

CAPÍTULO CUARTO

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En la Convención Americana de Derechos Humanos no hay ninguna protección expresa del secreto periodístico, pero sus normas brindan una protección mucho más generosa a la libertad de prensa que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Comisión IDH y la Relatoría de Libertad de Expresión sí hicieron aplicación de ese instituto. Por eso, hay muchos motivos para considerar que el secreto debería recibir una protección muy amplia, igual o, incluso, superior a la que recibe en el sistema europeo de derechos humanos.

I. EL VALOR DEL SISTEMA EUROPEO PARA EL INTERAMERICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, reconoció el valor de la jurisprudencia europea como herramienta útil para la interpretación del derecho a la libertad de expresión garantizado en el sistema interamericano.

Específicamente, cuando se trata de la cuestión de las situaciones de emergencia que pudieran constituir excepciones a la prohibición de la censura previa garantizadas por el artículo 13.2 de la Convención Americana, la Comisión se refirió a la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos para demostrar el alto rigor de escrutinio que debe aplicarse a toda censura previa. Así, la Comisión señaló que

...la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos puede servir de indicador relevante de la aplicación de la cuestión de la censura previa a nivel regional, en particular considerando el abundante número de casos que tratan de la libertad de expresión. Pese a que el sistema de derechos humanos europeo no reconoce la misma prohibición absoluta de la censura previa que el sistema interamericano, sus instituciones han sido renuentes a permitir restricciones previas a la libre expresión...

La gran consideración que la Convención Americana otorga al derecho a la libertad de expresión en relación con la Convención Europea torna imperativo que las normas derivadas de la jurisprudencia de la Corte Europea sean entendidas como normas mínimas que requiere el derecho a la libertad de expresión, pero nunca como una limitación al goce de una mayor protección de la libertad de expresión. Este enfoque es coherente con la opinión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la aplicabilidad simultánea de los tratados internacionales. A este respecto, la Corte afirmó, siguiendo la regla de interpretación establecida en el inciso b del artículo 29 de la Convención Americana, que

...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

Por su parte, la Corte IDH, en la opinión consultiva OC-5/85, sostuvo que

...el artículo 13 de la Convención Americana, al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos), (aunque) sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa. El artículo 13.2 tiene que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable. Ello evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para

ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas.³²⁹

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ARTÍCULO 13, CIDH

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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

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

III. DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Antes de pasar al estudio de la Convención Americana vale recordar el texto de la Declaración Americana, que en su artículo IV establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

La norma, como se ve, reconoce la libertad en términos muy amplios, y parece claro que la referencia a “cualquier medio” no sólo se refiere a la “difusión del pensamiento por cualquier medio”, sino también a la li-

³²⁹ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 45, 47, 50 y 51.

bertad de “opinión” y a la “de investigación”, ambas de las cuales también se pueden ejercer por cualquier medio. En otras palabras, la utilización de fuentes confidenciales es un medio admisible para el ejercicio de la libertad.

IV. CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA 2001

Aprobada el 11 de septiembre de 2001, la Carta Democrática Interamericana establece, en su artículo 4o., que: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

Esta carta es una confirmación de que la libertad de prensa está entroncada con el aspecto sustancial de la democracia. Como bien señala el profesor venezolano y ex juez de la Corte IDH, Aguiar,³³⁰ las ideas de la Declaración parecerían responder al criterio de democracia sustancial enunciado por Ferrajoli, a cuyo tenor los derechos fundamentales expresan necesidades cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado. En otras palabras, tales derechos no pueden ser o verse menguados ni por el mismo Estado ni por el mercado ni por las mayorías políticas. Responden, en efecto, a la idea de las sociedades abiertas o, si se quiere, liberales contemporáneas, que fijan mínimos éticos y normativos inconstitucionales —constituidos por derechos fundamentales— asegurados por el estado de derecho y que, dentro de su contexto y dentro de tales límites básicos, procuran la tolerancia y la posible convivencia entre culturas distintas.

V. INTERPRETACIÓN DE LOS ORGANISMOS DE LA OEA DEL ARTÍCULO 13 CADH

Pero retomemos ahora la CADH, sobre cuyo artículo 13, tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han efectuado extensas interpretaciones.

Comenzaremos por exponer las interpretaciones de la Comisión IDH y la Corte IDH, y luego expondremos la Declaración de Derechos que dictó

³³⁰ Aguiar, Asdrúbal, *La libertad de expresión, de Cádiz a Chapultepec*, Caracas, SIP y Universidad Católica Andrés Bello, 2002, p. 97.

la Comisión, junto con los criterios interpretativos que la acompañan y las normas e interpretaciones que surgen de otros documentos y organismos de la OEA.

VI. INTERPRETACIÓN DE LA COMISIÓN IDH SOBRE EL ARTÍCULO 13, CADH

La Comisión IDH ha intervenido en muchos casos contenciosos, a través de los cuales acuñó las siguientes interpretaciones:³³¹

1. *Censura previa*

El artículo 13 de la Convención prohíbe la censura previa, salvo con el exclusivo objeto de regular el acceso a espectáculos públicos “para la protección moral de niños y adolescentes” (artículo 13.4, CADH). En casos contenciosos, tanto la Comisión como la Corte han interpretado esta disposición en sentido estricto.³³²

La Comisión trató por primera vez la cuestión de la censura previa en un caso suscitado en Grenada,³³³ donde el Estado confiscó en el aeropuerto de ese país cuatro cajas de libros provenientes de los Estados Unidos que portaban los peticionarios. La Comisión declaró que la confiscación y prohibición de los libros constituía una imposición de censura previa por parte del Estado, y añadió que el Estado no había presentado

³³¹ Seguimos, en este párrafo, la exposición efectuada en la página oficial de la Comisión: <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp>, junto con la revisión y estudio de los documentos allí citados. En la elaboración de este capítulo también ha sido muy importante el excelente y completo estudio elaborado por García Ramírez, Sergio y Gonzales, Alejandra, “Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 13 Convención)”, *Revista de Derecho Público*, 2006-2, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 459 y ss. Las notas 5 a 65 de este pie de página son tomadas y copiadas directamente de estos textos. No es intención de este autor reproducir este estudio, sino dar sus conclusiones por exactas y tomarlo como punto de partida para una elaboración distinta, vinculada con este trabajo.

³³² OC-5/85, párrafo 54, señala que la violación al derecho a la libertad de expresión es especialmente radical en los casos de censura previa, ya que “viola 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”.

³³³ Caso 10.325, Informe 2/96, Grenada, Steve Clark y otros, 1o. de marzo de 1996.

ninguna argumentación que justificara ese acto, por lo cual había violado el artículo 13.

En 1996, la Comisión IDH amplió su jurisprudencia sobre censura previa con motivo del caso de Francisco Martorell,³³⁴ en Chile. Allí, ese organismo dijo: “La prohibición de la censura previa, con la excepción consignada en el párrafo 4 del Artículo 13, es absoluta y exclusiva de la Convención Americana, por cuanto ni la Convención Europea ni la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos contienen disposiciones similares”. El hecho de que no se estipulen otras excepciones a esta disposición indica la importancia que los autores de la Convención asignaron a la necesidad de expresar y recibir cualquier clase de información, pensamientos, opiniones e ideas.³³⁵ La Comisión reconoció la observación del Estado de que el artículo 11 de la Convención garantiza el derecho al honor y a la dignidad, pero rechazó el argumento de que la protección de ese derecho justifique la censura previa. La Comisión declaró que “los órganos del Estado no pueden interpretar las disposiciones del Artículo 11 en una manera que viole el Artículo 13, el cual prohíbe la censura previa”.³³⁶

Recordemos también que la Corte IDH, en el caso “La última tentación de Cristo”,³³⁷ reafirmó la interpretación de la Comisión.

2. Restricciones indirectas de la libertad de expresión

El artículo 13.3, CADH, establece que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

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 declaracio-

³³⁴ Caso 11.230, Informe 11/96, Chile, Francisco Martorell, 3 de mayo de 1996.

³³⁵ *Ibidem*, párrafo 56.

³³⁶ *Ibidem*, párrafo 72.

³³⁷ Corte IDH, caso de “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001.

nes. Como dice García Ramírez, las afectaciones a la libertad de expresión no se manifiestan exclusivamente a través de acciones directas del Estado o de sus agentes; es posible que se empleen medidas de otro carácter, menos evidentes, que también obedecen al propósito de reducir o evitar la expresión del pensamiento, y en todo caso producen este resultado. Se trata de acciones u omisiones que traen consigo la inhibición del sujeto, como consecuencia de la intimidación, la obstrucción de canales de expresión o la siembra de obstáculos que impiden o limitan severamente el ejercicio de aquella libertad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se vulnera un derecho diferente de la libertad de expresión, en forma que ésta resulta afectada —por ejemplo, en un caso, la privación de la nacionalidad del sujeto—, se practican investigaciones indebidas o excesivas, se prohíbe el acceso a determinados medios de los que regularmente se ha valido el titular del derecho, se restringe la libertad de circulación, se desconocen los efectos de un contrato, se impide a los titulares de ciertos bienes la disposición de éstos, etcétera. También, cuando tales acciones provienen de controles particulares se incurre en violación a este artículo. En este supuesto, la responsabilidad del Estado deriva de que no ha garantizado el ejercicio del derecho, no obstante el deber de atención y cuidado que le impone el artículo 1.1 de la Convención.³³⁸

El primer caso relacionado con problemas de esta índole fue el del obispo guatemalteco Juan Gerardi, planteado en 1982;³³⁹ en 1988, la Comisión consideró una situación similar en el caso de Nicolás Estiverne,³⁴⁰ nativo de Haití, que se había convertido en ciudadano de los Estados Unidos y luego había regresado a Haití para vivir allí y recuperar su ciudadanía haitiana, caso en el cual la Comisión consideró que la orden de expulsión del señor Estiverne se basaba en consideraciones políticas y tenía por objeto silenciar sus críticas respecto del general.

Por su parte, como veremos luego nuevamente, la Corte IDH se pronunció en el caso de Ivcher Bronstein,³⁴¹ ciudadano naturalizado del Perú y accionista mayoritario de la empresa que operaba el canal 2 de televisión de ese país. La Corte consideró que “la resolución que dejó sin efec-

³³⁸ García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *op. cit.*, p. 480.

³³⁹ Caso 7778, Resolución 16/82, Guatemala, obispo Juan Gerardi, 9 de marzo de 1982.

³⁴⁰ Caso 9855, Resolución 20/88, Haití, Nicolás Estiverne, 24 de marzo de 1988.

³⁴¹ Corte IDH, caso Ivcher Bronstein, serie C, núm. 74, sentencia del 6 de febrero de 2001.

to 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”.³⁴² Además, la Corte declaró que al “separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información”.³⁴³

3. *Responsabilidades ulteriores por declaraciones*

Con respecto al artículo 13.2 de la CADH, la Comisión hizo una aplicación correcta del principio de la responsabilidad ulterior en el caso Horacio Verbitsky,³⁴⁴ planteado en la Argentina en 1994.

El periodista argentino publicó un artículo en el cual calificó como “asqueroso” a un ministro de la Corte Suprema de Justicia. A raíz de este comentario, fue acusado del delito de desacato. Las partes en el caso llegaron a una solución amistosa, en la cual se estipuló, entre otras cosas, que la Comisión prepararía un informe sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la legislación sobre desacato en el Código Penal argentino, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, incluyendo la opinión acerca de si los Estados parte de dicho acuerdo deben armonizar su legislación interna con el artículo 2o. de la Convención. El informe de la Comisión IDH resultante brinda pautas importantes para la aplicación del principio de la responsabilidad ulterior.³⁴⁵ La Comisión consideró que las normas sobre desacato no son compatibles con la Convención porque se prestan “al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas”,³⁴⁶ y que tales normas “brindan a los funcionarios públicos un grado de protección

³⁴² *Ibidem*, párrafo 162.

