o que se genere en vivo y directo. Es importante esta precisión toda vez que esta atribución no existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados.

abusivo del poder tributario del Estado, con la intención de disminuir o hacer más onerosa la actividad periodística.

Pero al lado del establecimiento de cargas fiscales, las cuales suelen ser, en la mayoría de los casos, de carácter general, es común observar, sobre todo en los sistemas autoritarios, cómo los funcionarios fiscales persiguen con mayor frecuencia, fortaleza y arbitrariedad a determinados medios de comunicación que se distancian de las "líneas "oficiales. A veces es simplemente sorprendente la desigualdad de trato entre los diversos medios de comunicación, dependiendo de su relación con el gobierno de turno.

Sin lugar a dudas, la persecución fiscal puede ser un método bastante intimidatorio para evitar el libre flujo de opiniones, pues dependiendo de la intensidad de la persecución, se puede poner en peligro hasta la existencia misma del medio de comunicación, de acuerdo con su relación con el gobierno de turno.

**8. Allanamientos ilegales a los medios de comunicación**

Más arbitrarias y radicales suelen ser, según Díaz Rangel (2002), las medidas de allanamientos policiales, bien sea solicitud del Ministerio Público o a solicitud del órgano regulador de los medios de comunicación radioeléctricos, sobre todo cuando estas no cumplen con los parámetros necesarios predeterminados por la ley[11].

**9. Presencia accionaria del Estado en los medios de comunicación y control editorial de las transmisiones de estos.**

Otra fórmula de combatir la libre expresión del pensamiento lo constituye la presencia accionaria determinante cada vez más frecuente del Estado en los distintos medios de comunicación; sobre todo cuando esa presencia se utiliza para imponer ideologías oficiales o controvertir las opositoras.

Obviamente, el peligro de esta estrategia es la imposición de una sola ideología y la manipulación del pensamiento. En princi-

11 Un ejemplo, según datos extraídos de internet, es que "en virtud de una visita del Presidente Hugo Chavez a la Ciudad de Guayana se presentaron una serie de disturbios y manifestaciones. A raíz de ello se produjo un allanamiento de un comando de la guardia nacional en la sede del canal de Televisión TV Guayana, sin presencia de testigos ni fiscales del Ministerio Público, y obviamente, sin mediar ningún tipo de orden judicial" (www.me.gob.ve/coleccion_bicentenario/pdf/media/historiavnzla4.pdf).

pio, no habría mayores problemas si este tipo de alternativas compitieran en igualdad de condiciones con otras opciones de la televisión o radio privada. Pero el problema surge cuando el Estado no solo se conforma con poseer un buen número de canales y emisoras públicas, sino que además busca imponer, a través de vías legislativas y regulatorias, limitaciones a los medios privados. Con ello se produce una clara situación contraria a la libre competencia.

Un buen ejemplo de la justificación de esta tendencia se encuentra en un trabajo de Hernández, publicado por cierto en la página web de Conatel, donde se llega a afirmar que las Naciones Unidas "dejaron de ser defensoras de los intereses mediáticos con graves consecuencias para el ejercicio de todas las libertades" (Hernández, 2005, p. 231).

**10. Silencio deliberado de los medios de comunicación**

Otra forma subrepticia de coartar la libertad de expresión e información se da mediante el *silencio deliberado* de los principales medios de comunicación sobre determinadas noticias ajenas a sus intereses. Un buen ejemplo de esta fórmula la podemos encontrar en el caso de Venezuela en los sucesos de abril del 2002, donde los principales medios de comunicación dejaron de darle cobertura a ciertas manifestaciones de ciudadanos que respaldaban el regreso del presidente Hugo Chávez. Así lo denunciaron varias organizaciones defensoras de derechos humanos, como es el caso de Provea, al igual que otros periodistas, como es el caso de Eleazar Díaz Rangel.

**11. Otras fórmulas de vulnerar en forma subrepticia la libertad de expresión**

Aparte de los principales mecanismos indirectos de intimidación a la libertad de prensa a que se ha hecho referencia, existen otros que, por sutiles, no dejan de ser menos efectivos para lograr ese perverso objetivo. A continuación se hará mención uno especial: la utilización y manipulación de la propaganda oficial.

Este mecanismo constituye una fórmula bastante eficiente de cercenar la libre expresión del pensamiento en los distintos medios de comunicación; consiste en la repartición desproporcionada y de-

liberada de la publicidad institucional, sobre todo en épocas donde el Estado se ha convertido en uno de los principales anunciantes y financistas de los medios de comunicación.

Con esta estrategia se busca favorecer los medios de comunicación con tendencias favorables a los intereses del partido de gobierno, lo que implica la posibilidad de que ciertos medios se vean en la obligación de "bajar el tono" de sus denuncias públicas o, incluso, dar cabida a periodistas de ciertas tendencias y a dejar por fuera a otros, a cambio de un buen cúmulo de publicidad oficial, como las publicidades de las binacionales (Itaipú y Yacyreta).

Esta fórmula puede presenciarse claramente en los medios de comunicación paraguayos y del extranjero, donde los estatales cuentan con una pronunciada publicidad institucional, a cambio de una programación claramente marcada ideológicamente. Incluso, hasta en la prensa escrita puede evidenciarse esta desigualdad y las consecuencias que de ellas se derivan.

Este mecanismo puede llegar, incluso, hasta la perversidad de incentivar la "corrida" de publicidad de determinados productos o servicios no oficiales en los medios de comunicación privados, a cambio de favores o beneficios gubernamentales; siempre, claro está, en la búsqueda de mantener amenazados a los dueños y editores de los distintos medios[12].

12 Por ello, Justino Sinova, en su obra *El poder y la prensa. El control político de la información en la España Felipista*", señala: "E muchos ordenamientos jurídicos foráneos existe la obligación de que la publicidad se reparta en condiciones de igualdad, y respetando siempre los límites de la libre competencia. Así, en España, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Justicia ha determinado la publicidad institucional debe respetar ese principio de igualdad en el reparto de la publicidad oficial, y a proscribir cualquier discriminación por razón de opinión o de características y circunstancias personales".

Capítulo VIII

# Libertad de prensa como componente de la libertad de expresión

## 1. La prensa y su injerencia en los procesos penales

Muy vinculado a la garantía de presunción de inocencia, o estado de inocencia, aparece la prensa, ya que esta entidad generalmente presenta al sujeto, desde el momento mismo de su aprehensión, como el responsable del hecho que se le imputa, cuando en realidad es solo un sospechado que puede o no resultar al final responsable del —valga la redundancia— hecho que se le imputa.

En un país como Paraguay, donde la prensa aparece como una institución que lleva procesos paralelos a los practicados en el ámbito jurisdiccional, es muy difícil que se dé un respeto a una garantía consagrada en la Constitución nacional. Para poder hacer su tarea de "informar", la prensa generalmente recurre a una norma insertada en la Constitución: la libertad de prensa, institución que para los beneficiados es absoluto y no existe posibilidad de mengua en esta, aunque con ello se estén vulnerando otros derechos aún más importantes del ser humano.

Evidentemente existe una libertad de prensa, y esta es concomitante con el derecho a informarse; pero sobre el pretexto de estos derechos no se puede exponer a un sujeto particular a la degradante situación del escarnio público, vulnerado de manera patente su garantía de presunción de inocencia, consagrado en la Constitución como un derecho fundamental.

Para poder dar un enfoque global de este punto es necesario hablar de los dos aspectos: por un lado, de la libertad de prensa y de los que la defienden como un derecho absoluto; por el otro lado, de los límites impuestos a esta libertad. Los defensores de la libertad de prensa, utilizan consignas como "la libertad de expresión y la democracia son hermanas"[1].

## 2. ¿La libertad de prensa es un derecho fundamental absoluto?

Los defensores de la libertad de prensa dicen que es un derecho inalienable de la sociedad, y como tal no puede estar expuesta al humor o a los intereses espurios de funcionarios, jueces y políticos; es un derecho por lo cual los hombres libres deben luchar todos

1 Del artículo "Democracia y libertad de expresión son hermanas siamesas" (Diario ABC Color, 27 de octubre del 2004, p. 12).

juntos, todos los pías, para que la luz de las libertades logradas con tanto sacrificio no se apague. Si se apaga la libertad de prensa, se apagarán todas las demás libertades.

Y una forma de ir apagando esa libertad de prensa constituye las medidas de sanciones y presiones, que muchas veces someten a los periodistas y medios de comunicación; medidas de tipo económico y penal inclusive, en total contravención a los preceptos constitucionales y normas internacionales, que protegen el ejercicio del periodismo, con costumbres y normas que la experiencia ha demostrado ser fundamental para el ejercicio de la profesión. Es el caso de la no obligación de revelar las fuentes de su información. Este es un derecho que a través del tiempo ha demostrado ser un pilar fundamental para el ejercicio del periodismo libre.

Las tiranías y corrupciones de todo tipo siempre han buscado la forma de que la información pública no llegue a la opinión pública, para lo cual prohíben de mil formas la publicación de la información pública, aún en contra de las normas constitucionales que garantiza al pueblo su derecho a acceder a la información pública de los organismos gubernamentales.

Los gobiernos autoritarios o no han encontrado toda forma de prohibir la publicación de las gestiones públicas. Utilizan así toda forma de amenaza y prohibición a los funcionarios públicos encargados de la fuente de esas informaciones, que son públicas para todos los ciudadanos.

El derecho a no revelar las fuentes de su información ha sido una conquista muy valiosa que ha garantizado la publicación de toda clase de información de carácter público, originada en las oficinas gubernamentales o privadas. Esto ha llevado a descubrir toda clase de iniquidades, ilicitudes, actos ilegales o robos escandalosos, que de no mediar su publicación, jamás se hubieran sabido y hubieran quedado impunes.

Solamente la publicación de esos hechos por la prensa ha permitido a las instituciones encargadas de investigar, juzgar y castigar los ilícitos, actuar en esos casos. De otra forma, hubieran quedado impunes, escondidos en la oscuridad del secreto de Estado. La Regla debe ser la publicidad de presuntos actos o hechos de

corrupción. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Paraguayo a pagar una Multa[2].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción. Sostiene que la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción. El organismo internacional tuvo esta postura en el fallo que condenó al Estado paraguayo a pagar más de treinta y cinco mil dólares al ingeniero Ricardo Canesse[3], a quien la justicia paraguaya había procesado y condenado por más de ocho años, a raíz de una crítica al entonces candidato a la Presidencia de la República, el ingeniero Juan Carlos Wasmosy. Los empresarios vinculados a Conempa se agraviaron y querellaron a Canesse. Ahora, la nueva Corte de nuestro país condenará al director de *ABC Color*, Aldo Zucolillo, por las publicaciones de hechos de corrupción en el Banco Nacional de Trabajadores, que supuestamente involucran a los políticos Wasmo-argañistas Juan Carlos Galaverna y Juan Ernesto Villamayor.

En su sentencia condenatoria al Estado paraguayo, gracias a los fallos manipulados del poder judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo:

> El libre discurso y debate político son parte esencial para la consolidación de la vida democrática de las sociedades..
>
> Dado el interés social imperativo que rodea a este tipo de debates, las justificaciones permisibles al Estado para restringir la libertad de expresión en este ámbito son mucho más estrictas y limitadas, ante el Derecho a la libertad de expresión e información, que es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad, para

2 Del artículo "La regla debe ser la publicidad de presuntos actos de corrupción", del Diario ABC Color, p. 7, 27 de octubre del 2004.

3 Ingeniero y político paraguayo. Fue candidato a la Presidencia de la República en las elecciones de 1993 por una coalición de partidos políticos sin representación parlamentaria. Por su postura crítica al entonces candidato y después presidente de la República, el ingeniero Juan Carlos Wasmosy, fue querellado por este por difamación y calumnia. Fue condenado a la cárcel, pero con suspensión de la condena por tribunales Paraguayo. Apeló ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que falló a su favor y condenó al Estado paraguayo al pago de una multa de 35.000 USS. Los Tribunales paraguayos impidieron salir del país al Ing. Canesse durante ocho años, estando como prisionero dentro de nuestras fronteras.

ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público.

El derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes, respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. La libertad de expresión es una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción. Además, la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción.

**3. Límites a la libertad de prensa**

El artículo constitucional que hace referencia a la libertad de prensa es el 26, que se expresa del siguiente modo:

> Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.
> Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir infrmación, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Es evidente que los hombres de prensa toman este artículo como una especie de dogma fundamental, que se sobrepone a cualquier derecho que pueda tener el ser humano, por más importante que sea el derecho conculcado a través de la actuación de la prensa. Sin embargo, el propio artículo aludido refiere una limitación a la actuación de la prensa, ya que dice que son límites los dispuestos por la propia constitución, y justamente de la lectura de la Carta Magna se pueden colegir varios artículos suyos que hacen referencia a dichas limitaciones, por ejemplo: la protección del honor y la honra (artículo 4), la presunción de inocencia (artículo 17, numeral 1), la publicación sin prejuzgamiento de los procesos judiciales (artículo 22) o la intimidad de la persona (artículo 33). Estos son algunos de los derechos establecidos a favor de todas las personas y que sirven

de límite a la libertad de prensa, es decir, para mengüe la actuación de estos en determinadas circunstancias.

También el Código Procesal Penal trae consigo algunas o varias limitaciones a la libertad de prensa, en los casos de tutela del honor y, por supuesto, en la protección que se establece al sujeto sindicado como responsable de un hecho punible; es decir, al imputado, quien goza en todo momento de su estado de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y después de una investigación con todas las garantías debidas. De todo esto, ya hablamos en el tratamiento que hicimos de la presunción de inocencia, o estado de inocencia, del individuo en el proceso penal, que quedó establecido en el capítulo anterior; por lo que solo hablaremos de la tutela del honor en el Código Penal.

Evidentemente, que al igual que la Constitución, el Código Penal resguarda el honor de las personas. En ese sentido puede decirse que el Código Penal de Teodosio González, que rigió hasta 1998 y que fue derogado por el actual Código Penal, era de una corriente inquisitoria, propia de la época en que él entró en vigencia; por consiguiente, no eran muchas las garantías establecidas a través suyo. Con la entrada en vigencia de la Ley 1160/97, el sistema penal pasó a ser garantista, con lo cual ingresaron las nuevas corrientes dogmáticas vigentes en materia penal. Entre los distintos cambios que trajo consigo el nuevo Código Penal se encuentran los que afectan la defensa del bien jurídico honor. Las agresiones al honor se encuadraron de manera irrestricta al principio de legalidad, dentro del marco de un derecho penal de acto y de responsabilidad subjetiva.

El honor es defendido en sus dos aspectos: subjetivo y objetivo, como lo hacían los anteriores Códigos. Ahora bien, en el caso actual debe tenerse en cuenta que este aspecto bifronte es enunciado por la propia Constitución vigente. El capítulo del Código Penal que hace referencia a la tutela del honor remarca este aspecto, al denominarse: "Hechos punibles contra el honor y la reputación".

El sistema ha salido fortalecido de su confrontación con la puesta en práctica en los tribunales. Por tanto, de esta prueba, de la cual emergió airosamente, queda claro que la configuración actual permite una adecuada protección del honor. El Código Penal mantie-

ne el sistema tripartito de Teodosio González, pero con un contenido distinto para cada uno de los tipos penales. El legislador ha buscado, en ese sentido, identificar cada tipo de manera clara y precisa, apartándose del estilo adoptado por la mayoría de los demás códigos. Bajo la designación de "Hechos punibles contra el honor y la reputación" describen conductas, así como sus consecuencias jurídicas, desde el artículo 150 hasta el 156. Las llamadas "injurias de hecho" ("ultraje") quedan confinadas al campo del maltrato y la figura de la calumnia queda despojada de su carga objetiva, como la que conservaba en los dos Códigos anteriores.

Esto quiere decir que la Constitución ha previsto una protección a las personas que podrían ser afectadas por la actuación de la prensa. La Ley Fundamental ha previsto esta protección en diversos momentos de la vida de las personas, que podría ser incluido en un momento en que la persona esté soportando un proceso penal, en el cual se debe respetar su derecho de estado de inocencia, lo cual está garantizado expresamente en el artículo 17, e indirectamente en el artículo 22 de la Constitución.

Además de la Constitución, hay que tener en cuenta los límites impuestos en el plano legal, esto es, en el Código Penal y el Código Procesal Penal, que establecen varios artículos referentes a las diversas garantías establecidas para el proceso penal, y en especial el derecho de todas las personas, de gozar de la tutela del estado de inocencia.

En un Estado de derecho, la función de la prensa y la libertad de prensa son fundamentales, pues garantizan la publicidad de todo lo actuado por los funcionarios públicos, como por los particulares, de manera que nuestra democracia representativa funcione; es decir, existe casi una necesidad de que las cosas se hagan públicas, pero no vamos —so pretexto de la libertad de prensa y de información— a someterlo a un sujeto al escarnio público antes de que sea comprobada fehacientemente su responsabilidad en un proceso penal en el cual se le hayan brindado todas las garantías. Por todo ello, la libertad de prensa no puede superponerse a la presunción de inocencia o estado de inocencia del que goza todo individuo durante el desarrollo del proceso penal.

Capítulo IX

# El periodismo y su ética

## 1. Importancia del tema

Decía John Calhoun Merrill que "antes de elegir una ética en particular, todo periodista decide elegir entre ser una persona ética o no. Esta es la primera y más importante elección que tiene ante sí".

> La ética, desde el punto de vista etimológico es una ciencia que estudia el *ethos*, es decir, algo característico de la costumbre, de los modos habituales de actuar y, por fin, la propia naturaleza o capacidad natural del hombre para comportarse de una u otra manera con un fin determinado (Balderrama, *et al.* s. f., p. 2).

Por lo tanto, la calificación del grado de bondad con respecto al bien supremo del hombre es el fundamento real de la obligación ética. De esta manera, la ética se encarga de estudiar la actitud humana acostumbrada o, simplemente, los actos humanos. En realidad, la ética o la moral natural son la ciencia filosófica, teórica y práctica que investiga la moralidad de los actos humanos y estudia los valores, la vida y la conducta moral de la persona y de la comunidad humana, teniendo siempre como fin de la honestidad. A su vez, la ética se divide en ética general y ética especial[1].

La persona humana posee un sentido ético o moral. Este sentido está estrechamente ligado a los actos volitivos, en cuanto los califica, con cierta seguridad, como buenos o malos. En la actualidad, y gracias al avance de la tecnología, los medios masivos de comunicación pasaron a influir notoriamente dentro de la sociedad mundial.

## 2. La legalidad de un acto no asegura su moralidad

Las consecuencias morales solo otorgan a la Ley una obligatoriedad condicional, es decir, el hombre está obligado, es su deber, a obedecer la ley si quiere evitar las consecuencias desfavorables para sí mismo. La norma puede determinar el carácter de los actos morales del hombre, así como explicar y justificar al mismo tiempo su bondad o su maldad. Tales normas, que se encuentran en la ley

1 Ética general: estudia leyes, normas y hechos generales de la actitud moral humana. Ética especial: estudia esta actitud en diversas circunstancias en las que el hombre se encuentra como ser social. Por lo tanto, la deontología pertenece a la ética especial.

y el orden natural, deberían enseñarnos aquel objeto de la voluntad concedido como el bien ético que el hombre debe hacer y realizar. El hombre es consciente de la finalidad de sus actos, porque el fin de la actividad volitiva es lo que uno desea o quiere.

## 3. Tipología de la ética en el periodismo

### 3.1. La teoría ética social beneficia la vida del grupo o de la sociedad

Pablo VI ha declarado que el periodista tiene el derecho a que no se le condicione indebidamente por presiones ideológicas, políticas o económicas, que terminaron limitando su justa y respetable libertad de expresión (Folliet, 1972). Según los juicios generales, se debe hacer el bien y evitar el mal, a los cuales llamamos *ley* o *normas éticas*.

El reconocimiento concreto, con el cual la persona humana juzga un acto peculiar suyo, pertenece a su conciencia. Ella es la norma subjetiva o el dictamen del entendimiento práctico del hombre, acerca de la moralidad del acto planteado o realizado, moralmente hablando. Los actos son buenos o malos. Indiscutiblemente, actos malos son aquellos que dañan, física o moralmente, a los demás. Los sentidos altruistas son aquellos que inducen a los actos que benefician a los demás; por ejemplo, los actos que nacen del agradecimiento, de la compasión, de la amistad, de la justicia. Estos sentimientos son llamados comprensivos, porque el pensamiento de su autor esta puesto en beneficio de la necesidad ajena.

Antes del acto moralmente bueno, el deber aparecer como estímulo o como esperanza en un velo que trae consigo la tranquilidad de conciencia o la satisfacción inferior; y después de un acto éticamente bueno, se presenta como alabanza, respeto, reconocimiento y aprobación de la bondad de la voluntad.

Ahora bien, conviene preguntarse: ¿quién es periodista? "En sentido ético, el periodista es aquel que ejerce una actividad periodística aunque no tenga las condiciones jurídicas requeridas para ejercer legalmente la profesión.

¿De qué manera se puede faltar a la ética al conferir la calidad de periodista? Los principios éticos de la profesión no deben ser

vulnerados ni por quienes carecen del carácter legal de periodistas, ni en el proceso mismo de reconocimiento jurídico de esa calidad profesional" (Herrera, 2012, p. 46). Siempre ha existido discusión sobre el ejercicio del periodismo empírico que hace su carrera en un medio y entre los recién egresados de las universidades. Aunque son cada vez más numerosos los profesionales universitarios, no dejan de presentarse esas tensiones, por la insistencia del periodista empírico en su experiencia y la del periodista universitario en su preparación académica.

Así, el periodista, al decir si puede o no presentar un relato, no tiene manera segura de saber que acción dará por resultado el mayor bien para el mayor número de personas. Puede solamente suponer, esperar. El segundo problema lleva al periodista hacia una especie de posición ética "deles lo que desean", abdicando de su compromiso personal (y de su razón personal), por el determinado social de "moralidad-voto".

### 3.2 Teorías deontológicas

Kant afirma que una acción está justiciada si son buenas las intenciones de quien las ejecuta, no importa las consecuencias que puedan seguirse de ella. "Un deolontólogo o partidario del deber, de la ley, cree que producir la mayor felicidad posible para el mayor número posible, no tiene nada que ver con la moralidad de una acción". La base de su sistema ética es esta sentencia: "Actúa solamente sobre máxima que puedes querer sea ley universal".

Para los deontólogos, lo importante es el principio por el cual se ha ejecutado la acción. Y la prueba aplicada a la máxima debe ser algo independiente de las consecuencias. El imperativo categórico es más bien un principio que permitirá al periodista probar todas las máximas por las cuales podrá actuar.

## 4. La labor periodística

El periodista profesional que utiliza los medios de comunicación social debe tener claros y seguros los principios éticos. No solo por su propio bien, sino también, en la misma medida, por el bien de los demás. Ahí reside su responsabilidad, de la que no se puede

desprender mientras pretenda ser fiel a su vocación y a su labor profesional.

El periodismo, como cualquier otra profesión, tiene su deontología, sus reglas intrínsecas de carácter ético, relacionadas con la honestidad y la honradez de la profesión. Es eminentemente social y con absoluto carácter de servicio. Contiene una gran responsabilidad, de la que no puede desprenderse sin dejar de ser lo que es.

El respeto mutuo y la colaboración en las actividades, el intercambio de conocimientos y de experiencias son, en cambio, la garantía de un mejoramiento del nivel ético de todos los profesionales del periodismo. Es importante recordar que los son inconsiderablemente distribuidas por grupos, asociaciones y sociedades que no son empresas periodísticas, y que se les otorga por amiguismo.

La evolución concentrada de los medios de comunicación ha llevado a una menor diferenciación entre los sectores que tradicional y premeditamente la profesión había diferenciado: la parte comercial y la parte periodística, que están entremezcladas hasta el punto de que la redacción dependan cada vez más de la parte comercial de la empresa.