³⁴³ *Ibidem*, párrafo 163.

³⁴⁴ Caso 11.012, Informe 22/94, Argentina, Horacio Verbitsky, 20 de septiembre de 1994 (solución amistosa).

³⁴⁵ Véase CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, pp. 206-223 (versión español).

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 223.

mayor que el acordado a las personas privadas, lo cual contradice directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo”.³⁴⁷ En definitiva, las normas sobre desacato restringen el discurso crítico, porque las personas no desean exponerse a ser condenadas a prisión o multas. Aun las leyes que ofrecen la defensa de la *exceptio veritatis*, restringen el discurso de manera inapropiada, porque no dan lugar al hecho de que la crítica es opinión y, por consiguiente, no puede probarse. Las leyes sobre desacato no pueden justificarse sosteniendo que tienen por objeto la protección del “orden público” (lo que sí se admite conforme al artículo 13), porque viola el principio de que “una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público”.³⁴⁸ Por otra parte, existen alternativas menos restrictivas, además de las leyes sobre desacato, a las que pueden recurrir los funcionarios públicos para defender su reputación ante ataques injustificados, como el derecho a réplica en los medios de comunicación masiva o la iniciación de una acción civil por injurias o calumnias. Por todas estas razones, la Comisión concluyó que las leyes sobre desacato son incompatibles con la Convención, y convocó a los Estados a derogarlas. Al respecto, la Comisión explicó:

[E]n la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que existe una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de to-

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 220.

dos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.³⁴⁹

Como vemos, incluso cuando la Convención habilita las responsabilidades ulteriores, esta habilitación no es una carta blanca, y hay mecanismos que conducen a la responsabilidad ulterior que, según la Comisión, también están desacreditados.

En 1999, la Comisión consideró el tema de la responsabilidad ulterior en el caso de Rodolfo Nobles Espinoza contra el Perú.³⁵⁰ El general Robles denunció abusos cometidos por el ejército y los servicios de información peruanos en el marco de la lucha contra el terrorismo, sufriendo numerosas consecuencias tanto él como sus familiares. Para la Comisión IIDH,

...el delito de ultraje a las Fuerzas Armadas o de Insulto al superior son figuras penales apropiadas cuando se aplican a delitos para los cuales han sido creadas, con el propósito de mantener un nivel de disciplina apropiado al comando vertical necesario en un ambiente militar, pero que son totalmente inapropiadas cuando son utilizadas para encubrir denuncias de delitos dentro de las Fuerzas Armadas.³⁵¹

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 222.

³⁵⁰ Caso 11.317, Informe 20/99, Perú, Rodolfo Robles Espinoza e hijos, 23 de febrero de 1999.

³⁵¹ *Ibidem*, párrafos 151 y 148. Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C. 107. El estudio explica que el periodista indicó en sus artículos que los periódicos belgas *De Morgen*, *La Libre Belgique*, *Le Soir Illustré* y *Financieel-Economische Tijd*, y el periódico alemán *Der Spiegel*, hicieron varias publicaciones en las que señalaban al señor Przedborski como sospechoso de haber recibido comisiones ilícitas en las negociaciones de la venta de helicópteros italianos de combate al Estado de Bélgica, con las cuales habría invertido sumas millonarias en proyectos turísticos de Costa Rica. Refirió que dichos periódicos, con base en fuentes diplomáticas y policiales anónimas, le atribuían un amplio expediente policial en Bélgica y en la Policía Internacional (Interpol), por lo que el señor Przedborski se habría refugiado en la inmunidad de su cargo diplomático costarricense como medio para continuar con sus actividades ilícitas, las cuales abarcaban desde tráfico de monedas, cigarrillos, armas y estupefacientes, hasta contratos fraudulentos en perjuicio de la aerolínea alemana Lufthansa. También señaló que los periódicos, basados en informes de inteligencia occidentales, indicaban que Przedborski había infiltrado espías de algunos países de Europa del este durante la época de la Guerra Fría y provisto de pasaportes falsos a varios agentes secretos polacos. Refirió que la prensa belga cuestionaba el origen de su exorbitante fortuna y propiedades en Miami, en la Costa Azul de Francia y en Tervuren de Bélgica, señalando que en una ocasión, en 1981, se vio enfrentado a una causa penal por defraudación fiscal en Bélgica. Asimismo, indicó que ante una solicitud del

La Comisión señaló, además, que si bien el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a penalidades razonables posteriores de acuerdo con los términos de la Convención, es más amplio cuando “las expresiones formuladas por una persona se refieren a denuncias sobre violaciones a los derechos humanos”.³⁵²

Asimismo, la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso que la Comisión llevó a su consideración relacionado con una condena penal impuesta a un periodista costarricense. Se trata del caso “Herrera Ulloa”.³⁵³ Como indicó la Corte, el caso versa sobre la sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y a Fernán Vargas Rohrmoser, representante del diario *La*

gobierno de Costa Rica para integrar a Przedborski en la sede de la UNESCO, en París, el Ministerio de Francia habría rechazado la postulación debido a las polémicas actuaciones de dicho funcionario. Véase artículo del 25 de mayo de 1995, “Nexo Tico en Escándalo Belga”, *La Nación Online* y artículo del 13 de diciembre de 1995, “Polémico diplomático en la mira”, *La Nación Online*, Corte IDH, caso Herrera Ulloa, párrafos 128 y 129.

³⁵² Caso 11.317, Informe 20/99, Perú, Rodolfo Robles Espinoza e hijos, 23 de febrero de 1999, párrafo 148.

³⁵³ Corte IDH, caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107. El periodista indicó en sus artículos que los periódicos belgas *De Morgen*, *La Libre Belgique*, *Le Soir Illustré* y *Financieel-Economische Tijd*, y el periódico alemán *Der Spiegel*, hicieron varias publicaciones en las que señalaban al señor Przedborski como sospechoso de haber recibido comisiones ilícitas en las negociaciones de la venta de helicópteros italianos de combate al Estado de Bélgica, con las cuales habría invertido sumas millonarias en proyectos turísticos de Costa Rica. Refirió que dichos periódicos, con base en fuentes diplomáticas y policiales anónimas, le atribuían un amplio expediente policial en Bélgica y en la Policía Internacional (Interpol), por lo que el señor Przedborski se habría refugiado en la inmunidad de su cargo diplomático costarricense como medio para continuar con sus actividades ilícitas, las cuales abarcaban desde tráfico de monedas, cigarrillos, armas y estupefacientes, hasta contratos fraudulentos en perjuicio de la aerolínea alemana Lufthansa. También señaló que los periódicos, basados en informes de inteligencia occidentales, indicaban que Przedborski había infiltrado espías de algunos países de Europa del Este durante la época de la Guerra Fría y provisto de pasaportes falsos a varios agentes secretos polacos. Refirió que la prensa belga cuestionaba el origen de su exorbitante fortuna y propiedades en Miami, en la Costa Azul de Francia y en Tervueren de Bélgica, señalando que en una ocasión, en 1981, se vio enfrentado a una causa penal por defraudación fiscal en Bélgica. Asimismo, indicó que ante una solicitud del gobierno de Costa Rica para integrar a Przedborski en la sede de la UNESCO, en París, el Ministerio de Francia habría rechazado la postulación debido a las polémicas actuaciones de dicho funcionario. Ver artículo del 25 de mayo de 1995, “Nexo tico en escándalo belga”, *La Nación Online* y artículo del 13 de diciembre de 1995, “Polémico diplomático en la mira”, *La Nación Online*.

Nación, de Costa Rica, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski. La Corte IDH señaló que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Para la Corte,

...el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.³⁵⁴

La Corte prestó especial atención a que el señor Herrera Ulloa fue sometido a un proceso penal que terminó con una sentencia condenatoria en la que el juez, aplicando el Código Penal de Costa Rica, sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque éste no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que sólo pudo demostrar que “el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa”. La Corte Interamericana entendió que ello significaba que el juzgador costarricense no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas. Para la Corte, esa exigencia

...entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad.³⁵⁵

³⁵⁴ Corte IDH, caso Herrera Ulloa, párrafos 128 y 129.

³⁵⁵ *Ibidem*, párrafos 132 y 133.

VII. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE ITEDH SOBRE EL ARTÍCULO 13, CADH

Son numerosos los casos llevados ante el Corte IDH en el que se ha invocado el artículo 13, CIDH en materia de libertad de expresión y de prensa.³⁵⁶

Resumiremos, siguiendo el estudio de García Ramírez, presidente de la Corte IDH los criterios adoptados por aquélla en diversos pronunciamientos: una opinión consultiva, que figura entre las primeras emitidas (La Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC-5, del 13 de noviembre de 1985) y ocho casos contenciosos. Por otra parte, el mismo Tribunal ha dictado medidas provisionales en varios asuntos que atañen a la libertad de expresión.³⁵⁷

³⁵⁶ En este punto sigo fundamentalmente los lineamientos del trabajo publicado por García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *op. cit.*, pp. 459 y ss. El doctor Sergio García Ramírez es el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se tienen en cuenta las decisiones citadas y los lineamientos de la obra colectiva editada por el propio tribunal: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo, 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005. En ese trabajo también se señala que la Corte ha declarado la existencia de violaciones a la libertad de expresión en seis casos (hasta marzo de 2006), que constituyen un número intermedio entre las cifras correspondientes a las violaciones cometidas con mayor frecuencia (así, las relativas a obligación general de respetar derechos, garantías judiciales, protección judicial, adopción de disposiciones de derecho interno, integridad, propiedad, vida, legalidad, derechos del niño) y las concernientes a otros derechos —la mayoría, en términos cuantitativos— previstos en el Pacto de San José. *Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 años, marzo, 2006*, San José de Costa Rica, p. 43, y Varios, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, 2005, p. 504. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5. Los casos resueltos por la Corte IDH son: 1) opinión consultiva: La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5; 2) casos contenciosos: caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73; caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74; caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107; caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111; caso Palamara Iribarne, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135; caso Blanco Romero y otros, sentencia del 28 de noviembre de 2005, serie C, núm. 138; caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia de 31 del enero de 2006, serie C, núm. 140; caso López Álvarez, sentencia del 1o. de febrero de 2006, serie C, núm. 141.

³⁵⁷ Así, la Corte ha emitido diversas resoluciones en los siguientes casos: periódico *La Nación*. Medidas Provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre de 2001; caso Marta Colomina y Liliana Velásquez, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de

La Corte IDH estableció la relevancia de la libertad de expresión en el marco de la sociedad democrática, diciendo que tal libertad es sustento y efecto de ésta, instrumento para su ejercicio, garantía de su desempeño. Existe una relación evidente entre el despliegue de la expresión y el goce de la libertad.³⁵⁸ El concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia. 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. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.³⁵⁹

La Corte IDH, al igual que su par europeo, ve en la libertad de expresión una doble dimensión: individual y social, según surge de la opinión consultiva OC-5/85. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibir éste: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.³⁶⁰

septiembre de 2003; caso diarios “El Nacional” y “Así es la Noticia”, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de julio de 2004; caso de la emisora de televisión “Globovisión”, medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 4 de septiembre de 2004; caso Luisiana Ríos y otros (Radio Caracas Televisión-RCTV), medidas provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de septiembre de 2004.

³⁵⁸ García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *op. cit.*, p. 463.

³⁵⁹ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párrafos 69 y 70. También *cfr.* caso Ricardo Canese, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párrafos 82 y 86; caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, párrafos 112 y 113; caso Ivcher Bronstein, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párrafos 151 y 152, y caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, párrafos 68 y 69.

³⁶⁰ *Cfr.* caso Ricardo Canese, párrafo 77. Asimismo, *cfr.* caso López Álvarez, sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141, párrafo 163; caso Palamara Iribarne, sen-

En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Implica el derecho de todos a conocer opiniones y noticias.

Esas dos dimensiones deben ser garantizadas simultáneamente.³⁶¹

Además, ambas dimensiones poseen igual importancia, y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos en el artículo 13, CADH.³⁶²

La sociedad debe observar cuidadosamente el ejercicio de la libertad de expresión, que le sirve directamente. Es necesario que exista “atención social” hacia ese ejercicio, como garantía para quien lo practica y para la propia sociedad y sus integrantes.³⁶³ Y en esa función de control, la Corte fijó que el “umbral de protección” de los funcionarios públicos es distinto del que rige, en general, para el resto de las personas... No se trata, por supuesto, de ponderar la calidad de los sujetos, que son igualmente respetables, sino las características de los temas a los que se extienden la actividad o la opinión de aquéllos; si se trata de materias que atañen al interés público, este dato incide naturalmente en el denominado “umbral de protección”. Quienes se encuentran en esta segunda hipótesis están sujetos a un escrutinio público mayor que el correspondiente a otras personas.

tencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 135, párrafo 69; caso Herrera Ulloa, párrafo 108; caso Ivcher Bronstein, párrafo 146; caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párrafo 64, y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 30.

³⁶¹ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 31-33. *Cfr.* también caso López Álvarez, párrafo 163; caso Palamara Iribarne, párrafo 69; caso Ricardo Canese, párrafos 78-80; caso Herrera Ulloa, párrafos 109-111; caso Ivcher Bronstein, párrafos 147-149, y caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párrafos 65-67.

³⁶² Corte IDH, caso Ricardo Canese, párrafo 80; caso Herrera Ulloa, párrafo 111; caso Ivcher Bronstein, párrafo 149, caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros), párrafo 67.

³⁶³ García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *op. cit.*, pp. 463 y 464.

Las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público... Tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Las personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.³⁶⁴

Conforme con el principio de la norma más favorable previsto en el artículo 29 de la Convención, la Corte afirmó que “si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, no podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.”³⁶⁵

En particular, en lo concerniente al ejercicio del periodismo, la Corte IDH dijo que “el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público”; la profesión “implica precisamente buscar, recibir y difundir información”, actividades definidas en el artículo 13, CADH, como constitutivas de la libertad de expresión y

...el ejercicio del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión..., pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado. Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales. La importancia de este derecho destaca aún más

³⁶⁴ *Cfr.* caso Ricardo Canese, párrafos 98 y 103. *Cfr.*, igualmente, caso Palamara Iribarne, párrafo 82; caso Herrera Ulloa, párrafo 128, y caso Ivcher Bronstein, párrafo 155.

³⁶⁵ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 52 y 65.

al analizar el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla.³⁶⁶

La Corte, en la ya citada OC-5/85, entendió que es incompatible con la Convención un ordenamiento interno que dispone la colegiación de aquéllos como condición para el desempeño profesional.

Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto.³⁶⁷

1. *Restricciones admisibles*

Todo derecho puede ser limitado en su ejercicio. Pero esas limitaciones son excepcionales en materia de libertad de expresión.

En el examen de esta materia se ha distinguido entre las hipótesis generales de limitación al ejercicio de derechos, contenidas en el enunciado general del artículo 32.2, y los supuestos especiales establecidos en preceptos particulares de la Convención, como ocurre en el artículo 13 acerca de la libertad de expresión.³⁶⁸ Para la Corte, “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”.³⁶⁹

³⁶⁶ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 71, 72, 74 y 34, y caso Ivcher Bronstein, párrafo 149. Igualmente, *cfr.* caso Herrera Ulloa, párrafo 117, y caso Ricardo Canese, párrafo 94.

³⁶⁷ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 76-78.

³⁶⁸ García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra, *op. cit.*, p. 470.

³⁶⁹ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 57. También *cfr.* caso de la Masacre de Pueblo Bello, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, párrafo 218; caso Palamara Iribarne, párrafo 79; caso Ricardo Canese, párrafo 95, y caso Herrera Ulloa, párrafo 120.

Es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Pero el artículo 32.2³⁷⁰ no es aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado.

Explica García Ramírez, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH que integra, que el artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.³⁷¹

De ninguna manera podrían invocarse el (orden público) o el (bien común) (fundamento de limitaciones a los derechos humanos) como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.³⁷²

Es decir, se recurre a un estándar similar al europeo.

La restricciones, para ser admisibles, deben estar sujetas a los siguientes requisitos: a) deben estar expresamente fijadas por la ley, lo que se relaciona con la regla general del artículo 30 (OC-5/85 ha leído en el artículo 13.2 la exigencia de que la ley debe definir las conductas que conducen a responsabilidad, y afirmó que las causales son taxativas); b) deben perseguir fines legítimos. Los únicos fines legítimos son los enumerados en el artículo 13.2 letras a y b, y no son susceptibles de ser ampliados por com-

³⁷⁰ CADH, “Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

³⁷¹ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 65; en el mismo sentido, párrafos 45, 47, 50 y 51.

³⁷² *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 67 y 69. También *cfr.* caso Palamara Iribarne, párrafos 72 y 73; caso Ricardo Canese, párrafos 82 y 86; caso Herrera Ulloa, párrafo 109; caso Ivcher Bronstein, párrafo 147, y caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párrafo 65.

paración con otros instrumentos (OC-5/85 párrafos 36, 39, 40, 51 y 52); y c) la restricción debe ser necesaria para asegurar los mencionados fines, donde necesario no es sinónimo de indispensable, pero tampoco lo es de meramente útil, razonable u oportuno (debe tratarse de necesidad social imperiosa (OC-5/85, párrafo 39), y d) la restricción tiene que relacionarse con necesidades legítimas de la sociedad e instituciones democráticas, que la Corte ha inferido de su relación con el artículo 29 d, CADH, y artículo XXVIII, DADyDG. La Corte considera que se debe partir de una presunción de preeminencia del derecho a la libertad de expresión (OC-/85, párrafo 6 del mismo concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto).

La Corte también dijo que el artículo 13.2 debe interpretarse de acuerdo con la disposición del artículo 13.3, que a diferencia del CEDH y del PIDCP, es explícito en prohibir restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (OC-5/85, párrafo 47).

En cuanto al criterio de necesidad para evaluar la restricción, la Corte afirmó que

La necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.³⁷³

³⁷³ *Cfr.* caso Ricardo Canese, párrafo 96. También *cfr.* caso López Álvarez, párrafo 165; caso Palamara Iribarne, párrafo 85, y caso Herrera Ulloa, párrafos 121-123, y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 39 y 46.

En punto a la mayor restricción posible, la censura previa, que es una forma de supresión radical —no apenas una limitación relativa— de la posibilidad de expresar el pensamiento,³⁷⁴ la Convención no la admite. Al respecto, la Corte IDH dijo que

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... El artículo 13 de la Convención Americana... contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, así sea sólo porque éste no prohíbe expresamente la censura previa... Tal como ha establecido la Corte anteriormente, las infracciones al artículo 13 de la Convención pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido. No toda trasgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por medio del poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado. 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.³⁷⁵

La prohibición de difundir un libro ya escrito³⁷⁶ o de exhibir una película fue un caso de censura previa, en violación al artículo 13 de la Convención.³⁷⁷ En cambio, el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los

³⁷⁴ García Ramírez, Sergio y Gonza, *op. cit.*, p. 470.

³⁷⁵ *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 39 y 45, y caso Palamara Iribarne, párrafo 68. Igualmente, *cfr.* caso de la Masacre de Pueblo Bello, párrafo 218; caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párrafo 70, y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 53-56.

³⁷⁶ *Cfr.* caso Palamara Iribarne, párrafos 73 y 74.

³⁷⁷ *Cfr.* caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), párrafo 71.

demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.³⁷⁸

2. Responsabilidades ulteriores

El derecho a la expresión contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana no tiene carácter absoluto,³⁷⁹ pues existen límites para su ejercicio y controles de su adecuado desempeño, pero siempre posteriores a su ejercicio. Esa afirmación condice con nuestra postura de que el derecho a la libertad de expresión es relativo, aunque tiene áreas absolutas, protegidas por algunas garantías absolutas.

Sin embargo, esa responsabilidad, que se manifiesta en exigencias y medidas posteriores al acto cuestionado, no debe entrañar reacciones que en rigor signifiquen una frontera infranqueable para la libertad de expresión. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

Asimismo, la Corte ha señalado anteriormente que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.³⁸⁰ Así, se consideró que

Exigir a un periodista que acredite la veracidad de la información que difunde, cuando ésta ha sido tomada de medios de comunicación que tienen amplia cobertura, entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, en forma incompatible con el artículo 13 del Pacto de San José y tiene efectos disuasivos, por intimidantes, para el ejercicio del periodismo.

Y del mismo modo se entendió que “la tipificación penal de algunas conductas —como el delito de desacato— puede significar restricciones indebidas, por excesivas, para esa libertad”.³⁸¹

³⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 70. Asimismo, *cfr.* caso Palamara Iribarne, párrafo 71; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafo 38.

³⁷⁹ Caso Herrera Ulloa, párrafo 120.

³⁸⁰ *Cfr.* caso Palamara Iribarne, párrafo 79, y caso Ricardo Canese, párrafo 104.

³⁸¹ Caso Herrera Ulloa, párrafos 132 y 133.

Las restricciones, prohibidas por la CADH, a veces son de carácter indirecto, y pueden tener origen en el poder público o en ser controles particulares. En cualquier caso, son restricciones prohibidas.

El artículo 13.2 debe interpretarse en relación con el artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir las restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones... El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente controles... particulares que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse conjuntamente con el artículo 1.1 de la Convención, en cuyos términos los Estados Partes “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención)... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”³⁸²

En cuanto a las reparaciones por el daño material e inmaterial³⁸³ causado por la violación, las reparaciones pueden ser de variada naturaleza: indemnizatorias; medidas para evitar la repetición de las conductas violatorias, brindar satisfacción jurídica o moral a la víctima; modificación o derogación de la normativa interna,³⁸⁴ la publicación de la obra proscrita y la devolución al autor de materiales que le pertenecen,³⁸⁵ la supresión de los efectos que debieran producir las sentencias penales dictadas en contra de la víctima, con violación de los principios y las reglas del enjuiciamiento previstos en el ordenamiento internacional,³⁸⁶ y la publicación de la sentencia dictada por la Corte IDH.³⁸⁷

VIII. INSTRUMENTOS QUE BRINDAN PROTECCIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En numerosas declaraciones, pronunciamientos y reuniones de los organismos de aplicación de la Convención Interamericana y de organiza-

³⁸² *Cfr.* La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85, párrafos 47 y 48.

³⁸³ Caso Palamara Iribarne, párrafos 239 y 242; caso Ricardo Canese, párrafos 206 y 207. También *cfr.* caso López Álvarez, párrafo 201; caso Palamara Iribarne, párrafos 246 y 247; caso Herrera Ulloa, párrafo 200; caso Ivcher Bronstein, párrafos 183 y 184.

³⁸⁴ Caso “La Última tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y otros, párrafo 97; caso Palamara Iribarne, párrafo 254.

³⁸⁵ Caso Palamara Iribarne.