## 5. Los fundamentos éticos de la solidaridad del periodista con su empresa

A continuación se enuncian los que se consideran deberes éticos para con su empresa**.**

### 5.1. El deber de disponibilidad

El periodista tiene la obligación ética de darle lo mejor de sí mismo a su empresa. Es imprescindible la formación del hombre en el profesional y del profesional en el hombre. Si el periodista fuera un hombre superficial, poco culto, intelectualmente mediocre, que nunca ha pensado o reflexionado sobre su propia responsabilidad, sería el caos para la profesión periodística. En el libro *Cuatro teorías de la prensa*[2],publicado por la Universidad de Illinois, Theodore Petterson enumera siete críticas más, hechas por el público a la prensa contemporánea:

2 Obra citada, pág. 78

a) Se reprocha a la prensa el ser egoísta; utilizar su enorme poder con un fin egoísta y no con miras al interés general de la nación.
b) Se le reprocha estar sometida a los intereses del dinero, que Petterson denomina los *big business.*
c) Se le reprocha el oponerse a los cambios sociales; haber sido a menudo una fuerza conservadora, más que dinámica.
d) Se dice que la prensa es superficial, que no reconoce la importancia de los hechos que se han producido en una semana.
e) Atenta contra la moralidad del público.
f) A menudo viola la intimidad de las personas sin justo motivo.
g) Está controlada por una clase socioeconómica determinada, precisamente aquella del *big business.*

El mundo periodístico es amplísimo, heterogéneo y en parte imprevisible. El periodismo se diferencia de la mayoría de las profesiones por no tener siempre un solo lugar de trabajo, ya que en todos los lugares es donde ocurra algo que pueda ser interesante y útil para los demás, se encuentra el puesto de trabajo del periodista. Siguiendo a Luka Brajnovic podemos considerar la labor informativa de los medios de comunicación social bajo los aspectos de su eficacia y su eficiencia en:

a) Determinar lo que realmente es bueno para la mayoría de la gente;
b) Igualar lo "bueno" con la opinión de la mayoría.

### 5.2. El deber de lealtad

Plantea Herrera (2012):

> Ser leal para la empresa para la cual trabaja. Ese deber incluye la prohibición de vender material informativo a otros medios. La obligación moral de lealtad con el medio en el cual trabaja el periodista llega además para éste hasta un límite muy preciso; no hacer, por solicitud de la empresa, nada que contraríe los principios fundamentales de la ética periodística. Y en este aspecto, nuevamente juega el paralelismo anotado entre la ética y profesionalismo: el periodista que sucumbe a presiones indebidas pro parte de su empresa pierde poco a poco credibilidad como profesional (p. 51).

### 5.3. La llamada ética de la situación

Se conoce generalmente con el nombre de ética de la situación a aquella que comienza con la ética legalista tradicional, pero está dispuesta a desviarse de estos principios básicos, cuando la racionalidad y la situación lo aconsejan. Por ello, los periodistas afirman generalmente que creen en los principios absolutos (como el de dar a su audiencia todos los hechos pertinentes; o el de no cambiar o distorsionar las citas de una fuente), pero en la práctica se apartan de estos principios cuando juzgan que se trata de "un caso especial", y consideran razonable obrar así.

Por el contrario, leemos en la obra de Brajnovic (1971, p. 85) que el profesional preparado para el ejercicio de su profesión informativa, consciente de sus deberes, que tiene claros sus criterios éticos y la firma voluntad de guardar lealtad a la dignidad propia, ajena y de la profesión, tendrá más posibilidades[3].

Es necesario que estos hombres sean realmente íntegros, justos y amantes de la verdad. Por eso, son patentes y aceptadas en general las siguientes premisas:

Además, el periodista considera la desinformación como un "arma de guerra"[4] (Fraguas, 2000). Aparte de publicaciones diversas y artículos dedicados a combatir la desinformación, se ha incurrido a la creación, en algunos órganos periodísticos, de la figura que protege al lector de los abusos de las medias y de la desinformación. Con ocasión de la concesión del Premio Pulitzer, en 1980, el Congreso de Periodistas decidió la creación del Ombudsman. Recientemente se ha reunido en Lousville los "Ombudsman" de varios países, confirmándose la utilidad y eficacia de esta figura, lamentado por otro lado que aún sean pocos los periódicos que la ponen a disposición de sus lectores, ya que Estados Unidos, de casi dos mil periódicos, solo treinta disponen de él. En toda la prensa de

3 "En ese hombre que tiene en sus manos esa arma terrible de la que habla Guther Erbel, capaz de cambiar los ambientes, la sociedad y el mundo. Y para que este cambio no sea desastroso, hace falta que esta arma la tengan los hombres, los profesionales, que sepan emplearla para el bien, para la paz, para la prosperidad material y espiritual de las gentes y para la verdadera libertad y justicia para todos" (Brajnovic, 1971).

4 FRAGUAS DE PABLO, María. "Poder de informar, poder de desinformar, aspectos técnicos y políticos". Seminario Política y desinformación en la sociedad contemporánea. Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. 2000

habla hispana solo conocemos un diario que ofrece "Ombudsman Presse". Se trata de diario *El País*, aunque hasta la fecha sólo parece haberse ocupado de precisiones semánticas y documentales.

**6. Universo ético de la profesión periodística**

Podemos expresar el universo ético de la profesión periodística, según Brajnovich (1971), de la siguiente manera:

> Las circunstancias dictan la ética; los contextos determinan la "corrección" o la "incorrección de las acciones", dicen los relativistas […] ética "subjetivista", según la cual lo que hace una persona en cierta situación, está determinado subjetivamente por el individuo, en el momento en que se le pide una acción ética.

La manipulación informativa que por motivos de política interna o externa practican los propietarios de empresas de los medios de comunicación y de las fuentes informativas, no tendrán correctivo posible. Esta ausencia de retroacción informativa, de *feed-back* como se suele decir en cibernética, es muy cómoda para los gobernantes.

Capítulo X

# Conclusiones

## 1. Desarrollo

La libertad de prensa está asociada con la democracia, ya que de la libertad de expresión que exista en un país depende de que los poderes públicos actúen con la claridad que corresponde, y cuando así no lo hagan, sean denunciados. Esto demuestra que el avance democrático de un país se mide, entre otros aspectos, en función de la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y a libertad de expresión y prensa (Gonzales, 2007, p 118) y, lo más importante, que estas denuncias no conlleven represalias, tal como se ve en los países dictatoriales. Ejemplo patente de ello fueron las represiones presentadas en Paraguay durante la dictadura, lo cual justamente fue superado con el amanecer democrático de 1989 y, más aun, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1992, que consagra una amplia libertad de prensa.

Para nosotros deben existir pautas y criterios necesarios para resolver los conflictos relacionados con la libertad de expresión, y habiendo realizado un estudio profundo de este tema para la presentación de esta obra, aunque existan informaciones sueltas y de diversos contenidos, se ha tratado de resumirlos y conciliarlos en los siguientes puntos: a) legitimidad de las justificaciones ante restricciones de libertad de expresión; b) el análisis de la proporcionalidad y adecuación de las restricciones de la libertad de expresión; c) el rechazo de las leyes amplias, vagas e imprecisas; d) la clasificación de los distintos tipos de expresiones en dos grupos (expresiones o ideas políticas y que tienen un menor grado de protección); y e) el lugar donde se produce el mensaje y la prohibición de discriminar por su contenido.

La importancia que reviste la libertad de expresión en un Estado democrático de derecho, a criterio de los autores, conlleva que los conflictos que constantemente se presentan sobre los límites o alcance de este derecho fundamental no pueden resolverse en forma improvisada y desarticulada. Todo lo contrario: para que exista un verdadero Estado de derecho es imprescindible que todos los ciudadanos sepan y conozcan con claridad y anticipación qué les está permitido decir y qué les está vedado (junto con las razones

que justifican esa prohibición). Para ello, se requieren parámetros y reglas jurisprudenciales claras que determinen la metodología de cómo resolverse los conflictos constitucionales que involucren la libertad de expresión.

Así, por ejemplo, ¿qué debe valorar un juez a la hora de analizar las posibles sanciones por la trasmisión de un programa de televisión relacionado con el aborto o la prostitución?[1]; o ¿qué debe considerarse a la hora de ponderar si un determinado mensaje puede ser calificado como incitación al caos o a la violencia?; ¿ cómo debe analizar las restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas o cigarrillos en determinados medios de comunicación?; o ¿cómo debe afrontarse la resolución de una controversia entre libertad de expresión y el derecho al honor o a la privacidad de un individuo?

Trataremos de concluir el desarrollo de nuestra obra, proponiendo sugerencias u opiniones ante la necesidad de ir resolviendo los conflictos constitucionales, al menos los relacionados con la libertad de expresión, utilizando las herramientas judiciales (estándares o test) que sirvan como criterios homogéneos para reducir al menos en cierta medida, la arbitrariedad judicial en la decisión de los casos concretos. Se trata de utilizar *algunas pautas interpretativas* que le permitan al funcionario judicial o administrativo precisar si un determinado acto, hecho u omisión puede considerarse como violatorio del derecho a la libertad de expresión. Obviamente, y esto hay que señalarlo desde ya, no se trata de desconocer las singularidades de cada caso concreto, pero sí de consagrar la necesidad de utilizar estándares que permitan guiar las funciones de subsumir e interpretar el alcance y contenido de este derecho fundamental.

Compartimos el criterio de Martinez-Pujalte (1997), cuando señalan que en el análisis de los conflictos constitucionales, los órganos judiciales están obligados a realizar:

> Una labor de interpretación que pueda eludir cuál es ese contenido constitucionalmente declarado, sin contenerse con acatar y aplicar la interpretación que en su caso haya hecho el legislador. Si

1 Podrían existir otros numerosos casos, pero nos pareció este ejemplo mejor, por ser más ilustrativo.

> el legislador se ha pronunciado, al juez le corresponderá evaluar si su configuración del derecho fundamental es realmente adecuada a su contenido constitucionalmente declarado, en caso contrario, será el propio juez, sin otro parámetro escrito que la Constitución, el que deberá realizar esa labor de configuración en el caso concreto (pp. 104-105)[2]

La idea es que con las sentencias no solo se resuelven las concretas controversias, dejando a las partes medianamente satisfechas, sino también es necesario que éstas sirvan para guiar al resto de los operadores jurídicos en la metodología que se deben seguir para resolver futuras discrepancias relacionadas con la libertad de expresión. Esta tarea recae, principalmente, en los Tribunales de mayor jerarquía (Corte Suprema de Justicia), para con ello ir también delimitándole a los tribunales inferiores los criterios que deben utilizar para resolver los casos que se le presenten y así evitar posteriores e innecesarias reposiciones o nulidades.

Así, los conflictos concretos que se presentan ante la justicia constitucional de la mayoría de los tribunales extranjeros se utilizan como *pautas interpretativas*, al menos, cuatro preguntas claves para analizar la procedencia o legitimidad de una denuncia sobre la violación de derechos constitucionales.

En particular: 1) si la denuncia se refiere a la violación de un derecho calificado como "fundamental"; 2) si se ha producido una limitación del derecho constitucional alegado; 3) si se encontraba justificada la acción estatal por una *razón suficiente*; 4) si los medios utilizados para lograr el fin perseguido se encuentran realmente relacionados con esa finalidad.

Son éstas las preguntas que suelen plantearse todos los *operadores a la hora de resolver la mayoría de los conflictos constitucionales*. Estas suelen matizarse dependiendo de la trascendencia del derecho fundamental de que se trate; y a veces hasta dependiendo de algunas particularidades de cada uno de esos derechos fundamentales.

2 Sobre este tema en particular, el Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos ha considerado como derechos fundamentales únicamente aquellos que han sido reconocidos histórica y tradicionalmente por la jurisprudencia estadounidense.

Así, en determinadas situaciones se diseñan pautas interpretativas donde se le exige a los operadores un estándar bastante riguroso, para lo cual, por ejemplo, se exige que la razón o justificación de la limitación del derecho fundamental concreta sea no sólo suficiente, sino *indispensable*. Igualmente, en estos casos de estándares rigurosos se suele exigir también que los medios utilizados por quien se encuentra afectando el derecho fundamental sean los únicos posibles para lograr una determinada finalidad.