³⁸⁶ Caso Palamara Iribarne, párrafo 253. Asimismo, *cfr.* caso Herrera Ulloa.

³⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 252. También *cfr.* caso Ricardo Canese.

ciones vinculadas con la libertad de expresión se ha hecho referencia a los temas que venimos estudiando³⁸⁸ con mucho provecho. Hago aquí un repaso de esos pronunciamientos.

1. *La Declaración de Chapultepec*

En la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión organizada por la Sociedad Interamericana de Prensa, y celebrada en México, D. F., el 11 de marzo de 1994, se firmó la Declaración de Chapultepec³⁸⁹ a favor de la Libertad de Expresión, en la que se reafirman principios vinculados con la búsqueda y con la difusión de la información y sus respectivas garantías.³⁹⁰

³⁸⁸ El lector encontrará los textos de los instrumentos aquí citados en el apéndice digital.

³⁸⁹ El texto completo de la Declaración de Chapultepec está transcrito en el apéndice digital.

³⁹⁰ Aguiar, Asdrúbal, *La libertad de expresión, de Cádiz a Chapultepec*, Caracas, SIP y Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 87 y ss., sostiene que a primera vista cabría sostener que la Declaración no obliga sino a sus autores, básicamente la SIP, que es una organización no gubernamental, y a los otros firmantes. Sin embargo, señala este autor, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es impertinente observar, junto al ya fallecido jurista francés y profesor de Estrasburgo, Michel Virally, que la sociedad internacional contemporánea está sometida a una evolución acelerada, provocando transformaciones brutales y rápidas, y la opinión pública juega una influencia cada vez mayor en la cristalización de esas pautas de conducta, llenando espacios o vacíos que deja el sistema tradicional de formación del derecho internacional (sistema de fuentes normativas). Señala Aguiar la incidencia cierta que tienen las ONG's en el derecho internacional contemporáneo, pues aun siendo asociaciones privadas que tienen un fin no lucrativo y que fueron creadas por el derecho interno de un Estado, ejercen una actividad efectiva en dos o más estados. Basta como ejemplo del reconocimiento embrionario que les otorgó el artículo 71 de la Carta de San Francisco, cuando promueve los arreglos con fines consultivos entre el Consejo Económico y Social de la ONU y las señaladas ONG's. También el artículo 44 de la CADH le reconoce a las ONG's *legitimatío ad causam* para presentar denuncias ante la Comisión IDH por violaciones a la CADH. Siendo la SIP una ONG por excelencia, que reúne en su seno a personas que ejercen la actividad de la prensa, que se relaciona más allá de todo propósito de naturaleza pública y ocupada como está de promover y de proteger en el ámbito continental el derecho humano a la libertad de expresión, no podría desestimarse sin más el carácter jurídico y no simplemente moral de la Declaración de Chapultepec. Además, la Declaración fue firmada por diversos jefes de Estado y confirmada por un órgano competente del sistema interamericano —en realidad, la Comisión IDH y la Relatoría sobre Libertad de Expresión hacen referencia a ella en muchos de sus pronunciamientos—, de modo que estaríamos en presencia, *mutatis mutandi*, de un instrumento normativo internacional, que si bien no responde en rigor a los cánones de los tratados o acuerdos internacionales, emula estrechamente la

En el extenso preámbulo, los firmantes parten de reconocer sus diversidades de herencias, tradiciones e ideologías, pero sostienen que “confluyen y se unifican en el elemento que propicia su florecimiento y creatividad: la libertad de expresión, motor y punto de partida de los derechos básicos del ser humano”. Y, a continuación, a partir de la afirmación de que “una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad. No debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación”. De la simple lectura de estos principios surgen varias conclusiones: 1) los principios 1 y 10 establecen enunciados generales en defensa de la libertad de expresión y de información; 2) en tanto, el resto de los principios se estructuran alrededor de dos grandes ejes: la búsqueda de información y su difusión, para reafirmar garantías para proteger cada una de esas actividades troncales de la prensa; 3) así, a la búsqueda de información apuntan fundamentalmente los principios 2 y 3, donde se incluye expresamente la protección de la fuente periodística, mientras que los principios 4 a 9 apuntan a tutelar la difusión de la información, que puede sufrir mediante actos de censura, intimidaciones o discriminación.

2. Principios de Lima, 2000

El 16 de noviembre de 2000, en Lima, las relatorías sobre Libertad de Expresión de la ONU y la OEA, y varias personalidades de organizaciones de defensa de la libertad de expresión ampliamente reconocidas a nivel internacional, establecieron diez principios³⁹¹ destinados a proteger el acceso a la información, pues tratan de reafirmar el derecho del público y de la prensa frente a los obstáculos que habitualmente le pone el poder político. Es llamativo observar que todos los principios se refieren al acceso a la información, en términos muy amplios, e incluso se protege a la persona o funcionario que divulga información clasificada. En ese contexto es en el que hay que entender dos de los principios: el 6o y el 9o, que se refieren específicamente a las fuentes de información periodística: el primero, reiterando la prohibición de exigir al periodista que revele la

figura anglosajona de los *gentlemen's agreement* o acuerdos informales, es decir, actos concertados no convencionales.

³⁹¹ El texto completo de los Principios de Lima aparece en el apéndice A.

fuelle y extendiendo esa protección al contenido de apuntes y archivos periodísticos, y el otro, estableciendo que la fuente periodística no puede estar sujeta a represalias ni siquiera cuando dio a conocer información reservada si ésta es de interés público. Sobre esto último, sólo Suecia, un país abiertamente democrático, había adoptado esa solución con anterioridad en la Ley de Libertad de Prensa y la Ley Fundamental de Libertad de Expresión, dos de las cuatro normas que integran el texto constitucional de ese país.

En el preámbulo, los firmantes recuerdan que los instrumentos internacionales y regionales que protegen estos derechos fundamentales imponen a los Estados la obligación no sólo de observar, sino de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos —tal como surge de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—; reconocen la importancia de las iniciativas adoptadas por la sociedad civil para hacer efectivos estos derechos —particularmente la Declaración de Chapultepec, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los Principios de Johannesburgo—; y reiteran que la “la seguridad nacional nunca justifica las restricciones a la libertad de expresión y acceso a la información contrarias al interés público de acuerdo a estos principios”.

3. Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

Comisión IDH, 2000

Con posterioridad a la Declaración de Chapultepec, la Comisión IDH, en respaldo de la relatoría especial, durante el 108o. periodo ordinario de sesiones, en octubre del año 2000, emitió una Declaración de Principios,³⁹² uno de los cuales, el octavo, se refiere expresamente a la tutela de la fuente periodística.

³⁹² El texto completo de la Declaración de Principios aparece en el apéndice A.

Como lo dice la propia Declaración de Principios cuando reseña los antecedentes de su elaboración, en respuesta al mandato encomendado con la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, durante el año 2000 la Relatoría trabajó en la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. La idea de desarrollar una declaración de principios nació en reconocimiento a la necesidad de otorgar un marco jurídico que regule la efectiva protección de la libertad de expresión en el hemisferio, incorporando las principales doctrinas reconocidas en diversos instrumentos internacionales. Luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil y en respaldo a la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión durante su 108o. periodo ordinario de sesiones en octubre del 2000.

Tal como lo señala la propia página oficial de la Comisión IDH,³⁹³ en los antecedentes, dicha declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la vez que viene a reafirmar lo establecido en la Declaración de Chapultepec, a la que el preámbulo considera un documento básico para las garantías de la libertad de expresión. Su aprobación no sólo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho. La Comisión IDH adoptó este documento con plena conciencia de que la consolidación y desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión, y convencida de que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático. Por la directa pertinencia a este trabajo, debe tenerse en cuenta el principio 8, que establece que “todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”.

La interpretación del principio 8, contenida en ese instrumento, reitera el derecho de todo comunicador social a negarse a revelar las fuentes de información, así como también el producto de sus investigaciones a enti-

³⁹³ <http://www.cidh.org/>.

dades privadas, terceros, autoridades públicas o judiciales. Se considera que el secreto profesional es el derecho del comunicador social de no revelar información y documentación que ha recibido en confianza o como parte de su labor de investigación. Vale destacar que dicho derecho no se constituye como deber, ya que el comunicador social no está obligado a guardar el secreto de sus fuentes de información, sino por razones de profesionalismo y de ética profesional. 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 ellas a recibir información, rinde un servicio público importante al reunir y difundir información que de otra forma sin guardar el secreto de las fuentes no podría conocerse. Asimismo, el secreto profesional consiste en “guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información; se trata de dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que pueda derivar después de haber revelado una información”.³⁹⁴ “Los periodistas y las demás personas que obtienen información de fuentes confidenciales con miras a difundirla en pro del interés público tienen derecho a no revelar la identidad de sus fuentes”.³⁹⁵ Por lo 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.

Y también es interesante recordar que el principio 10 dice que

las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en 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.

³⁹⁴ Véase Marc Carrillo, *La clausura de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Barcelona, Civitas y Centre de Investigación, 1993, p. 170.

³⁹⁵ Article XIX. Principios de Libertad de Expresión y Protección de la Reputación, principio 6: Protección de las fuentes.

4. *Informe de la Comisión IDH sobre Terrorismo 2002*

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre de 2002³⁹⁶ —un análisis más detallado se encontrará en el apéndice digital—, la Comisión IDH admitió que con el propósito de la lucha contra el terrorismo, el derecho a proteger la confidencialidad de la fuente de información puede ser limitado, pero para que ello no importe una violación a la CADH tienen que darse ciertas circunstancias.

En el prefacio, la Comisión IDH sostiene:

...Mediante mecanismos como las derogaciones y las cláusulas restrictivas, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que en circunstancias excepcionales puede ser necesaria una restricción o suspensión de ciertos derechos, a fin de proteger los derechos humanos y la democracia y provee los medios para ponerla en práctica.

En el resumen ejecutivo del informe, punto 2, la Comisión señala la oportunidad temporal del problema:

El 3 de junio de 2002, la Asamblea General de la OEA adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual los Estados miembros reafirmaron la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación. Entre los principios reconocidos explícitamente en esta Convención figura la estipulación de que las actividades contra el terrorismo se lleven a cabo cumpliendo plenamente las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional.

De acuerdo con el artículo 15 de la Convención, “las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Este requisito previo refleja

El principio fundamental de que la campaña contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos y de la democracia constituyen responsabilidades complementarias. El objeto y el propósito mismo de las iniciati-

³⁹⁶ <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm>.

vas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo.

A situaciones sin estado de emergencia se refiere el punto 30:

Varias normas y protecciones concernientes al derecho a la libertad de expresión merecen un comentario particular en relación con el terrorismo. En situaciones que no alcancen a ser de estado de emergencia no debe usarse la censura previa para impedir la difusión de ideas e información. Además, sólo pueden imponerse sanciones ulteriores...

En cambio, a situaciones que sí alcanzan el estado de emergencia, en las que sí se puede restringir la libertad de expresión, se refiere el párrafo 31:

La Comisión observa que, en situaciones de estado de emergencia, el derecho a la libertad de expresión es derogable temporalmente y en la medida que estrictamente lo exija la situación. En este sentido, la Comisión observa concretamente que por medio de la derogación en tiempos de emergencia pueden ser admisibles las leyes que imponen la censura previa sobre la publicación o difusión de informaciones u opiniones relacionadas con el terrorismo. También puede justificarse que, en situaciones de emergencia, los Estados impongan restricciones adicionales a la libertad de expresión y al acceso a la información. Empero, también en estos casos recae sobre los Estados la carga de la prueba de que las derogaciones no sean excesivas a la luz de lo que exija la situación.

El informe, en el párrafo 272, reitera la prohibición de censura previa. El artículo 13 de la Convención Americana expresamente prohíbe la censura previa excepto para la regulación del acceso a espectáculos públicos para la protección moral de niños y adolescentes. Sin embargo, el combate contra el terrorismo aparece como otra excepción posible: “Como se indica en la sección sobre la libertad de expresión y el terrorismo, infra, podrían surgir en una situación de emergencia válidamente declarada algunas situaciones en que la seguridad nacional o el orden público permitirían una censura limitada”, dice ese párrafo.

Y, específicamente, con relación a la confidencialidad de las fuentes, el párrafo 279 dice:

La libertad de expresión es entendida en el sentido de abarcar el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes... La confidencialidad profesional tiene que ver con el otorgamiento de garantías legales para asegurar el anonimato y evitar posibles represalias que puedan resultar de la divulgación de cierta información. La confidencialidad, por lo tanto, es un elemento esencial de la labor del periodista... Las limitaciones al derecho de los periodistas a proteger sus fuentes (por razones de persecución del terrorismo) pueden ser compatibles o no con el artículo 13 CADH. Especialmente en el caso de censura previa, la compatibilidad con el artículo 13 dependerá de que se haya declarado un estado de emergencia con arreglo a la ley.³⁹⁷

El punto se explica aún con más detenimiento en el párrafo 311 y, con relación a la censura, el párrafo 312 dice:

Como se señaló anteriormente, el artículo 13 de la Convención Americana contiene una prohibición prácticamente absoluta de la censura previa, prohibición que no se encuentra en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que indica la gran importancia que los redactores de la Convención otorgaban al derecho de la libertad de expresión. Si bien no hay excepciones en este artículo por razones de seguridad nacional u orden público, podrían surgir, en el contexto de una situación de emergencia válidamente declarada al amparo del artículo 27, algunas situaciones en que podría argumentarse que la seguridad nacional o el orden público admitirían una censura restringida. No existe jurisprudencia en el sistema interamericano que específicamente hable de esta cuestión, aunque algunos casos de Estados Unidos y del sistema de derechos humanos europeo demuestran el alto nivel de escrutinio que debe merecer toda censura previa.

Y continúa:

313. La jurisprudencia de Estados Unidos es de particular relevancia para este análisis porque, aparte de contener una cantidad abundante de casos sobre la cuestión de la censura previa, trata de principios que son similares a los establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana. Pese a

³⁹⁷ Nota 667 del Informe: IACHR, Informe Anual 2000, vol. III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, [en adelante Informe del Relator Especial 2000] OEA/Ser. L/V/II.114, Doc. 20 rev., p. 24. Véase también Fierro Alvédez, Felipe, "El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones", *Revista Latina de Comunicación Social*, Dec. 2000, <http://www.ull.es/publicaciones/latina/04fierro.htm>.

que la Suprema Corte de Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la restricción previa por razones de seguridad nacional³⁹⁸ nunca emitió una orden judicial con estos fundamentos, como lo ilustra el importante caso de los “Documentos del Pentágono”, en que la Corte derogó una orden por la que se impedía la publicación de porciones de un informe clasificado del gobierno durante la Guerra de Vietnam.³⁹⁹

314. La jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, aunque no obliga a las instituciones interamericanas, puede servir de indicador relevante de la aplicación de la cuestión de la censura previa a nivel regional, en particular considerando su abundante número de casos que tratan de la libertad de expresión. Pese a que el sistema de derechos humanos europeo no reconoce la misma prohibición absoluta de la censura previa que el sistema interamericano, sus instituciones han sido renuentes a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran los casos del “Spycatcher”.⁴⁰⁰ En esos casos, la Corte Europea rechazó las órde-

³⁹⁸ Nota 750 del Informe: *Near vs. Minnesota* 283 US. 697 (1931). La Corte Suprema de Estados Unidos observó en un ejemplo hipotético que “nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir... la publicación de las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de tropas” (traducción por la Comisión). Véase también *Organization of a Better Austin vs. Keefe*, 402 US. 415, 419 (1971), conforme a la cual en los Estados Unidos, la parte que desea imponer una restricción a priori, como una orden judicial contra una publicación, conlleva la “onerosa carga de demostrar su justificación” (traducción por la Comisión).

³⁹⁹ Nota 751 del Informe: véase *New York Times Co. vs. EE.UU.*, 403 US. 713 (1971). En el caso del *New York Times Co. vs. Estados Unidos*, conocido como el caso “Documentos del Pentágono”, la Corte desestimó una orden judicial para evitar que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado titulado “History of US. Decision-Making Process on Vietnam Policy”. El caso surgió en el momento candente de la guerra de Vietnam en que la oposición interna a la guerra se encontraba en su clímax. [Véase *Marc A. Franklin and David A. Anderson, Mass Media Law: Cases and Materials* (5th ed. 1995), 85].

⁴⁰⁰ Nota 754 del Informe: Corte Europea de Derechos Humanos *Observer and Guardian vs. Reino Unido*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, serie A, núm. 216. y Corte Europea de Derechos Humanos, *Sunday Times vs. Reino Unido* (núm. 2) sentencia del 24 de octubre de 1991, ser. A, núm. 217 (los casos de *Spycatcher*). “*Spycatcher*” era un libro que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (M15). El mismo versaba sobre “la organización operativa, los métodos y el personal de M15 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad” (traducción por la Comisión). [Observer and Guardian, *supra*, párrafo II]. Los periódicos peticionantes denunciaron que una orden judicial temporal deteniendo la publicación de información obtenida en un libro constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que, dado que el libro había sido publicado en Estados Unidos, la confidencialidad del material en esencia se

nes judiciales basadas en fundamentos de seguridad nacional, por considerarlas incompatibles con la libertad de expresión, entendiendo que dichas órdenes no podían considerarse necesarias para proteger la seguridad nacional, porque la publicación en cuestión había sido publicada en otro Estado, destruyéndose la confidencialidad del material.

El espíritu con el que debe entender la posibilidad de establecer restricciones surge del punto 315:

Habida cuenta de estos ejemplos, debería quedar en claro que, inclusive en un estado de emergencia, el interés del público en recibir la información en general contrarresta la necesidad de mantenerla secreta. Además, se entiende que, una vez que la información se torna pública por alguna vía, el interés del público en tener acceso a la información generalmente prevalece sobre la necesidad de evitar una divulgación más amplia.

Y el párrafo 326, nuevamente, se refiere a la protección de la fuente:

En el contexto de la lucha contra el terrorismo fuera de un estado de emergencia, la confidencialidad de las fuentes es objeto del mismo nivel de protección que se le asigna normalmente.⁴⁰¹ Para imponer la divulgación, debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo que se persigue con la orden de revelación y los medios empleados para lograr ese fin.⁴⁰² La divulgación debe ser “necesaria” dentro de los términos del artículo 13(2) de la Convención.

De este sistema surge que la censura no es permitida salvo previa declaración de emergencia por vía del artículo 27, CADH. Del mismo modo, en caso de emergencia, también se admite una restricción del secreto periodístico. Mientras que, fuera de ese estado, según lo admite el párrafo 326 del Informe, es posible cierta restricción, en tanto que se presenten ciertas

había destruido y la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional. En el caso de *Observer y Guardian*, la Corte concluyó que la orden era válida hasta el momento de la publicación en el exterior. *Ibidem*, párrafo 65.

⁴⁰¹ Véase la nota 785 del Informe: véase análisis en párrafos 279, 280 *supra* sobre la protección de las fuentes. Véase también los Principios de Johannesburg, nota 662, *supra*, principio 18, que establece que no se puede invocar la seguridad nacional para obligar a un periodista a revelar las fuentes confidenciales. En este mismo capítulo se tratan estos asuntos.

⁴⁰² La nota 786 cita: caso Goodwin, nota 668 *supra*, párrafo 46.

condiciones: 1) debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo que se persigue con la orden de revelación y los medios empleados para lograr ese fin, y 2) la divulgación debe ser necesaria dentro de los términos del artículo 13.2, CADH. Desde mi punto de vista, la posibilidad de restringir el secreto periodístico, fuera del estado de emergencia, es una conclusión errada de la Comisión IDH, y no es consecuente con otros desarrollos del sistema interamericano ni con la importancia que el mismo le asigna a la libertad de expresión.

5. Interpretación de la Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión

La Comisión IDH, dada la importancia de la libertad de expresión, creó en su seno la Relatoría Especial⁴⁰³ para la Libertad de Expresión, que en una de sus primeras actuaciones emitió el Primer Informe Especial, en el que hace consideraciones sobre distintos aspectos de este derecho en relación con la democracia:

Sobre el valor de la libertad de expresión, dice:

Para lograr un desarrollo democrático participativo y estable, no solamente son necesarias una serie de elecciones, sino también que se desarrollen otros elementos propios de las sociedades democráticas, como son el respeto y reconocimiento de los derechos humanos; un poder judicial y legislativo independiente y eficaz, un sistema de partidos políticos que faciliten una comunicación fluida entre los ciudadanos y sus líderes, una sociedad civil participativa, y sobre todo una amplia libertad de expresión basada en un libre acceso a la información que asegure la existencia de una ciudadanía bien informada para tomar sus decisiones. Dentro de los requisitos para una democracia estable y participativa, indudablemente la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen los demás elementos para el fortalecimiento democrático. De ahí, que en varias oportunidades se haya considerado la libertad de

⁴⁰³ La Relatoría Especial comenzó sus funciones en noviembre de 1998, se ha constituido como un fuerte propulsora de reforma legislativa en materia de libertad de expresión; analiza las denuncias recibidas ante la Comisión referidas a violaciones a la libertad de expresión y remite a dicho organismo sus consideraciones y recomendaciones con respecto a la apertura de casos; hace seguimiento de los casos abiertos ante la Comisión, le requiere medidas cautelares y colabora con las partes para encontrar soluciones amistosas dentro del marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

expresión como la libertad fundamental para la existencia de una sociedad democrática. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (OC-5/85).

Por otra parte, como requisito para asegurar el desarrollo de la libertad de expresión, la Relatoría Especial señala:

Asimismo, para que la libertad de expresión se desarrolle plenamente, hace falta que se encuentre efectivamente protegida por la voluntad política de los gobiernos, que cuente con una legislación adecuada que sienta las bases legales para su defensa, y un Poder Judicial independiente y eficaz que garantice el ejercicio pleno de este derecho.

Y a continuación se coloca a ese derecho frente a la debilidad de las instituciones de muchas democracias:

Hoy en día en varias democracias latinoamericanas existe una debilidad en las instituciones públicas encargadas del control de las autoridades y ciudadanos. Por ejemplo, en muchos casos, el Poder Judicial es ineficiente cuando se trata de investigar efectivamente los hechos que llegan a su conocimiento, y en su caso sancionar a los responsables; la corrupción y el narcotráfico han erosionado en numerosos casos las instituciones públicas. En esos Estados, es la prensa quien se ha transformado en el principal instrumento de control de las autoridades y sus ciudadanos, trayendo al debate público aquellos hechos ilegales o abusivos que han evadido los mecanismos de control o han encontrado en éstos un aliado o cómplice. Es así, que la prensa en muchas ocasiones se ha transformado en el instrumento más efectivo de control y freno a aquellos actos ilegales o abusivos de las autoridades o particulares, lo que ha ocasionado diversas situaciones de peligro para ésta. Este es el marco de análisis que utilizará la Relatoría para evaluar la libertad de expresión en el hemisferio. Sería limitado cualquier intento de evaluar la libertad de expresión sin tener en cuenta el con-

texto democrático en el que ocurre. Elecciones libres, respeto a los derechos humanos, poderes públicos independientes, eficaces y libertad de expresión, entre otras, son características fundacionales de la democracia que no pueden ser evaluadas en forma aislada.