Por otra parte, cuando se trata de un derecho constitucional que no puede calificarse como de "fundamental" las pautas interpretativas suelen ser más diferentes. Así, bastará con que la limitación constitucional de que se trata cumpla con un propósito legítimo y que exista una relación razonable entre los medios que se han utilizado y la finalidad que se persigue con la limitación del derecho.

En suma, para el análisis de la gran mayoría de los conflictos constitucionales, y en particular para aquellos que involucran la libertad de expresión, será indispensable determinar la legitimidad de la medida, norma o sanción, así como su proporcionalidad y adecuación para alcanzar el objetivo estatal propuesto. Veamos por separado estas reglas particulares que nos permiten resolver los conflictos constitucionales vinculados con la libertad de expresión.

La primera es la legitimidad de las justificaciones ante restricciones a la libertad de expresión. El primer paso o elemento de cualquier estándar que se utilice para verificar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión tiene que referirse a la justificación de dicha restricción. Es decir, lo primero que debe revisarse a la hora de enfrentarse a un conflicto que involucre el derecho a la libertad de expresión es la legitimidad de las razones que persigue la norma, sanción o restricción.[3]

3 En ese sentido, es bueno recordar lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución Nacional que dice: "Artículo 137. De la supremacía de la Constitución. La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la Ley. Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que

Un dato importante es lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone:

> 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.

Como vemos, cualquier restricción que pretenda imponerse a la libertad de expresión tiene que ser necesaria para proteger el derecho de los demás; para proteger la seguridad nacional; el orden público; la salud; o la moral pública. De manera que si una norma, sanción, medida o, en fin, cualquier restricción al derecho a la libertad de expresión no es necesaria para lograr esos fines, entonces debe concluirse en su ilegitimidad e inconstitucionalidad.

Obviamente, la gran mayoría de las restricciones al derecho a la libertad de expresión se justifican por alguna de estas razones. Así, verbigracia, el establecimiento de los delitos de *difamación e injuria* podrían justificarse por la necesidad de proteger el derecho al buen nombre, la honra, el honor, la fama o la vida privada de los demás. Igualmente, los delitos que castigan la incitación a la violación podrían justificarse por la necesidad de proteger el mantenimiento del orden público.

Lo mismo podría decirse de algunas normas que imponen limitaciones a los contenidos que pueden transmitirse en los medios de comunicación que utilizan parte del espectro radioeléctrico. Así, la prohibición de transmitir publicidad comercial de bebidas alcohólicas o cigarrillos podría justificarse por la necesidad de proteger la salud pública, así como las restricciones a los mensajes con contenidos violentos u obscenos se justificarían con el argumento de la protección a la moral pública.

Sin embargo, no cualquier norma o restricción a la libertad de expresión cumple con esta exigencia de ser necesaria para proteger

---

ella dispone. Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

el derecho de los demás, al igual que para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. En efecto, ya hemos analizado en forma somera que como las leyes llamadas de desacato (obstrucción a la investigación) no se encuentran dirigidas a satisfacer ningún fin legítimo del Estado.

Así, en el conocido Informe Especial referido a las *leyes del desacato*[4], elaborado en el año 1994 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se destacó lo siguiente:

> La Comisión observa que el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de una democracia debidamente funcional es cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 14 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de "orden público" para justificar las leyes de desacato se opone directamente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención".[5]

Como puede observarse, la Comisión rechazó la supuesta justificación de las llamadas *leyes de desacato* (orden público), al entender que éstas más bien eran incompatibles con cualquier sistema democrático de gobierno; es decir, entendió que la supuesta necesidad de proteger el honor o reputación de un funcionario o una institución del Estado para garantizar el orden público no era una justificación legítima para sacrificar tan severamente el derecho a la libertad de expresión, sobre todo en la arena de la crítica política.

Son muchas las decisiones de las Corte Suprema de Justicia o Tribunales Constitucionales que han invalidado normas, condenas y restricciones en general a la libertad de expresión, al determinar-

4 Así lo definen los juristas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a las leyes de orden público que restringen ciertos derechos y garantías constitucionales

5 El texto complete se encuentra en la página wed de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de donde fue extraído.

se que éstas no persiguen ningún fin legítimo del Estado. Uno de los casos más polémicos sobre el análisis de la legitimidad de las razones invocadas por el Estado es, sin duda, el caso de *Texas v. Johnson*, mediante el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos anuló una condena que había sido impuesta aun manifestando que quemó una bandera de ese país.

En ese interesante caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó el argumento del gobierno a través del cual se pretendía justificar el delito de quemar una bandera, aduciendo que se trataba de un símbolo que buscaba la unidad nacional y, por tanto, su vejación iría en detrimento de los sentimientos patrios. La Corte Suprema de Justicia consideró que el gobierno no podía prohibir ese tipo de protestas por el simple hecho de que la sociedad las considere grotescas o repugnantes. En definitiva, esa Corte entendió que la mejor forma de respetar la bandera y los sentimientos que ella despierta no es castigando con cárcel a quien la irrespete, *sino persuadiéndolos de que están equivocados.*

Como vemos, en esta decisión jurisprudencial lo que hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos fue rechazar, en definitiva, el argumento a través del cual se pretendía justificar ese delito con la necesidad de proteger la moral o el orden público.

Muchos otros ejemplos nos llevarían a interesantes debates sobre la existencia o no de una justificación o razón legítima para restringir la libertad de expresión. Así, por ejemplo podría ser la discusión sobre la legitimidad de una prohibición de publicidad comercial dirigida a promocionar el uso de preservativos. Algunos podrían justificar esa restricción con el argumento con el argumento de proteger la *moral pública*. Sin embargo, pareciera evidente que esa justificación no sería legítima, toda vez que esos productos de lícito comercio pueden disminuir el riesgo en el contagio de determinadas enfermedades e, incluso, hasta disminuir los índices de embarazos no deseados.

Igual de interesante es el debate sobre las normas contenidas en el derecho comparado sobre "La responsabilidad Social en Radio y Televisión" como el caso de Venezuela; por ejemplo, a través de las cuales se exige que los medios de comunicación difundan obras musicales venezolanas, al menos en un 50% de su programación

durante los horarios a todo usuario o supervisado; o que el 100%o de la publicidad tenga que ser de producción nacional. Nos preguntamos, ¿qué fin o interés legítimo busca el Estado venezolano con esa regulación?[6]

La primera respuesta que nos viene a la mente es la justificación de la promoción y talento nacional. Ahora bien, ¿será ello una justificación suficiente para restringir la libertad de expresión?, ¿será ello una forma de proteger nuestra seguridad nacional, ante la alienación extranjera?, ¿o será más bien una forma de secuestrar la libertad de pensamiento? Quizás la mayoría de las personas entienden que ello puede constituir una razón suficiente para imponer una restricción tan importante como la establecida en la legislación venezolana.

Sin embargo, a entender del autor, esa finalidad no puede considerarse como válida, al menos si consideramos el contenido del artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual destaca que cualquier restricción que pretenda imponerse a la libertad de expresión tiene que ser necesaria para proteger el derecho de los demás, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. Solo por estas razones es que pudiera admitirse una restricción al derecho fundamental a la libertad de expresión.

Por otra parte, no podemos dejar de señalar que en una sociedad democrática deberían existir todas las opciones de recreación posible, de manera que sea cada persona la que escoja que tipo de programas o qué tipo de música desea oír. Así, sería mucho más legítimo que el Estado otorgara determinadas concesiones para emisoras de radio y televisión para la difusión exclusiva del talento nacional, de manera que el público tenga la libertad de escuchar el talento nacional en una emisora, pero además tenga la opción de escuchar el talento internacional en otra. Nos resistimos a la idea que de todos los canales tengan que ser iguales, pues ello no es otra cosa que una forma de ideologizar por la fuerza.

6 Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, *Gaceta Oficial*, 38.333, del 12 de diciembre de 2005.

En suma, lo importante es retener que cualquier análisis sobre la constitucionalidad de una restricción al derecho a la libertad de expresión tiene que comenzar por el debate *de su justificación.* Es indispensable que la restricción esté dirigida a proteger un interés legítimo del Estado, y según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ese interés debe girar en torno a la necesidad de proteger el derecho de los demás; la seguridad nacional; el orden público; la salud; o la moral pública.

Obviamente, no bastará la simple invocación de algunos de estos intereses legítimos del Estado para aceptar, sin más, una restricción a la libertad de expresión, pues es evidente que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que requieren de ciertas precisiones, las cuales tendrán que hacerse en cada caso concreto.

Ya sabemos que es muy fácil invocar la moral pública, el orden público o la seguridad nacional para tratar de justificar las más absurdas de las restricciones a la libertad de expresión. Por eso, nuestros jueces deben estar atentos para evitar que se utilicen —o, más bien, manipulen— esos fines estatales como excusas para legitimar la censura o la posibilidad de expresar libremente nuestros pensamientos.

Siempre es bueno recordar el ejemplo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso New York TimesCo vs. United States, conocido más popularmente como el caso de los Papeles del Pentágono. Allí el gobierno de ese país pretendió invocar la necesidad de proteger la seguridad nacional, para imponerle censura previa a unos periódicos que deseaban divulgar una serie de documentos oficiales, relacionados con la Gueerra de Vietman. Sin embargo, la Corte Suprema del mismo país revocó la medida de prohibición originalmente impuesta, por considerar que no habían razones suficientes para *justificar la censura previa.* Allí, la Corte destacó que la protección de la seguridad de sus militares y diplomáticos, a expensas de un público desinformado, no era verdadera seguridad para la República.

## 2. El analisis de la proporcionalidad y adecuación de las restricciones a la libertad de expresión

Una vez que el operador o intérprete jurídico ha llegado a la conclusión de que una determinada restricción a la libertad de expresión cumple o persigue un fin legítimo del Estado, le corresponde verificar si la medida, conducta, norma o sanción utilizada es debidamente proporcional y debidamente adecuada para cumplir con dichos intereses legítimos. Esto es, en definitiva, lo que se conoce como el análisis de la proporcionalidad y adecuación.

Este es, sin lugar a dudas, el análisis que permite considerar la inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión, en la mayoría de los casos. Y ello se debe a que la protección de los derechos fundamentales es una cosa seria. No basta con alegar un fin legítimo para justificar la más radical de las sanciones o medidas gubernamentales, en detrimento de los derechos inherentes a la persona humana. La idea no es lanzar mísiles para matar ratones.

En efecto, cuando un Estado decide consagrar determinados derechos como fundamentales —como en el caso de nuestra Constitución Nacional—, para lo cual los eleva a rango constitucional y les proporciona determinadas garantías expeditas para su defensa, está reconociendo que se trata de derechos esenciales para las personas (físicas o jurídicas). Ello debe implicar la necesidad de evitar que estos derechos pueden verse sacrificados más de la cuenta, sobre todo cuando no hay justificación suficiente.

Por tanto, si bien no existen derechos constitucionales absolutos y, por tanto, éstos pueden ser objeto de restricciones y regulaciones, es indispensable que dichas limitaciones se ajusten a lo que verdadera y legítimamente persigue el Estado. De allí, que deba protegerse el derecho al máximo, de modo de sacrificar lo más mínimo, ante la necesidad de acometer un fin legítimo.

Por ello, y ya refiriéndonos en concreto al derecho a la libertad de expresión, que al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que este derecho puede estar sujeto sólo a responsabilidades ulteriores que estén expresamente fijadas en la ley y sean *necesarias* para asegurar el derecho de los demás; para proteger la seguridad nacional; el orden público; la salud pública; o la moral pública.

Esto es lo que se conoce en el sistema interamericano de protección de derechos humanos con el *test de la "necesidad"de la restricción*. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado:

> Con respecto al requisito de "necesidad", la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que ello significa que la pena ulterior es más que "útil", "razonable" u "oportuna". Más bien, el gobierno debe demostrar que esa pena debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el interés que impulsa el gobierno. Las penas 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. Además, las disposiciones deben estar encuadradas de tal modo que no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13.
>
> Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de este legítimo objetivo. Este es un estándar sumamente algo y toda disposición que imponga la responsabilidad subsiguiente por el ejercicio de la libertad de expresión debe ser detenidamente examinada, utilizando esta prueba de proporcionalidad a fin de evitar limitaciones indebidas de este derecho fundamental".