6. Declaraciones de las tres relatorías sobre libertad de expresión

A partir de 1999, es decir, al año siguiente de la instalación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, las relatorías especiales de libertad de expresión de Naciones Unidas y de la OEA y el representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) comenzaron a emitir declaraciones conjuntas sobre temas muy importantes, cuyo conocimiento es necesario para interpretar el alcance de los principios que venimos estudiando.

Esas declaraciones son las siguientes: 1) Libertad de expresión como derecho internacional, de 1999; 2) (censura a través del asesinato, de 2000; 3) Terrorismo, de 2001; 4) Libertad de expresión y administración de justicia; de 2002; 5) Regulación de medios, de 2003; 6) Acceso a la información; de 2004; 7) Internet, de 2005. Una síntesis de todas ellas se encuentra en el apéndice digital. Pero veamos aquí algunos asuntos centrales que nos interesan para este trabajo.

De la lectura de estos documentos se puede hacer una síntesis: el centro de la problemática en materia de libertad de expresión sigue siendo la libre circulación de información y el acceso a la información, a la que se le imponen restricciones físicas, como el asesinato, y restricciones bajo argumentos o excusas, como las necesidades de combatir el terrorismo o proveer a la administración de justicia. Estos documentos son muy importantes para evaluar el contexto mundial en que se mueven los medios, y es particularmente relevante cómo la circulación de la información, el acceso a la información y la protección de las fuentes están en el centro del debate.

En la Declaración sobre Terrorismo, que fue una respuesta de condena a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, se partió de una premisa: que esos ataques y sus consecuencias ponen de relieve la importancia del debate público abierto basado en el libre intercambio de ideas,

y deben servir de catalizador para que todos los Estados del mundo refuercen las garantías de la libertad de expresión. Por eso, la Declaración sostiene: 1) el terror no debe triunfar sobre los derechos humanos en general ni sobre la libertad de expresión en particular; 2) tras los hechos del 11 de septiembre, algunos Estados han adoptado medidas encaminadas a limitar la libertad de expresión y cercenar el libre flujo de la información; esta reacción hace el juego a los terroristas; 3) a lo largo de los siglos se han ido elaborando garantías de la libertad de expresión, pero esas garantías pueden revertirse fácilmente; nos preocupa, en particular, que los recientes pasos dados por algunos gobiernos para introducir leyes que limitan la libertad de expresión sienten un mal precedente; 4) opinamos que una estrategia efectiva para combatir el terror debe incluir la reafirmación y el fortalecimiento de los valores democráticos, basados en el derecho a la libertad de expresión; 5) los hechos del 11 de septiembre han dejado como residuo una intensificación del racismo y los ataques contra el islamismo. Por tanto, formulamos un llamamiento a los gobiernos y a los medios de comunicación para que hagan todo lo posible por combatir esta peligrosa tendencia.

En la Declaración sobre Regulación de Medios, entre las muchas consideraciones relevantes para la independencia de los medios de comunicación, se dice que

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; los medios de comunicación no deben ser obligados por ley a difundir mensajes de figuras políticas específicas como, por ejemplo, los Presidentes.

y se agrega que

...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.

En la Declaración de Acceso a la Información, entre otros asuntos, se aborda el secreto periodístico:

2) Legislación que regula secreto: se deberán tomar medidas inmediatas a fin de examinar y, en la medida necesaria, derogar o modificar la legislación que restrinja el acceso a la información a fin de que concuerde con las normas internacionales en esta área, incluyendo lo reflejado en esta Declaración Conjunta; las autoridades públicas y funcionarios tienen la responsabilidad exclusiva de proteger la confidencialidad de la información secreta legítimamente bajo su control; otros individuos, incluidos los periodistas y representantes de la sociedad civil, no deberán estar nunca sujetos a sanciones por la publicación o ulterior divulgación de esta información, independientemente de si ha sido filtrada o no, a no ser que cometan fraude u otro delito para obtener la información; las disposiciones del derecho penal que no limitan las sanciones por la divulgación de secretos de Estado para aquellos que están oficialmente autorizados a manejar esos secretos deberán ser derogadas o modificadas; cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes; sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación “secreta” para evitar la divulgación de información que es de interés público... los denunciantes de irregularidades (“*whistle-blowers*”), son aquellos individuos que dan a conocer información confidencial o secreta a pesar de que tienen la obligación oficial, o de otra índole, de mantener la confidencialidad o el secreto; los denunciantes que divulgan información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario deberán estar protegidos frente a sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de “buena fe”.

7. Otros informes anuales del Relator Especial

El Relator Especial, en el Informe Anual de 1998,⁴⁰⁴ calificó de clara amenaza para la libertad de expresión un proyecto de ley de Perú que obligaría a los periodistas a revelar sus fuentes; consideró contrario al derecho a

⁴⁰⁴ Informe Anual 1998, capítulo III.

reserva de la fuente un allanamiento ordenado por la Fiscalía General de Colombia en una instalación de televisión, para obtener imágenes emitidas por un noticiero sobre entrevistas con miembros de grupos armados;⁴⁰⁵ cuestionó que los periodistas no deben ser obligados a verse a sí mismos como agentes de policía en búsqueda de noticias y que esa percepción (provocada por un allanamiento policial que en Toronto secuestró filmaciones noticiosas sobre manifestaciones contra la pobreza) interfiere con su papel de informantes independientes de los asuntos de interés público;⁴⁰⁶ expresó su preocupación por la detención de un periodista en los Estados Unidos, después de haber sido declarado culpable del delito de desacato contra un tribunal por rehusar a entregar notas y videos que revelarían sus fuentes ante un gran jurado sobre un caso de asesinato;⁴⁰⁷ y también expresó su preocupación por la orden emitida por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para obtener los registros de llamadas telefónicas de un periodista de Associated Press realizadas desde su domicilio con relación a una artículo en que mencionaba una fuente anónima del sistema judicial, que le había proporcionado información obtenida en una intervención telefónica.⁴⁰⁸

Poco después del atentado de 2001 contra las Torres Gemelas, la cuestión del secreto de las fuentes también fue abordado en la Comisión IDH. El Relator expresó su preocupación por la ley antiterrorista de Canadá C 36, del 18 de diciembre de 2001, que afectaba la confidencialidad de fuentes de información:⁴⁰⁹ una restricción a la libertad de expresión y el acceso a la información sólo pueden estar justificadas si existe una necesidad apremiante de parte del gobierno, y se deben tomar todas las medidas precisas para atender esa necesidad. No hay duda de que la prevención de actos de terrorismo es una necesidad completamente legítima y apremiante de parte del gobierno. Sin embargo, cuando se imponen restricciones al acceso a la información en una forma demasiado amplia o vaga, se puede restringir en forma innecesaria la libertad de expresión causándose un daño al sistema democrático de una sociedad.

⁴⁰⁵ Capítulo IV, párrafo 103.

⁴⁰⁶ Capítulo IV, párrafos 176 y 177.

⁴⁰⁷ *Informe Anual 2001*, capítulo II, párrafo. 42.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, párrafo 10.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 42.

El Relator también expresó su preocupación a raíz de las objeciones formuladas por organizaciones defensoras de la libertad de expresión contra la ley antiterrorista USA Patriot Act, del 26 de octubre de 2001, aprobada después del citado atentado. Allí volvió a sostener que debe existir una necesidad apremiante para interferir en la libertad de prensa, y afirmó que si bien la prevención de actos terroristas es claramente una necesidad de esa naturaleza, el gobierno debe obrar con cautela para asegurar que los beneficios derivados de mayores poderes de vigilancia y control no sean menoscabados por el daño que se pueda causar a la libertad de expresión.⁴¹⁰ Y en otro párrafo de ese informe⁴¹¹ señala que la Conferencia sobre Terrorismo y Medios de Comunicación realizada por la UNESCO en Manila en mayo de 2002 se resolvió que

la amenaza del terrorismo no debería utilizarse como una excusa para imponer restricciones sobre el derecho a la libertad de expresión, y en particular sobre el derecho a la independencia editorial, a la protección de fuentes confidenciales de información, a informaciones que estén en manos de organismos públicos, a la libertad de movimiento y a la privacidad de las comunicaciones.

8. *Informe del Relator Especial sobre Acceso a la Información 2001*

Si bien el Informe anual de 2001 del Relator Especial que aquí tratamos —un estudio detenido puede encontrarse en el apéndice digital— se refiere al acceso a la información, que es un asunto no concéntrico, sino secante con el secreto de las fuentes, vale la pena mencionar algunas consideraciones relevantes que allí se formulan.

En cumplimiento de los mandatos impartidos por los jefes de Estado y de gobierno en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en ciudad de Quebec, en abril de 2001,⁴¹² el Relator Especial de la Comisión

⁴¹⁰ *Ibidem*, párrafo 113.

⁴¹¹ *Ibidem*, párrafo 83.

⁴¹² Véase Tercera Cumbre de las Américas, Declaración y Plan de Acción, Quebec, Canadá, 20-22 de abril de 2001. Durante la Cumbre, los jefes de Estado y de gobierno declararon sus compromisos de apoyar la labor del sistema interamericano de derechos humanos en el área de la libertad de expresión a través del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, y proceder a la divulgación de jurisprudencia comparativa, y procurar garantizar que la legislación nacional sobre libertad de expresión sea congruente con las obligaciones jurídicas internacionales.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realiza un monitoreo anual sobre la adopción de nuevas leyes y sistemas reglamentarios vinculados a la garantía del derecho a la libertad de información en los Estados miembros de la OEA.

Con este fin, la Oficina publicó en 2001 un “Informe sobre la acción de hábeas data y el derecho de acceso a la información en el Hemisferio”,⁴¹³ que contiene una enumeración de la legislación y las prácticas existentes en los Estados miembros de la OEA con respecto al derecho al acceso a la información y el recurso de hábeas data, en el cual concluyó que la

...práctica que fomenta una cultura de secretismo de la información en manos del Estado ya sea por desconocimiento de normas específicas que regulan dicho ejercicio o porque ante la vaguedad o amplitud del lenguaje utilizado en la norma, el agente que dispone de la información opta por la negativa por temor a ser sancionado.

Y subrayó también que estas prácticas “ponen en peligro el sistema democrático constitucional permitiendo el incremento de actos de corrupción”.⁴¹⁴

En junio de 2003, la Asamblea General de la OEA reconoció la importancia del acceso a la información con la adopción de la Resolución AG/Res.1932 (XXXIII-O/03), en la cual reafirmó la declaración del artículo 13 de la Convención Americana de que todos tienen libertad de procurar, recibir y difundir información, y sostuvo que el acceso a la información pública es un requisito del ejercicio mismo de la democracia; reiteró que los Estados están obligados a respetar y fomentar el acceso de todos a la información pública y promover la adopción de toda medida legislativa y de otro tipo necesaria para garantizar su reconocimiento y aplicación efectiva, y encomendó “a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a través de la Relatoría para la Libertad de Expresión, continúe incluyendo en su informe anual un informe sobre el acceso a la información pública en la región”.

⁴¹³ Véase CIDH, Informe Anual 2001, vol. II, Informe de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión (en adelante, Informe Anual de la CIDH, 2001), capítulo III. Informe sobre la acción con respecto al hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.114 Doc. 5, rev. 1, 16 de abril de 2002.

⁴¹⁴ Informe Anual de la CIDH 2001, capítulo III, Informe sobre la acción de hábeas data y el derecho de acceso a la información en el hemisferio, párrafo 164.

En virtud de esto último, el presidente del Consejo Permanente de la OEA pidió la colaboración de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en la presentación de un documento, que es el comentado en este párrafo. Según este documento, el acceso a la información en América está lejos de ser una realidad. Así, el Relator subrayó que

En un estudio reciente llegó a la conclusión de que el 84% de los periodistas entrevistados, provenientes de 18 Estados miembros de la OEA, entendían que era difícil o muy difícil obtener información o documentos de funcionarios públicos en sus países.⁴¹⁵ A efectos de corregir esta situación y garantizar debidamente el derecho de las personas a la información en poder del Estado, los Estados deben efectuar avances concentrados y simultáneos, por lo menos, a tres niveles diferentes: 1) los antecedentes teóricos del derecho de acceso a la información deben ser ampliamente comprendidos en profundidad y amplitud; 2) este cimiento conceptual debe ir acompañado de un régimen de acceso a la información bien concebido y basado en una confluencia equilibrada de coordinación de procedimientos, activismo cívico y voluntad política; sólo una estructura legislativa y reglamentaria que se funde en tales principios, puede lograr el grado de apertura que impulsa el artículo 13 CADH; 3) un sistema de excepciones específico, claro y transparente, porque es inevitable que los Estados ocasionalmente se encuentren en una situación de tirantez entre la garantía del derecho de acceso a la información y otros intereses válidos del Estado, como la protección de la privacidad de las personas y el mantenimiento de la seguridad nacional.

Por lo demás, el Relator señala que el fundamento de toda ley adecuada de acceso a la información es la presunción de que toda la información en poder de los órganos públicos debe ser objeto de divulgación, a lo cual a veces se denomina “principio de la máxima divulgación”.⁴¹⁶ Por

⁴¹⁵ Estudio efectuado por el Centro Internacional de Periodistas, 7 de julio de 2003. Por más información, véase <http://www.libertad-prensa.org/foetemplate.html>.

⁴¹⁶ Véase, por ejemplo, artículo XIX, The Public's Right to Know: Principles on Access to Information Legislation (junio de 1999), disponible en <http://www.article19.org/docimages/1113.htm> [en adelante, Principios de la Libertad de Información], principio 1, artículo XIX, es una organización no gubernamental mundial dedicada al fomento de la libertad de expresión y el acceso a la información oficial. Sus principios sobre la libertad de información han sido ampliamente utilizados por organizaciones internacionales y ONG. Véase, por ejemplo, *Informe Anual de 1999*, vol. III, Informe de la Oficina del Relator

supuesto que la información en poder de las autoridades del Estado no se obtiene para beneficio de los funcionarios que la controlan, sino para beneficio del público en su conjunto. Por esta razón, una ley de acceso a la información debe garantizar que los órganos del Estado tienen la obligación de divulgar la información, y todo integrante del público tiene un derecho consiguiente a recibir información. Un elemento esencial en el establecimiento del derecho de acceso a la información es la presunción de apertura con respecto a ciertas funciones importantes del Estado. En primer lugar, debe existir la presunción de que todas las reuniones de los órganos del Estado son abiertas al público. Este postulado debe abarcar toda reunión que comporte el ejercicio de la facultad de adoptar decisiones, inclusive los trámites administrativos, las audiencias judiciales y las actuaciones legislativas. Las reuniones sólo pueden ser cerradas de acuerdo con procedimientos establecidos y toda vez que exista una justificación adecuada, y la propia decisión debe ser siempre de carácter público.

Claro que el derecho de acceso a la información prevé excepciones,⁴¹⁷ pero el secreto de las fuentes no se ve limitado por esas excepciones, porque aun cuando la información conseguida y publicada por fuentes secretas sea información que el Estado estaba en condiciones de mante-

Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser. L/V/II.111, Doc. 3 rev., vol. III, 88; Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/47, ONU Comisión de Derechos Humanos, 57o. Periodo de sesiones, sup. núm. 3, 209, E/CN.4/RES/2001/47 (2001), Preámbulo.

⁴¹⁷ Excepciones a la presunción del carácter público: en la resolución AG/RES 1932 (XXXIII-O/03), la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos reconoció que “la meta de lograr una ciudadanía informada en ocasiones debe compatibilizarse con otros objetivos de bien común tales como la seguridad nacional, el orden público y la protección de la privacidad de las personas, conforme a las leyes adoptadas a tal efecto”, e instó a los Estados miembros “a que tengan presente los principios de acceso a la información al momento de elaborar y adaptar su legislación en materia de seguridad nacional”. El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece las circunstancias en la que los Estados pueden denegar el acceso público a información delicada y cumplir no obstante con sus obligaciones según el derecho internacional. A este respecto, la Convención establece que las restricciones deben estar expresamente definidas en la ley y deben 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 se señaló recientemente, se deriva de este principio que las excepciones deben estar establecidas en la legislación, que habrá de ser detenidamente redactada y ampliamente divulgada, y aprobada por mecanismos formales establecidos en los sistemas jurídicos. En consecuencia, las excepciones que no estén expresamente definidas por la ley o no se enmarquen razonablemente dentro de una de estas categorías no serán aceptadas.

ner en reserva, no se le puede exigir al periodista que revele la fuente y, a la vez, como ya vimos, la protección alcanza a la fuente misma en aquellos supuestos en que obró de buena fe y consideró que el interés público era superior al valor del secreto que le fue confiado, y por eso no puede ser perseguida.⁴¹⁸

9. *Los Principios de Johannesburgo*

Sobre este último asunto es interesante recordar los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información.⁴¹⁹ Estos principios definen los intereses legítimos de la seguridad nacional, estableciendo: a) Toda restricción que se intenta justificar por motivos de seguridad nacional no es legítima, a menos que su auténtico propósito y resultado demostrable sea para proteger

⁴¹⁸ Véase más arriba.

⁴¹⁹ Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información (noviembre de 1996), disponibles en <http://www.article19.org/docimages/511.htm>, visitada por última vez el 30 de julio de 2003 [en adelante, los Principios de Johannesburgo]. Éstos constituyen un conjunto de principios voluntarios redactados por un grupo de expertos internacionales en derechos humanos y legislación sobre medios de comunicación, y son con frecuencia invocados por la Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos (véase, por ejemplo, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, resolución 2002/48, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 58 Periodo de Sesiones, ONU Doc. E/CN.4/RES/2002/48 (2002), Preámbulo; resolución 2001/47, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 57o. Periodo de Sesiones, Sup. núm. 3, 209, E/CN.4/RES/2001/47 (2001), Preámbulo, el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión (véase, por ejemplo, Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain, de conformidad con la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1993/45, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 52o. Periodo de Sesiones, E/CN.4/19996/39, 22 de marzo de 1996, párrafo 4), el Informe del Relator Especial sobre la independencia de los jueces y los abogados (véase, por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los jueces y los abogados, Sr. Param Kumaraswamy, Addendum, Informe de la misión a Perú, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 54o. Periodo de Sesiones, E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 de febrero de 1998, introducción) y el representante especial del secretario general para los Defensores de los Derechos Humanos (véase, por ejemplo, Informe presentado por la señora Hina Jilani, representante especial del secretario general para los Defensores de los Derechos Humanos de acuerdo con la Resolución 2000/61, de la Comisión, ONU, Comisión de Derechos Humanos 57o. Periodo de sesiones, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párrafo 14), y el representante especial del secretario general para los Defensores de los Derechos Humanos.

la existencia de una nación o su integridad territorial frente al uso o amenaza de fuerza, o a su capacidad de respuesta al uso o amenaza de fuerza, ya sea de parte de una fuerza externa, como una amenaza militar, o una fuerza interna, como la incitación a un derrocamiento violento del gobierno; b) En particular, toda restricción que se intenta justificar por motivos de seguridad nacional no es legítima si su auténtico propósito o resultado demostrable es para proteger intereses que no son los de la seguridad nacional, como, por ejemplo, para proteger a un gobierno frente a un aprieto o a la revelación de malos manejos; ocultar información acerca del funcionamiento de sus instituciones públicas; establecer con firmeza una ideología particular, o para suprimir el malestar en la industria.

Los Principios de Johannesburgo reconocen que ante un estado de emergencia declarado legítimamente, los Estados pueden verse en la necesidad de imponer otras restricciones al acceso a la información, pero “sólo en la medida estricta en que lo exige la situación y siempre y cuando no sean incongruentes con las demás obligaciones que el derecho internacional impone al Estado”.⁴²⁰ En tales casos, corresponde a los Estados la carga de probar que las restricciones no son excesivas a la luz de las exigencias de la situación. Los Estados que se encuentren en situaciones de emergencia declaradas legítimamente y que consideren la posibilidad de suspender alguna de las garantías del artículo 13 de la Convención, deben tener en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de la democracia y para la garantía de otros derechos fundamentales. Los citados principios son pautas que la Comisión, al igual que otros órganos internacionales, consideran para proporcionar una orientación autorizada que permita interpretar y aplicar el derecho a la libertad de expresión en tales situaciones. Señala el Relator, en su informe, que es congruente con los Principios de Johannesburgo, que cuando se utiliza uno de los criterios establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana para justificar una restricción a la divulgación de información en poder del Estado, corresponda al Estado la carga de probar que la restricción es compatible con las normas del sistema interamericano de derechos humanos. Para cumplir con esta responsabilidad, el gobierno debe demostrar que la información satisface una estricta prueba de tres partes: la información debe estar relacionada con un objetivo legítimo establecido en la ley; la divulgación debe amenazar con causar

⁴²⁰ Principios de Johannesburgo, principios 2, 3 y 19.

daño sustancial a la consecución de ese objetivo, y el daño a dicho objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información. En el cumplimiento de la segunda parte de la prueba indicada, ponderando si el daño en ciernes es “sustancial”, los Estados deben considerar las consecuencias a corto y largo plazo de la divulgación. Por ejemplo, la divulgación de soborno sistemático en el Parlamento puede tener consecuencias negativas para la estabilidad del órgano público a corto plazo. Sin embargo, a largo plazo, ayudará a eliminar la corrupción y a fortalecer al Poder Legislativo. De manera que el efecto global debe ser sustancialmente perjudicial para que se justifique una excepción.⁴²¹

IX. UN INTERROGANTE

Un interrogante interesante es el que plantea García⁴²² respecto de la posibilidad de que la Convención admita alguna restricción a la búsqueda de la información, algo que no sería admisible respecto de las otras dos acciones previstas en el artículo citado. Adelanto que, en mi parecer, ese interrogante es errado.

En efecto, García, partiendo de la literalidad del artículo 13.1, CADH, que habla de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, se pregunta si la amplitud de la libertad de expresión se aplica a las tres acciones —buscar, recibir y difundir— con igual intensidad. Sostiene que una interpretación según el objeto y fin del tratado impone una interpretación no restrictiva, de manera que abarque las tres clases de acciones. Sin embargo, señala, una consideración tan amplia no parece compatible con una interpretación contextual, por los resultados a los que lleva. En efecto, el artículo 13.2 establece que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores”. De leer el artículo 13.2 CADH en relación con el artículo 13.1 CADH, infiere García que no cabe duda que la mención al ejercicio del derecho del 13.2 tiene por objeto prohibir la censura previa de actividades de “difusión” o “recepción” de informaciones. Y en este sentido, la

⁴²¹ Véase CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, nota 25, *supra*, 203 y 204.

⁴²² García, Luis M., “Sobre la protección de las fuentes periodísticas”, suplemento de Jurisprudencia Penal, *La Ley*, 29 de agosto de 2003, p. 28.

noción de censura previa alcanzó un alto grado de definición en la doctrina y jurisprudencia. Pero, sostiene el autor, distinta es la cuestión cuando se plantea una pregunta acerca de si y bajo qué condiciones las restricciones a las actividades de búsqueda podrían ser calificadas de censura.