Como puede apreciarse, según la jurisprudencia interamericana serán legítimas sólo las restricciones a la libertad de expresión que sean *necesarias, proporcionales y adecuadas* para cumplir con un objetivo estatal serio. Por eso, en toda controversia relacionada con la libertad de expresión debe determinarse si existían otras opciones distintas a la restricción del derecho a la libertad de expresión. La idea es que se utilicen solo aquellas medidas que sean necesarias, de modo de evitar que se limite más de la cuenta o cuando no sea necesario; es decir, se trata de crear un traje a la medida.

Así, por ejemplo, si se quiere proteger la salud o integridad moral de los niños, no pueden utilizarse medidas que dejen a los adultos sin alternativas de recreación; si se quiere proteger la seguridad del Estado, no pueden ocultarse datos o informaciones necesarias para escrutar el gasto público y la legitimidad de las políticas esta-

tales; para proteger el orden público, no se requiere de prohibiciones destinadas a suprimir la crítica política.

En este sentido, explica Faúndez (año):[7]

> Para que una medida restrictiva de la libertad de expresión sea legítima, debe haber un relación directa entre los fines que se persiguen y el medio empleado para alcanzarlos; en consecuencia, dicha restricción debe ser un medio eficaz para lograr esos fines, sin interferir con la libertad de expresión más allá de lo que sea estrictamente necesario (p. 337).

Es muy común encontrar normas que buscan proteger la moral pública o el orden público, donde se utilizan alternativas que sacrifican en exceso la libre expresión del pensamiento, a pesar de que existen alternativas distintas que pueden lograr el mismo resultado, sin sacrificar más de la cuenta al derecho constitucional a la libertad de expresión.

Así, por ejemplo, si se desea evitar que los niños puedan acceder a programas que puedan calificarse de pornográficos, no puede prohibírsele a los canales de televisión por cable o satélites que trasmitan este tipo de programación, pues esa misma finalidad se podría lograr exigiéndoles que ese tipo de canales no sean de acceso público, sino que requieran de suscripciones especiales de adultos. Como vemos, con esta alternativa se le permite el acceso a los adultos que deseen obtener este tipo de programación, sin que exista el riesgo de que los niños puedan tropezarse con ese tipo de materiales.

Lo mismo podría decirse de la prohibición de realización de marchas o protestas públicas con el argumento de que éstas podrían alterar el orden público, pues muchas veces con una simple protección policial puede lograrse el mismo resultado, sin necesidad de coartar el derecho a la libertad de expresión.

La "famosa Ley del marchódromo" —que desde todo punto de vista es inconstitucional—repercute notablemente en el libre ejercicio de la libertad de expresión en asuntos políticos, pues vemos claramente como estas disposiciones legales no estaban realmente

7 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor "Los límites de la libertad de expresión", pág. 337

dirigidas a proteger zonas de seguridad, sin más bien a reprimir la disidencia política. Además, las extensiones de las coordenadas utilizadas no eran necesarias para proteger zonas estratégicas y delicadas del Estado, sino más bien se encontraban destinadas a inutilizar centros tradicionales de concentraciones cívicas.

Esta ilegítima estrategia ha sido enfáticamente rechazada en otras latitudes. Así, ya hemos visto como la jurisprudencia estadounidense ha considerado este tipo de maniobras como abiertamente desproporcionadas y restrictivas de la libertad de expresión. En suma, en toda controversia relacionada con la libertad de expresión es indispensable que se considere la proporcionalidad de la medida asumida, pues ésta debe estar dirigida directamente a cumplir con un fin legitimo del Estado, pero además debe ser proporcionada, *de modo a evitar lanzar misiles para matar ratones*[8].

**3. El rechazo de las leyes amplias, vagas e impresas**

Empezamos este título, con una frase que me llamó mucho la reflexión y que pertenece a Héctor Feliciano, y que dice así: "A veces lo más difícil no es lo que el gobierno prohíbe, sino lo que tu crees que prohíbe, que es la autocensura".

Una lógica consecuencia de la necesidad de verificar la finalidad de la norma o restricción cuestionada y su proporcionalidad o adecuación a ese objetivo, es el rechazo de normas vagas y exageradas, pues éstas incumplen las condiciones mínimas que se deben exigir a la hora de restringir el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Así, por ejemplo, una norma será vaga si de su simple lectura no puede desprenderse con claridad y precisión qué tipo de expresiones están prohibidas y qué tipo de expresiones están permitidas. Es decir, la posible restricción del derecho a la libertad de expresión exige que se cumpla a cabalidad y con severa rigurosidad el principio de tipicidad y legalidad, de tal manera que cualquier ciudadano pueda entender claramente las regulaciones estatales.

8 Esta es una famosa expresión del premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, que tomamos prestada.

Este principio de tipicidad no solo deriva de la exigencia de que únicamente el legítimo representante del pueble puede restringir derechos fundamentales, a través de leyes claras, sino también del principio de justicia, el cual prohíbe que alguien pueda ser sancionado sin conocer con la debida precisión la existencia de una limitación. Además, el problema de las normas vagas es que alejen mucho más de lo necesario, es decir, el común de las personas preferirá mantenerse mucho más alejado de los límites de lo permitido, si éstos no están nada claros.

Pues bien, al lado de estas pautas o estándares generales para resolver conflictos constitucionales, la jurisprudencia internacional ha venido desarrollando algunos test particulares para los casos relacionados con la libertad de expresión. Veamos algunas de estas reglas particulares, las cuales –insistimos-consideramos indispensables para la resolución efectiva y justa de los problemas referentes a la libre expresión del pensamiento.

**4. La clasificación de los distintos tipos de expresiones**

La primera regla trascendental para afrontar cualquier conflicto relacionado con la libertad de expresión es la determinación y clasificación del tipo de idea que se está comunicando, pues sencillamente la utilización de una misma regla o estándar para considerar cualquier tipo de expresión puede resultar o muy restrictiva o muy permisiva.

a) *Las expresiones o ideas políticas*. Son las destinadas a cuestionar el desempeño de cualquier persona o institución pública se encuentran en el mero epicentro del derecho a la libertad de expresión. Mundialmente se ha admitido que este tipo de expresiones debe revestir el mayor margen de protección constitucional posible.[9]

9 Recordemos las palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de 1994, relacionado con la incompatibilidad de las leyes de desacato con la Convención Americana, que dice: "Los artículos 13 (2) y (3) reconocen que la zona de la intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de ex-

La crítica política puede –a veces debe –ser categórica y vehemente frente a las instituciones públicas, incluso cuando se persigue su erradicación o desaparición, pues como ha resaltado la doctrina española, la libertad de expresión y de conciencia abarcan no sólo "la crítica a los titulares concretos del gobierno y demás instituciones públicas en un momento dado, sino también al sistema democrático globalmente o algunas instituciones esenciales del mismo en cuanto tales. En palabras de Meiklejhon, referidas a la Constitución norteamericana, el principio que prohíbe al Congreso aprobar la ley alguna limitando la libertad de expresión nos dice que podemos atacar y defender libremente la Constitución en la discusión política" (en Díaz Revorio, año 1998, p. 74).[10]

Incluso, algunos fundadores de la democracia estadounidense, en especial James MadisoN, han ligado esta necesaria e indispensable protección constitucional al derecho más esencial en toda democracia, esto es, la posibilidad de elegir libremente a nuestros gobernantes. Así, Madison consideraba que la eficacia de este derecho a elegir libremente depende, principalmente, en la posibilidad de que el ciudadano conozca los méritos y descréditos de los candidatos y funcionarios que se encargan de los asuntos públicos.

Más recientemente el conocido autor Richar Posner ha destacado, también para justificar la protección especial de las expresiones políticas, que la democracia consiste en una competencia entre la clase política y a favor de los electores. Y la principal arma para esta competencia es el discurso. Sostiene que la publicidad de las ideas políticas es de vital importancia para la democracia, pues los votantes normalmente no pueden inspeccionar o probar las ideas

presión, la penalización de cualquier tipo de expresión 2sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidentemente y directa de violencia anárquica. El artículo 13 (5) prescribe que: Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religiosa que constituyen incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, religión, idioma u origen nacional" (Informe sobre la Compatibilidad entre leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

10DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "La Constitución como orden abierto", 2001, pág. 74

que los políticos proponen, de allí la importancia de la persuasión a través de las expresiones políticas[11].

En él último caso que conocemos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionado con la libertad de expresión, pone de manifiesto la importancia de las expresiones políticas en el marco de un sistema democrático de gobierno. Así, en el caso Herrera Ulloa, esa Corte expresó lo siguiente:

> 127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.
> 128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de una margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no debe ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.
> 129. A este respecto, la Corte Europea ha señalado que El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público.
> 130. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del Señor Mauricio Herrera Ulloa, dato que la restricción al ejerci-

11 Información extraida de la página wed de CNN EN ESPAÑOL, de fecha 21 de noviembre del 2007.

cio de este derecho sufrida por el mencionado periodista excede el marco contenido en dicho artículo[12],

Por ello, para poder sancionar legítimamente expresiones políticas por considerarlas subversivas e imprescindibles que se trata de mensajes que vayan acompañados de un peligro cierto e inminente de que va a generar la conducta expuesta, además de la evidencia contundente de que el mensaje va a producir un determinado efecto antijurídico, que el emisor haya tenido la intención (dolo) de causar o generar.

Los gobiernos y por sobre todo los órganos jurisdiccionales, a nuestro modesto entender, no pueden suprimir ideas por el hecho de que éstas puedan convencer a sus destinatarios, pues eso conlleva el secuestro ideológico y a la anarquía. Es indispensable considerar que para suprimir o castigar una expresión de contenido político no basta con considerar que ésta puede generar peligro, pues es indispensable que se tengan elementos serios de que existe un verdadero peligro cierto e inminente de que ello va a suceder y que, además, eso es lo que desea su emisor. Un riesgo tentativo o posible debe considerarse como insuficiente.

En suma, y para no repetir las nociones expuestas en capítulos precedentes, cualquier expresión que tenga relevancia para los asuntos públicos requiere de la mayor protección constitucional, y la forma como se lleve a cabo esta efectiva protección estará estrechamente relacionada con el nivel del Estado de Derecho que se disponga en un determinado ordenamiento jurídicoLos países democráticos requieren de la libertad de disentir categóricamente, es más, mucho más ganan con promover el disentimiento y la crítica política que con el silencio y la represión. La historia nos ha demostrado, y hasta sin excepciones, como los regímenes que se encargan de suprimir las ideas de sus adversarios no demoran en desmoronarse, claro está, sin el lamentable costo político y social que ello conlleva.

b) L*as expresiones que tienen menor grado de protección constitucional*. A diferencia de las expresiones políticas, las cuales –insistimos –constituyen el núcleo esencial del derecho a la libertad de ex-

12Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de Julio del 2004, disponible en internet.

presión, existen otro tipo de mensajes que disponen de protección constitucional, pero sujetos a mayores restricciones y limitaciones, dependiendo siempre de la racionalidad y proporcionalidad de las mismas.

En efecto, es claro que los mensajes sexuales o la publicidad comercial no tienen la misma importancia para el sistema democrático de gobierno que el discurso de contenido político, de allí que suelen calificarse como expresiones de "bajo o poco valor". Pero insistimos, ello en modo alguno significa que no estén protegidos por el derecho a la libertad de expresión, pero lo cierto es que este tipo de expresiones pueden estar sujetas a determinadas limitaciones y los estándares de revisión de estas limitaciones serán mas tolerantes.

Lo mismo podría decirse de la propaganda de guerra o de la apología al odio nacional, racial o religioso, pues se trata de expresiones de muy poco valor, las cuales deberían admitir restricciones racionales, siempre que no sean caprichosas o arbitrarias.

c) *Las expresiones de contenido sexual.* Sin lugar a dudas que las expresiones con contenido sexual pueden ser objeto de regulaciones estatales con más intensidad que las ideas políticas. Obviamente, siempre y cuando estas sean racionales, proporcionadas y dirigidas a proteger la moral pública y promover otros valores como la decencia, familia, buenos modales y protección de la mujer y el niño, etc. Ni siquiera los que defienden en términos absolutos la libertad de expresión son capaces de cuestionar esta afirmación, razón por la cual muchas veces recurren al argumento de que la pornografía obscena no está protegida por la libertad de expresión[13].

Ahora bien, quizás los principales problemas que giran en torno al tema de la prohibición de las expresiones obscenas o pornográficas se refieren a 1) la definición de lo que puede considerarse como "obsceno" y 2) a los tipos de medidas que serían adecuadas para evitar la divulgación de ese tipo de expresiones.

13 Nota del autor. Son muchos los argumentos que se han utilizado para aceptar las restricciones a las expresiones obscenas. Así, las justificaciones van desde el derecho de una sociedad a mantener patrones morales de conducta (moral pública), hasta la necesidad de evitar la intolerancia y el desprecio que este tipo de expresiones genera, sobre todo frente a las mujeres, a quienes se suele presentar como objetos sexuales, lo que puede conllevar a tratos discriminatorios o violentos.

d) *El intento de definir "lo obsceno"*. En relación con el primer asunto, esto es, la definición de lo que puede considerarse como obsceno, algunos ordenamientos jurídicos han tratado de enseñar diversos métodos o reglas para aproximarse a la determinación de lo prohibido y lo permitido. Así, algunos de estos métodos son pocos ortodoxos, como sería el caso del mecanismo propuesto por el Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Potter Stewart, quien señala en su voto concurrente del caso Jacobellis *vs.* Ohio que:

> No pienso intentar definir hoy el tipo de expresiones que considero obscenas, y probablemente nunca pueda encontrar una forma de hacerlo. Pero yo lo sé cuándo lo veo. Es decir, con este sistema quien estaría definiendo los patrones morales de conducta serían los jueces de la Suprema Corte en forma extremadamente casuística, y serían éstos quienes en definitiva se constituirían en los censores de las expresiones controversiales.

Por eso luego la Suprema Corte de Norteamérica de ese país trató de descargarse de esa enorme responsabilidad, diseñando un estándar o padrón a través del cual los jueces de instancia, e incluso los jurados de los casos concretos pudiesen determinar cuándo una expresión podría considerarse obscena y, por ende, carente de protección constitucional.

Básicamente con este estándar se busca —o más bien se trata— descartar que pueda meterse en un mismo saco un desnudo de una modelo que muestra sus genitales en forma provocativa, como por ejemplo, la escultura de David de Miguel Ángel o la trasmisión de un parto con fines educativos en una Escuela de Medicina. Esta definición implica que no todo material pornográfico puede ser considerado como obsceno, pues si este se incluye, por ejemplo, dentro de una obra de contenido artístico debe ser protegido.

Hay, por ejemplo, quienes consideraron realmente ofensiva y hasta obscena la imagen de Jesús teniendo relaciones sexuales con María Magdalena (sin mostrar genitales), en la conocida película "La Última tentación de Cristo"; pero no puede negarse que esa imagen se inserta dentro de un excelente film de un enorme contenido cultural y religioso, donde simplemente se hacía ver como

habrías sido la vida de Jesús si no se hubiese sacrificado por su pueblo. Quizás por ello es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue tan categórica a la hora de levantar la censura que había sido impuesta por el gobierno chileno, tal y como fue reseñado supra.

e) *Los tipos de medidas permisibles para controlar la divulgación de "lo obsceno"*. El segundo problema que se presenta con las expresiones obscenas puede considerarse aún más complejo, pues una vez que concluyamos que un determinado material puede considerarse como obsceno, resta revisar los tipos de medidas que serían adecuadas para evitar su divulgación. Aquí se requiere prestar particular interés al elemento de la *proporcionalidad*, esto es, la determinación de si los medios utilizados para evitar la divulgación de un material obsceno son adecuados o, por el contrario, exagerados.

Pocos —por no decir nadie— discuten la necesidad de prohibir la divulgación de materiales con contenido sexual durante honorarios infantiles y en medios de comunicación masivos o de acceso directo a audiencias desprevenidas; pero el problema no es tan sencillo cuando esa misma prohibición se quiere imponer a adultos conscientes que desean ver ese tipo de material en, por ejemplo, una sala de cine privada o en sus computadoras personales.

Y es que es una tendencia muy generalizada el pretender justificar cualquier censura de materiales que puedan calificarse como indecentes, con el argumento de la protección a los niños. Pero ¿es que acaso los adultos están condenados a ver u oír sólo lo que está hecho para niños?. No puede olvidarse que si alguien no le gusta la pornografía o no desea ver mensajes de contenido erótico, le podría bastar con no ir al cine o alquiler las películas de esa naturaleza. Pero ¿tendrá esa persona el derecho a evitar que a quien si le guste ese material, pueda verlo en la comodidad de su casa o en su sala de cien reservada para adultos que voluntariamente han consentido ver esos materiales?.

Por eso una gran pare de las discusiones y controversias judiciales que suelen presentarse con relación a la divulgación de materiales obscenos se refieren a la proporcionalidad de la prohibición impuesta, pues resulta indispensable buscar la posibilidad de que los niños o incluso los adultos no se vean sorprendidos con el acceso a

materiales obscenos, pero al mismo tiempo se tiene que permitir que los adultos que conscientemente desean acceder a este tipo de materiales, pueden hacerlo sin obstáculos mayores y hasta insalvables.

Lamentablemente en nuestro país existe una gran hipocresía en relación a estos temas, pues mientras por un lado se afirman supuestos principios morales, por el otro se permite, a diestra y siniestra, que trabajadores de la calle vendan materiales obscenos, sin ningún tipo de restricción. Es decir, permitiendo en forma indirecta que niños puedan acceder a este tipo de materiales.

f) *Las expresiones comerciales o publicitarias.* Otro tipo de expresiones que han sido objeto de protección más limitada (al menos frente a las expresiones políticas) son los *mensajes de contenido publicitario*, pues se ha entendido —muchas veces sin justificación suficiente— que estos tiene un valor menos importante al perseguir una finalidad de lucro, mientras que la crítica política es indispensable para el funcionamiento del sistema democrático de gobierno.

Así, durante cierto tiempo, en los Estados Unidos se mantuvo una posición jurisprudencial donde se consideraba que las expresiones o materiales de contenido comercial o publicitario no disponían de protección constitucional, es decir, estaban excluidas del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, posteriormente esa posición restrictiva fue corregida por la jurisprudencia estadounidense, la cual ha llegado a entender que los mensajes publicitarios si están protegidos por el derecho a la libertad de expresión, solo que con algunas posibles limitaciones razonables y proporcionales.

Para declarar la inconstitucionalidad de la ley, la Corte señalo que para evaluar cualquier restricción a las expresiones comerciales debe determinarse a) si se trata de una actividad lega y no engañosa; b) si el Estado tiene un interés sustancial y legítimo en prohibir el mensaje por razones de políticas públicas; c) luego debe revisarse si la limitación impuesta se encuentra directamente dirigida a cumplir con esa política pública; y d) finalmente debe valorarse si la restricción impuesta no es más extensa de lo necesario (proporcionalidad).

g) *Los mensajes publicitarios de quienes ejercen determinados profesionales.* Es muy común encontrar en los distintos códigos de ética o deontológico de las profesiones liberales regulaciones o más bien

severas restricciones a la posibilidad de realizar publicidad. Muchas de estas normas pretenden justificarse con argumentos débiles y hasta caprichosos, como la necesidad de mantener la dignidad del gremio o el poco soportado temor de que el público no entienda el contenido de la publicidad.

Estas prohibiciones parecen fundamentarse más bien en la idea de que es mejor tener al público ignorante que confiarle información que podría ser de su interés. Evidentemente, como en toda la publicidad comercial, lo que sí resulta perfectamente legítimo es la exigencia del que los mensajes publicitarios de, por ejemplo, los médicos, odontológicos, abogados, contadores, etc. no sean falsos o engañosos.

h) *La publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos.* Un tema mucho más polémico es el relacionado con la publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos en los distintos medios de comunicación, y en particular en radio y televisión, donde suelen encontrarse las mayores restricciones.

Lo primero que hay que señalar en este punto es que las bebidas alcohólicas y los cigarrillos son mercancías legales y de libre comercio, salvo cuando se trata de expendio a menores de edad. Se trata de productos que puede generar adicción y cuando se consumen en exceso puede generar importantes consecuencias para la salud de las personas. De allí que podríamos decir que se trata de productos peligrosos, pero legales.

Las principales razones que suele utilizarse para justificar las restricciones a la publicidad de estos productos son la salud pública, el orden público y hasta el respeto a la persona humana. Otro de los motivos más comunes es la protección a los niños y adolescentes ante productos que pueden generarles adicción. No cabe la menor de que puedan considerarse como legítimas las políticas estatales dirigidas a mejorar la salud pública y prevenir situaciones que puedan alterar el orden público.

Así se considera que la publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos puede ser peligrosa y nociva para los niños y adolescentes, entonces la medida más proporcional y adecuada sería prohibir este tipo de publicidad en los horarios para todo público e, incluso, los supervisados. La idea sería evitar que los adultos se vean pri-

vados de mensajes que el pueden interesar, so pretexto de proteger a los niños. Como ha dicho la jurisprudencia estadounidense, no puede considerarse a los adultos a ver o escuchar únicamente lo que está hecho para los niños.

La publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos puede ser una información importante para adultos maduros y conscientes que requieren estar al tanto de las características, bondades, precios y hasta peligros de determinados productos que pueden consumir libremente[14].

De allí, que luce exagerada la prohibición absoluta de publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos, pues la menos durante los horarios de adultos no podría utilizarse como excusa la necesidad de proteger a la audiencia infantil, pues el Estado no puede ser el único responsable por el acceso de los niños a estos medios de comunicación; al igual de que no puede privarse a los adultos de ver información sobre productos legales que consume, por el simple hecho de que puedan verlos los niños.

Por otra parte, consideramos que tampoco puede utilizarse como excusa el hecho de que se trate de productos que pueden generar adicciones, pues por el hecho de que existan casos de alcoholismo o nicotismo, no puede justificar mantener en la ignorancia al resto de los adultos que no consumen en exceso, sino que más bien disfrutan estos productos en buenas y sanas proporcionales.

Además, sería muy peligroso admitir que el Estado puede prohibir la publicidad de productos —o incluso servicios— que utilizados en exceso pueden generar problemas de salud, pues de admitirse esa posibilidad podríamos llegar al absurdo de prohibir productos como los refrescos, calmantes de dolor y otros medicamentos, alimentos que en exceso generen obesidad y hasta el uso de celulares y tarjetas de crédito, pues ello podría generar crisis en los presupuestos personales[15].

---

14 Por ejemplo, a cualquier adulto le podría interesar el lanzamiento al mercado de una nueva cosecha de vinos paraguayos o chilenos, así como sus bondades y precios de promoción; o la comercialización de un cigarrillo con menos contenido nicótico.

15 Incluso, cualquier estadística que se utilice arrojaría que hay más muertes por accidente de tránsito que por consumo indiscriminado de bebidas alcohólicas y/o cigarrillos, y ello no podría justificar la prohibición de publicidad de vehículos o motocicletas en radio y televisión.

Serían igualmente insostenible que se pretenda prohibir la publicidad de productos por el hecho de que si consumen en exceso podrían desencadenar situaciones capaces de alterar el orden público (violencia, prostitución, etc.). Admitir una excusa tan remota y circunstancial implicaría condenar a la ignorancia al resto de las personas que no son consumidores abusivos.

En fin, la sola posibilidad de que existan personas que puedan abusar de determinados productos legales, no podría justiciar una prohibición absoluta de publicidad comercial, pues existe un mercado importante de adultos que consumen con prudencia y moderación bebidas alcohólicas y cigarrillos. Ellos tienen el derecho de informarse de tipo de mercaderías que están consumiendo, de la calidad y bondades de estos productos y hasta los precios que deberían pagar por ellos.