Desde mi punto de vista, García se equivoca en la interpretación que hace a partir de su inferencia. El inciso 2 no restringe el alcance de la libertad prevista en el inciso 1, sino que lo refuerza. Y, por lo demás, ambos incisos tienen la misma extensión y campo de aplicación. En efecto, ya vimos que el secreto de la fuente tiene no sólo relación con la recolección de la información, sino también con la difusión, porque obligar al periodista y al medio a revelar la fuente produce sobre la fuente el efecto de desincentivar la confidencia de nueva información al periodista, con lo cual produce un efecto de censura.

García también sostiene que la Convención no deja en claro si se pueden poner límites a la “búsqueda” de información. Es decir, la Convención estaría protegiendo, con la prohibición de censura, la difusión y la recepción, pero no está claro si protege la búsqueda. Pues bien, aquí también se equivoca el autor. La reticencia del Estado a suministrar información es una censura y viola todas las normas de acceso a la información previstas en los instrumentos internacionales. Por otra parte, esos mismos instrumentos, y también la jurisprudencia norteamericana y europea, protegen incluso a la fuente que teniendo el deber de guardar el secreto lo brinda en confidencia a un periodista. Considero que desde ningún punto de vista puede sostenerse que la búsqueda de información recibe, por parte de la Convención, una protección más atenuada que la difusión o la recepción de información.

El autor se equivoca, incluso, en los ejemplos que aporta: la autodefensa privada o la acción de policía preventiva estatal, tendiente a impedir la sustracción de un documento que se encuentra en manos públicas o privadas o una invasión domiciliaria o la intromisión en alguna clase de comunicación interpersonal, mientras los atentados o injerencias todavía se hallan en curso de ejecución, difícilmente podrían ser calificados como censura previa prohibida por la Convención. Distinta es la cuestión cuando los atentados se han consumado, y de lo que se trata es del aprovechamiento o utilización de informaciones obtenidas o ideas conocidas por esas vías, para tomarlas en cuenta o hacerlas objeto, a su vez, de una expresión protegida por la Convención. Para García, no hay todavía una contesta-

ción segura a la pregunta de si debe calificarse de censura a cualquier restricción a la libertad de buscar información. No comparto, tampoco, esta consideración del autor. Por supuesto que en el caso de que el periodista sea quien pretende sustraer la documentación estaría cometiendo un delito de allanamiento de morada o de hurto, pero en este caso ya no estaríamos en el ámbito de licitud del derecho de expresión, sino en un ámbito delictual. Dejando este supuesto de lado, parece que García se refiere a la posibilidad de que la policía impida que el secreto llegue a tomar contacto con el periodista, y eso sí sería admisible. No comparto esta conclusión: no tiene un juez ni un policía, autoridad para impedir que el funcionario se comunique con terceras personas ni tampoco para interrumpir conversaciones telefónicas —aun cuando legítimamente pueda intervenirlas, para tener una prueba del delito de violación de secreto— o personales. En todo caso, el delito estará en curso de consumación o se habrá consumado y el Estado tendrá la prueba para reprimirlo, pero no veo cómo el Estado, incluso si el juez detiene al funcionario infiel antes de la entrega del documento, pueda evitar que el detenido entre en contacto con el periodista. Restringir la libertad no permite restringir la comunicación. Por lo demás, en ese caso, tampoco estaremos frente a un supuesto de fuente secreta, porque el Estado ya habría identificado la fuente de la información, aunque si el periodista es convocado a confirmarla, éste igualmente podría negarse a hacerlo.

X. LA PROTECCIÓN DE LAS FUENTES. CONCLUSIONES

Más allá de los términos muy amplios con los que se protege la libertad de prensa, en la Convención Interamericana no hay previsión expresa alguna que proteja a las fuentes de información periodística, ni tampoco la jurisprudencia de la Corte se ha referido, por el momento, a este punto.

Sin embargo, el secreto periodístico, como ya lo anticipamos, sí está expresamente mencionado y protegido por importantes documentos internacionales adoptados con la intervención de órganos del sistema interamericano de la OEA y, además, de las amplias garantías dadas por todo el sistema a la libertad de expresión puede inferirse un contexto de muy amplia tutela para dicho secreto.

1. *Jurisprudencia sobre secreto periodístico*

Como dijimos anteriormente, la Corte IDH no tuvo que pronunciarse sobre caso alguno en el que haya sido tema de estudio el secreto periodístico. Pero hay varios motivos para sostener que podría darle una protección igual o incluso superior a la que recibe el secreto periodístico por parte del TEDH.

Por un lado, vimos que tanto la Corte IDH como la Comisión IDH han aceptado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión, apoyada sobre normas menos generosas que las normas de la CADH, debe ser tenido en cuenta como un piso normativo mínimo de protección de los derechos del artículo 13 CADH. Por otra parte, la Corte valoró la doble dimensión individual y social de la libertad de prensa; sostuvo que el derecho de expresión no puede desvincularse del de la prensa; y una restricción a la divulgación es un límite del derecho de expresarse y, por ende, a la libertad de prensa.

La protección de la fuente de información está vinculada tanto con la obtención de la información como con su divulgación, porque exigir su revelación puede desincentivar a las fuentes a proveer nueva información. Por lo tanto, exigir su revelación no sólo producirá efectos en la dimensión individual del derecho, impidiendo la libertad de expresarse como ejercicio individual, sino que también será un obstáculo para que la información cumpla con su dimensión social, es decir, satisfaga el derecho de la sociedad a ser informada.

En segundo lugar, fuera de la restricción impuesta a la prensa por el artículo 13.5, CADH,⁴²³ que es un caso de restricción aceptada, no puede admitirse ningún otro supuesto de restricción previa a la información. Puede decirse que la exigencia de revelar la fuente informativa sólo le llega al periodista luego de que la información fue publicada. Pero lo cierto es que revelar la fuente produce un efecto negativo, desincentivando a los informantes a la hora de dar nuevas informaciones al periodista, por lo cual la exigencia de revelar la fuente viene a convertirse, por vía elíptica, en una forma de censura indirecta.

⁴²³ Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Edición Del Puerto, 2000, p. 53, sostiene que la prohibición impuesta por el artículo 13.5, CADH, es un caso de censura compatible con la Convención.

Además, la Corte IDH también dijo que el artículo 13.2 debe interpretarse de acuerdo con disposición del 13.3, que a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es explícito en prohibir restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opciones.⁴²⁴ Y en la misma OC5-85⁴²⁵ dijo la Corte IDH que resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir información de 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. Esto permite concluir, desde mi punto de vista, que un acto estatal tendiente a develar las fuentes de información podría ser calificado de injerencia en los términos del artículo 13, y, por ende, sujetos a condiciones antes mencionadas de legalidad, taxatividad, legitimidad de fines y necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad) a los fines de valuar su procedencia, y difícilmente pasaría ese examen.

Por lo demás, la censura de la información es sólo posible en el caso previsto en el artículo 27 CADH, pero ello impone que el Estado haya declarado previamente esa circunstancia.

En fin, sobran razones para prever que la Corte IDH no le dará al secreto periodístico una protección menor que su par de Estrasburgo. TEDH.

2. La amplitud de la protección del artículo 13, CADH

El artículo 13, CADH, es muy generoso con respecto a la libertad de expresión, y protege la búsqueda de información en igual medida que las otras dos acciones previstas en el artículo, la difusión y la recepción de la información. Y el secreto periodístico tiene relación, por cierto, no sólo con uno de esos momentos que transita la información, sino con los tres.

También hay que tener en cuenta que la relatoría, en su Informe Anual de 1998, capítulo III, dijo que cualquier disposición penal que castigara el recurso periodístico de usar grabaciones o registros subrepticios de co-

⁴²⁴ OC5-85, párrafo 47.

⁴²⁵ *Ibidem*, párrafo 55.

municaciones de asuntos públicos sería siempre un atentado a la libertad de expresión buscarlo y examinarlo mejor.

Y, como vimos anteriormente, la CIDH dijo que el artículo 13.2, CADH, debe interpretarse de acuerdo con la disposición del artículo 13.3, que a diferencia del CEDH y PIDCP, es explícito en prohibir restricciones a la libertad de expresión mediante vías o medios indirectos encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opciones.⁴²⁶

3. *La Comisión IDH*

La Comisión IDH considera no admisible una restricción a la confidencialidad de las fuentes de información, admitiendo, como única excepción, según surge del Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, el supuesto del caso en que ello se justifique para luchar contra el terrorismo, en cuyo caso exige que la “divulgación sea necesaria”. Ya el año anterior, en la Declaración conjunta de las Tres Relatorías sobre Terrorismo de 2001, se había expuesto el riesgo de invocar el terrorismo como una excusa para limitar la libertad de expresión.

4. *Instrumentos internacionales*

Como vimos a lo largo de este capítulo, varios instrumentos internacionales protegen expresamente el secreto de las fuentes de información. En efecto, lo hacen:

- 1) la Declaración de Chapultepec, en su principio 3.
- 2) Los Principios de Lima: los principios 6 y 9 se refieren expresamente a la fuente periodística. El sexto, reiterando la prohibición de exigir al periodista que revele la fuente y extendiendo esa protección al contenido de apuntes y archivos periodísticos, y el noveno, estableciendo que la fuente periodística no puede estar sujeta a represalias ni siquiera cuando dio a conocer información reservada, si ésta es de interés público.
- 3) La Declaración de Principios de la Libertad de Expresión de la Comisión IDH, de 2000, en el principio 8, protege no sólo la identidad de la fuente, sino también los archivos, elementos y apuntes perso-

⁴²⁶ OC5-85, párrafo 47.

nales y profesionales del periodista que puedan conducir a revelar esa identidad. Y, además, considera que el secreto es un derecho del periodista —no un deber—, que es esencial para la labor del periodista de “reunir y difundir” información que de otra forma no podría ser recolectada. Como vimos cuando nos referimos, párrafos antes, a la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la libertad de expresión, esta Declaración confirma nuestra inferencia: es posible considerar que el secreto periodístico cabalga sobre dos momentos claves de la vida de la información: la recolección y su difusión.

- 4) Declaraciones conjuntas de las tres relatorías. Las siete declaraciones adoptadas por las tres relatorías, los medios de comunicación y la libertad de prensa se siguen moviendo en un contexto internacional que ofrece resistencias y excusas para la plena vigencia de ese derecho. La urgencia de combatir el terrorismo o proveer a la administración de justicia no son suficientes para imponer restricciones a la prensa. Si el Estado no suministra esa información, reservada en secreto indebidamente, el secreto de la fuente deviene siempre una vía válida de acceso.
- 5) Además, para nuestro estudio es particularmente relevante la Declaración sobre Acceso a la Información, de 2004, que protege ampliamente ese derecho y, en lo relativo a los informantes, propone la protección de los periodistas que hayan publicado asuntos que están clasificados como secreto de Estado e, incluso, propone la protección de quienes, siendo oficiales públicos, violaron ese secreto, porque, actuando de buena fe, había un interés superior en la publicación. Esta Declaración aconseja a los Estados a tomar medidas concretas para amparar el acceso a la información y para sancionar a quienes la obstruyen. Y, en un asunto que sí tiene relación directa con la fuente informativa, la Declaración referida también propone que proteja a quien teniendo el deber legal de guardar secreto suministra la información reservada para su publicación, por entender que el interés público es superior al secreto.
- 6) *Informes de la Relatoría Especial de la OEA*, varios de los cuales se relacionan con nuestro objeto de estudio.