Por otra parte, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia extranjera[16], existen otras alternativas menos drásticas capaces de atender los fines legítimo del Estado, esto es, la salud pública y el orden público. Así, se ha sostenido que bastaría con exigir este tipo de publicidad en horarios de adultos; o la posibilidad de instalar dispositivos de seguridad en las televisiones (filtros); la obligación de requerir publicidad informativa relacionada con los efectos secundarios por el consumo en exceso de este tipo de productos; o el establecimiento de impuestos especiales al consumo de este tipo de productos[17].

En relación con la publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos en los espectáculos deportivos se ha generado un reciente debate sobre la finalidad y proporcionalidad de posibles restricciones a la publicidad de estos productos en el mundo deportivo.

i) *El tipo de comunicación*. La jurisprudencia extranjera ha sabido aplicar reglas distintas para valorar los estándares aplicables para identificar la ilegitimidad de una verdadera restricción, depen-

16 Basada en los fallos de las Cortes Supremas de Argentina, Brasil, Estados Unidos y Perú.

17 Todo ello sin llegar a cuestionar lo que muchos estudios especializados han hecho, esto es, la evidencia cierta de que la publicidad aumenta el consumo. En efecto, existen diversos estudios que han demostrado que no existe una relación directa entre la publicidad de bebidas alcohólicas y el consumo de estas sustancias por menores de edad y personas adultas. Más bien, el principal efecto que ésta genera es el cambio de una marca a otra, pero no la decisión de consumir por consumir.

diendo del medio de comunicación de que se trate. Ello fue clara y expresamente reconocido por la Suprema Corte estadounidense, cuando en la decisión recaída en el caso Reno vs. American Civil Liberties Unión[18], se señaló que cada medio debía examinarse cautelosamente de acuerdo a sus propios atributos, a los efectos de evitar inhibir un nuevo tipo de comunicación con estrictas regulaciones dirigidas a otro tipo de medio de comunicación.

Y es que es evidente que no puede medirse con una misma vara las restricciones admisibles para la televisión abierta que, por ejemplo, para la televisión por suscripción o para la prensa escrita, toda vez que las facilidades de acceso y el tipo de privacidad en uno u otro caso son muy diferentes. Ni qué decir de *internet*[19]. Es evidente que mal podría legitimarse el tipo de restricciones ningunas legislación positiva, ya que este es un medio bastante privado y de fácil control por los usuarios. Así, por ejemplo, las preocupaciones que existen con la protección de los niños son menores, pues cada usuario puede bloquear su computadora para filtrar determinados mensajes.Aceptar este tipo de restricciones implicaría una clara

18Las referencias a los fallos extranjeros lo encontramos en la obra "Recopilación de fallos extranjeros trascendentes sobre la libertad de Expresión", dicha obra se encuentra en la Biblioteca del Congreso Nacional.

19"El futuro del periódico está online aunque el modelo del negocio aún no se ha inventado. El periodismo se ha inventado pero sin el modelo de negocio", señaló Bill Keller de The New York Times. Destacó además que la principal amenaza para los periódicos es el mismo periódico. Dijo que el diario no descarta cobrar a los usuarios que visitan frecuentemente el portal. En este punto, Sylvie Kauffman **directora del diario** Le Monde de Francia resaltó la importancia del pago por contenido online por la calidad de los productos periodísticos ofrecidos: "Si queremos vender más periódicos tenemos que conseguir que la gente pague nuestro contenido online. (…) Tienen que entender de lo que nosotros producimos cuesta dinero. Va a ser difícil para nosotros si nadie puede pagar por ellos". Kauffman indicó que su periódico actualmente implementa un modelo mixto, es decir, que los lectores deben pagar para acceder a ciertos contenidos del portal. El sistema se aplica desde hace un año aproximadamente. Por su parte, Georg Mascolo de Der Spiegel de Alemania se mostró a favor de que los lectores paguen para acceder a contenidos en la web: "Los precios actualmente son muy bajos. Para hacer un periodismo excelente hay que pagar". Mascolo comentó que su revista cuesta unos cuatro euros y que probablemente el precio se incrementará. "¿Por qué va a costar menos nuestra revista que un café de Starbucks?", ironizó. Las declaraciones se realizaron durante el debate denomina "El Futuro del Periodismo.Wikileaks, revoluciones y el nuevo escenario informativo" realizado en el Museo Reina Sofía de Madrid. Del encuentro, también participaron los directores de El País de España y The Guardian de Inglaterra. Los usuarios de Twitter siguieron la cobertura a través de la etiqueta con futuro y el streaming proveído por el periódico español, organizador del evento. (fuente, ABC COLOR, página digital, de fecha 23 de febrero del 2011)

violación no solo del derecho a la libertad de expresión, sino también a la privacidad y libre desenvolvimiento de la personalidad, entre otros.

Lo mismo puede decirse de la prensa escrita, pues cada quien es libre de comprar los periódicos o revistas que considere de su agrado. Además, el Estado no tiene la misma legitimidad para interferir en los contenidos de la prensa escrita, como en el caso del espacio radioeléctrico, el cual administra por razones de seguridad.

Otro ejemplo bastante claro es el cine, donde con la regulación de la entrada de menores de edad o con la advertencia del tipo de material que se va a observar (clasificación de la película) es suficiente para evitar que existan audiencias imprevistas o susceptibles frente a determinadas expresiones.

j) *El lugar donde se produce el mensaje y la prohibición de discriminar por su contenido.* Otras las consideraciones que deben tomarse en cuenta, a la hora de verificar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión, tiene que ver con el lugar donde ésta se produce, con la forma como se realiza y a la hora en que produce. No es lo mismo decir malas palabras en la intimidad de un hogar que en el medio de un debate oral en un estado judicial. De igual forma que no podría meterse con un mismo estándar, la colocación de determinados afiches o pancartas en un centro comercial privado o en la calle pública.

En ese sentido, si se trata de un mensaje o protesta realizada en un sitio público, como una plaza o una acera, la jurisprudencia internacional exige básicamente tres cosas: i) que la prohibición no se refiera al contenido del consejo, ii) que las restricciones del tiempo, lugar y modo sean razonables y dejen alternativas abiertas para la emisión del mensaje; iii) la exigencia de cualquier permiso debe servir a un fin legítimo muy especial, y no puede dejar amplios márgenes de discrecionalidad a la autoridad pública.

Concluimos diciendo que nuestra Constitución Nacional de 1992 ha querido que toda la legislación que vaya a desarrollar o regular esos derechos fundamentales busque que las normas operativas inferiores de nuestro ordenamiento jurídico cumplan con su cometido, que es garantizar el pleno e irrestricto derecho iusnaturalista de la libertad de expresión.

# Bibliografía


Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). El acceso a la información como derecho. *Anuario de Derecho a la Información*, *1*, 137-159.

Aguirre, J. O. y Pabón P. (2007). Reconstrucción del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional. *Opinión Jurídica*, 6(12), 35-59.

Alcalá, H. N. (2011). El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos sobre la libertad de expresión. *Estudios Constitucionales*, *1*, 119-156.

Almirón, M. E. (2004). Constitución y derechos humanos. Asunción: Intercontinental.

Anaya, J. P. (2005). El periodismo televisivo de los noventa y la Declaración de Chapultepec. *Contratexto: revista de la Facultad de Comunicación de la Universidad de Lima*, *13* 73-82.

Alpizar, I. (2006). Derechos humanos y libertad de expresión en el contexto del TLC. *ABRA*, *36*, 72-84.

Arcila, J. A. (2011). La libertad de expresión en la jurisprudencia de la corte interamericana (1985-2009). *Forum Revista Del Departamento De Ciencia Política, Universidad Nacional, 1*, 113-146.

Badeni, G. y Escribano, J. C. (1991). *Libertad de prensa*. Abeledo-Perrot.

Barbosa, F. R. (2012). El servicio y acceso universal en el derecho de las telecomunicaciones y su aplicación en la libertad de expresión. *Derecho Comparado de la Información*, *19*, 3-28.

Becerra, M. (1997). *Derecho internacional público*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Bermúdez, E. (2007). Libertad de expresión y hegemonía en Venezuela. De la hegemonía de los medios a la hegemonía del estado. *Quórum Académico*, *4*(2), 42-60.

Brajnovic, L. (1978). *Deontología periodística.* Pamplona, Eunsa,

Cabanellas, G. (2001). Diccionario enciclopédico de derecho usual (vol. 501, núms. D50-285, v. 1-v. 8).

Gutiérrez, M. E. (2007). Telebasura, servicio público y libertad de expresión. *Revista del CES Felipe II*, (6).

Cajías, H. (1970). *Criminología*. Juventud. p. 269.
Campos, V (2007). Ofensas y libertad de expresión. *Quaderns del CAC, 27*, 13-27.
Candia, L. P. P. Y. (2004). Introducción a la ciencia jurídica. *Estudios fundamentales de Doctrina y Legislación*, *1*.
Cañizales, A. (2014). Libertad de prensa y de expresión en los países andinos. Tensión, amenazas y restricciones. Intento de balance 2013-2014. *Temas De Comunicación*, *29*, 49-111.
Clark, W. C. (1968). El derecho a la Información.
Casañas Levi, J. F. (2008). *Manual de derecho penal: parte general*. Asunción: Intercontinental. Asunción.
Contreras, M. A. (1997). Las organizaciones no gubernamentales realidad y reto. *Derechos Humanos, ,* 28, 107-113.
Desantes, J. M. (1973). Periodismo y Ética.
Díaz Rangel, E. y Tremamunno, M. (2002). *Chávez y los medios de comunicación social*. Caracas: Alfadil.
Digues, J. A. (2008). ¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano? G. Elsmer, (Ed.). *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano,* 328-351. Montevideo: Konrad Adenauer stiftung.
Duhaime, B. y Poisson, J. (2012). Protesta social y libertad de expresión en Canadá: reflexiones y lecciones del G-20 en Toronto. *Derecho Comparado de la Información*, *19*, 96-136.
Egaña, J. L. C. (1984). Teoría de la libertad de expresión. *Cuadernos de información*, *1*(1).
Faúndez Ledesma, H. (2004). *Los límites de la libertad de expresión. México*: Universidad Nacional Autónoma de México.
Fernández-Areal, M. (2004). Derecho a la información como garantía de libertad. España: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad.
Ferrajoli, L. (1999*). Igualdad y diferencia*. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 73-96.
Folliet, J. (1972). La información hoy y el derecho a la información. *sot 1*.
García, E. F. (2003). Libertad de expresión y respeto a los seres humanos. *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, *7*, 3.
García, E. F. (1997). *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política* (vol. 4). Librería-Editorial Dykinson.
Gauchi, V. (2012). Derecho de acceso a la información pública. *MEI*, *3*(5), 167-176.
González, L. R. (2007). Libertad de expresión, seguridad pública y poderes facticos. *Derecho Comparado De La Información*, *10*, 113-132.

Gómez-Gómez, I. (2010). *Interceptaciones y seguimientos ilegales: grave intimidación al periodismo colombiano. Informe sobre el estado de la libertad de prensa en Colombia en 2009*. Bogotá: FLIP.
Gutiérrez, M. E. (2007). Telebasura, servicio público y libertad de expresión. *Revista del CES Felipe II*, *6*, 1-17.
Guerrero, L. A. H. (2012). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional*, *14*(14), 319-344.
Gullco, H. (1997). V. La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso. *Libertad de prensa y derecho penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto
Haiman, R. J. (2000). Best practices for newspaper journalists. In *Freedom Forum Free Press/Fair Press Project*.
Hernández, D. (2005). *Libertad de expresión: voces diversas y conciencias críticas o hegemonía mediática*. Ministerio de Comunicación e Información.
Huerta, L. A. (2002). *Libertad de expresión y acceso a la información pública*. Lima.
Jacques, M. (1943). Los Derechos del Hombre y la Ley Natural.
Luño, A. E. P. (2005). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*.
Llamares, M. (1999). *La libertad de expresión e información como garantía del pluralismo político*. Madrid.
Martínez, E. (2009). Conciencia crítica y medios de comunicación. *Visión Docente Con-Ciencia, 9*, 23-26.
Martinez-Pujalte, A. L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
Martínez, J. L. (1987). *Descolonizar la información*. Ediciones La Hora.
Meiklejohn, A. (1960). Political Freedom: The Constitutional Powers of the People 27.
Merrill, J. C. (1985). Un problema semántico y un mito persistente: el libre flujo de información y el derecho a saber. *Cuadernos de Información*, *2*, 7-20.
Milton, J. (1868). *Areopagitica: 1644* (Vol. 1).
Mill, J. S. (2008). Sobre la libertad (1859).
Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el Estado Social e Democrático de Derecho.* Barcelona: Ariel.
Miró Quesada, A. (1985). Periodismo independiente. *Intervención en las Jornadas Empresariales de Medios de Comunicación Independientes de la Argentina (Buenos Aires*, 155-68.
Morales, S. F. (2003). Censura y derechos humanos. Reflexión histórico-jurídica sobre el derecho de la comunicación en Guatemala. *Revista IIDH, 37*. 299-373.

Morínigo, H. (1972). La conquista de lo público (2.ª ed.). USAID, CIRD, Defensoría Del Pueblo, Centro De Defensa Del Interes Público e IDEA,
Muñoz, F. y González, J. (2003). Introducción a la Teoría General del Hecho Punible". Ediciones Jurídicas CATENA S.A., As. P. 28.
Neuman, L. (2002). *Acceso a la Información. La llave para la democracia.* Centro Carter.
Ortega Gutiérrez, F. (2007). El caudillismo periodístico. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, *49*(201).
Páez, T. (2013). Libertad de expresión, democracia y propiedad. *Nueva Época*, *12*, 33-51.
Peces-Barba, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Boletín Oficial del Estado, BOE.
Perla, P. A. (2009).*El derecho de la comunicación en el Perú*. Lima: Universidad de Lima.
Radil, B. C. (2009). *Teoría política: historia de las ideas, ideología, poder, estado y gobierno: obstáculos para el desarrollo en el Paraguay*. Ediciones Universidad del Pacífico. p. 244.
Radil, B. C. y Cano Radil, B. (2003). Manual de Derecho Constitucional y Político. *Asunción: Catena*.
Revoiro, F. J. D. y Templado, E. E. (1997). *La Constitución como orden abierto*. McGraw-Hill-Interamericana de España. p 74.
Rodas, N. A. M., Rodas, M. y Alcides, N. (2005). *Código penal paraguayo, comentado*. Intercontinental Editora.
Ryfman, P. (2007). Organizaciones no gubernamentales: un actor indispensable en la ayuda humanitaria. *Intenational Revieiew Of The Red Croos*, (865), 1-25.
Sartori, G. (2002). Homo videns. GLF editori Laterza.
Sennett, R. (2003). *Respeto.* Barcelona: Anagrama.
Singer, P. (2009). Ética práctica (vol. 13). Ediciones AKAL.
Stiglitz, J (2003). Sobre la libertad, el derecho a estar enterado y el discurso público. El papel de la transparencia en la vida pública. ISBN 84-8432-484-2, págs. 123-168. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808992
Trotti, R. (1993). La Dolorosa Libertad de Prensa. En busca de la ética perdida. Editorial Atlántida. Buenos Aires-Argentina. p 56
Valenzuela, G. & Rochin, L. M. (2013). Libertad de expresión y su impacto en la democracia. Jurídicas CUC, 9 (1), 89-100.
Vázquez, J. & Centurión, R. (2005). Código Procesal Penal, Comentado. Intercontinental Editor., As. p. 438.

Vega Zamora, H. (2012). El derecho a la libertad de expresión: ¿una limitante al poder estatal? (a propósito del diálogo intersubjetivo en una sociedad democrática). *Revista de derecho (Coquimbo)*, *19*(2), 355-369.
Villanueva, E. (2004). *Derecho de la información*. Derecho de Acceso a la Información Pública y Ética Periodística, Paraguay, Edit. Intercontinental. pp 34 y ss.
Vivanco, A. (2007). Concentración de medios en las sociedades democráticas: ¿peligro parar la libertad de expresión o condición de subsistencia? Dialogo político, (3), 11-175.
Wessels, J. (1980). *Derecho penal: parte general: exposición del texto legal.* Depalma.

## Referencias jurisprudenciales

Colombia, Corte Constitucional (1994, Mayo) "Sentencia T - 228" M. P. Hernando Galindo. J. G., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (1995, Febrero) Sentencia SU – 056" M. P. Barrera Carbonell. A., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (1996, Marzo) "Sentencia T - 104" M.P. Gaviria Díaz. C., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2000, Mayo) "Sentencia T – 505" M. P. Hernández Galindo. J. G., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2000, Enero) "Sentencia C – 010" M. P. Martínez Caballero. A., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2000, Diciembre) "Sentencia SU - 1721" M. P. Tafur Galvis. A., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2000, Diciembre) "Sentencia SU – 1723" M. P. Martínez Caballero. A., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2001, Diciembre) "Sentencia T - 1319" M. P. Uprimy Yepes. R., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2001, Junio) "Sentencia T - 637" M. P. Cepeda Espinosa. M. J., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2002, Abril) "Sentencia T - 235ª" M. P. Montealegre Lynett. E., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2002, Junio) "Sentencia C - 489" M. P. Escobar Gil. R., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2002, Junio) "Sentencia T - 494" M. P. Córdoba Triviño. J., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2003, Agosto) "Sentencia C – 650" M. P. Cepeda Espinosa. M. J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2007, Mayo) "Sentencia T – 391" M. P. Cepeda Espinosa. M. J., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2010, Septiembre) "Sentencia T – 714" M. P. Calle Correa. M. V., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2014, septiembre) "Sentencia C – 635", M. P. Mendoza Martelo G. E., Bogotá.
Colombia, Corte Constitucional (2014, Noviembre) "Sentencia C – 881" M. P. Pretelt Chaljub. J. I., Bogotá.
Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2004, Agosto).
Paraguay, Corte Suprema de Justicia (1996, Mayo) "Sentencia número 180".

## Referencias normativas

Colombia (1992), Constitución Política, artículo 14. Bogotá, Legis.
Colombia (1992), Constitución Política, artículo 18. Bogotá, Legis.
Colombia (1992), Constitución Política, artículo 19. Bogotá, Legis.
Colombia (1992), Constitución Política, artículo 20. Bogotá, Legis.
Colombia (1992), Constitución Política, artículo 21. Bogotá, Legis.
Colombia (1992), Constitución Política, artículo 42. Bogotá, Legis.
México (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6. México D. F, UNAM.
México (1917), Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 7. México D. F, UNAM.
Argentina (1994), Constitución de la Nación de Argentina, articulo 14. Ciudad de Santa fe, Lexis Nexis.
Paraguay (1992), Constitución Nacional del Paraguay, artículo. 9, Asunción. Intercontinental Editora.
Perú, Congreso de la República del Perú (2005, 20 de Julio). Ley Orgánica de Elecciones Nº 26859. "Toda referencia en la presente Ley Orgánica de Elecciones a los "Partidos Políticos, Agrupaciones Independientes y Alianzas", se entenderán referidas a las siguientes denominaciones "Partidos Políticos y Alianza Electorales", de conformidad en lo dispuesto en la Ley de Partidos Políticos – Ley N° 28094". Adoptada en Perú.
Perú, Congreso de la República del Perú (2004, 15 de Julio). Ley de Radio y Televisión Nº 28278. "La Comisión Permanente del Congreso de la República". Adoptada en Perú.
Venezuela, Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela. (2005, 12 de Diciembre). Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televi-

sión. N° 38.333. Ley de reforma parcial de la ley de responsabilidad social en radio y televisión. Caracas.

## Referencias de casos

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C No. 84.

Perú. Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional (2005, 17 de octubre). Sentencia Del Tribunal Constitucional. Recurso extraordinario interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos. EXP. N.° 6712-2005-HC/TC.

Perú. Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional (2005, 17 de octubre). Sentencia Del Tribunal Constitucional. Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Laureano Ramírez de Lama contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, de fojas 105, su fecha 12 de abril de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos. EXP. N° 2262-2004-HC/TC.

México. Juzgado Quinto Civil (2014, 22 de octubre). 36.-228/2014 ORDINARIOS, REIVINDICATORIOS Por recibido oficio que remite la Jueza Segundo Menor en Materia Civil de esta ciudad, el suscrito queda enterado de su contenido y ordena informarle lo que se indica en autos. Se ordena expedir copia certificada de las constancias que indican, previo el pago de los derechos fiscales. EXP. N° 228/2014.

Paraguay. Sala III del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Asunción (2007, 2 de mayo). En el marco de la causa "Félix Picco Portillo contra La Municipalidad de Lambaré sobre Amparo" revocó, por medio del Acuerdo y Sentencia Nro. 51, la sentencia de primera instancia – dictada por la cuestionada y suspendida jueza Nilse Ortíze hizo lugar, con costas, a la acción de amparo que el Defensor del Pueblo, Manuel María Páez Monges, con el patrocinio letrado de los abogados de IDEA, presentó en diciembre de 2007 a favor del ciuda-

dano Félix César Picco Portillo, quien en su momento había reclamado acceder a información pública que la Municipalidad de Lambaré le había negado.

Estados Unidos, United States Supreme Court (1938). 303 US 444. This case was remarkable in its discussion of the requirement of persons to seek government sanction to distribute religious material. In this particular case, the Supreme Court ruled it was not constitutional for a city to require such sanction. 58 S. Ct. 666; 82 L. Ed. 949; 1938 EEUU LEXIS 297.

Estados Unidos, Unites States Court of Apeals, Seventh Circuit (1978, 22 May). Frank COLLIN and the National Socialist Party of America, Plaintiffs-Appellees. vs. Albert SMITH, President of the Village of Skokie, Illinois, John N. Matzer, Jr., Village Manager of the Village of Skokie, Illinois, Harvey Schwartz, Corporation Counsel of the Village of Skokie, Illinois and the Village of Skokie, Illinois, a Municipal Corporation, Defendants-Appellants. Members of National Socialist party brought action seeking declaration of unconstitutionality of three village ordinances. The United States District Court for the Northern District of Illinois, 447 F.Supp. 676, Bernard M. Decker, J., declared ordinances to be unconstitutional, and village appealed.

Estados Unidos, officially titled United States – Vietnam Relations, 1945–1967: A Study Prepared by the Department of Defense (1969, 15 January). Is a United States Department of Defense history of the United States' political-military involvement in Vietnam from 1945 to 1967. The papers were discovered and released by Daniel Ellsberg, and first brought to the attention of the public on the front page of The New York Times in 1971. A 1996 article in The New York Times said that the Pentagon Papers had demonstrated, among other things, that the Johnson Administration "systematically lied, not only to the public but also to Congress. Caso de los Papeles del Pentágono.

Comisión IDH. Caso Martorell v. Chile, Caso 11.230 (1997, 3 Mayo). Informe No. 11/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. En 234. Recomendar al Estado de Chile que levante la censura que, en violación del artículo 13 de la Convención Americana, pesa con respecto al libro "Impunidad Diplomática". Recomendar asimismo al Estado de Chile que adopte las disposiciones necesarias para que el señor Francisco Martorell pueda ingresar, circular y comercializar en Chile el libro mencionado en el párrafo precedente. Publicar este informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, en vir-

tud de lo dispuesto en los artículos 51.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 48 del Reglamento de la Comisión.

Estados Unidos, Caso Watergate (1972). Durante el mandato del presidente Richard Nixon(1913-1994), que culminó con la imputación de cargos a algunos consejeros muy cercanos al presidente, y con la dimisión de este, el 9 de agosto de 1974.

## Referencias convencionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos. http://www.un.org/es/documents/udhr/

Declaración de los derechos (Bill Of Rights of the United States of America). http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/

Declaración De La Independencia De Los Estados Unidos De América. http://www.libertad.org/declaracion-de-independencia-de-estados-unidos-de-america

La Declaración Universal De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano (1789). http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html

En la Declaración de la UNESCO (2001). http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Convención Europea de Derechos Humanos. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.