

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN IBEROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones de contexto jurídico. III. Consideraciones sobre el contenido del derecho a la información. IV. El derecho a la información implica la libertad de opinión e información sin censura ni restricciones preventivas en el sistema interamericano. V. Consideraciones finales sobre restricciones preventivas y censura previa. VI. Consideraciones sobre la colisión de derechos y su resolución en derecho de los derechos humanos interno e internacional, en especial en materia de libertad de expresión o derecho de la información. VII. Consideraciones de los criterios utilizados en derecho comparado para resolver las tensiones o conflictos entre la libertad de opinión e información y el derecho a la honra y la privacidad. VIII. Anexos.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la información ha tenido una evolución histórica y jurídica significativa desde sus orígenes a la actualidad.

La evolución del derecho a la información nace como el derecho del sujeto empresario como liberal de prensa, vale decir, la libertad de constituir las empresas de prensa, pero las personas que gestionan y controlan la producción de información. Dicho proceso histórico continúa con la etapa del sujeto profesional que se inicia con el surgimiento de las organi-

* Doctor en derecho constitucional por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica; diplomado en derecho internacional de los derechos humanos; profesor de derecho constitucional; decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

zaciones que integran los redactores y el reconocimiento de sus derechos y más tarde de los periodistas que laboran en empresas informativas, desarrollando su tarea en la búsqueda y transmisión de la información. La tercera etapa transcurre a mitad del siglo XX en la que se desarrolla la fase del sujeto universal, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos, para sólo señalar los principales instrumentos internacionales que aseguran a todas las personas los derechos de investigar, recibir y difundir informaciones y opiniones, configurándose el derecho universal a la información.¹

II. CONSIDERACIONES DE CONTEXTO JURÍDICO

La protección de los derechos esenciales constituye un principio general del derecho internacional y base esencial de nuestros ordenamientos jurídicos, existiendo jurisdicción concurrente entre el derecho interno y la jurisdicción internacional o supranacional en la materia.

La afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye, desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional, ya que implica reconocer en el plano de los Estados, que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio constitucional y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos.²

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico en la primera mitad del siglo XX, con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, dejando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada

1 Loretí, Damián, *El derecho a la información*, Buenos Aires, Paidós, 1995, pp. 16 y 17.

2 Véase Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, España, Tecnos, 1995; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Ed. Heliosta, 1995; Dupay, Pierre Marie, *Droit international public*, 2a. ed., París, Dalloz, 1993; Zagrebelski, G., *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1999; Cassere, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.

en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del “estado de naturaleza” al estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son; por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos. La Carta de Naciones Unidas suprime el *ius ad bellum* que había sido, hasta entonces, el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los pactos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo éstos un derecho, inmediatamente vinculante para los Estados.

Así, la soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, debido a que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los Estados.

En la segunda mitad del siglo XX se reduce crecientemente el ámbito de la potestad discrecional e ilimitada del Estado. Este por propia voluntad se somete libremente a un derecho que lo supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los Estados partes en tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aún cuando

otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo toda la humanidad la que se resiente con dichas vulneraciones.³

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX quedó sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de derecho nacional, un Estado de derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas.

3 Como los ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en los tratados sobre derechos humanos “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención”.

“En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones” (opinión consultiva CID Recueil 1955, p. 23). Esta concepción de los tratados de materia de derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (opinión consultiva 5/OC-82, serie A, núm. 2, párrafo 29).

Por otra parte, siendo derecho internacional el derecho internacional convencional de los derechos humanos, prevalece sobre el derecho interno, no sólo porque los Estados han ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de acuerdo con el procedimiento constitucional previsto en cada caso, sino además, porque expresamente las cartas fundamentales establecen imperativamente que los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía, por tanto, del Poder Constituyente y de los poderes instituidos; asimismo, porque determinan el deber del Estado de respetar y promover tales derechos, los que son directamente aplicables en nuestros ordenamientos jurídicos por los órganos jurisdiccionales. Muchos de estos ordenamientos jurídicos otorgan jerarquía constitucional o integran en el bloque de constitucionalidad a los tratados en materia de derechos humanos, sancionados y ratificados por el respectivo Estado.

En efecto, al respecto cabe señalar que, el artículo 5o., inciso 2o. de la Constitución chilena, determina que “La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

A su vez, la Constitución de Argentina, modificada en 1994, en su artículo 75, párrafo 22, enumera un conjunto de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se incluye, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a otras declaraciones y convenciones, los cuales deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución.

La Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 93, determina que “Los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Constitución de Guatemala en su artículo 46, después de la reforma de 1993, establece: “preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los

tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia”.

La Constitución ecuatoriana de 1998 en su artículo 17 precisa: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

Asimismo, el artículo 18 prescribe:

Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, el artículo 19 agrega: “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

La reciente Constitución de Venezuela de 1999, artículo 19 determina que:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan.

La misma carta fundamental en su artículo 22, precisa:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe en-

tenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Por último, el artículo 23 de la carta venezolana expresa:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Por otra parte, en el ámbito jurisdiccional interno destaca, la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, lo que demuestra lo que pueden hacer los magistrados cuando de buena fe se comprometen efectivamente con los derechos esenciales de la persona humana y existe voluntad efectiva de cumplir las convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado. Dicha Corte ha sostenido que: “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es inmediatamente ejecutivo y ejecutorio en el orden jurídico interno”, y no sólo el resultante de los tratados o convenciones de los que Costa Rica sea parte, entre los cuales destaca, por su importancia, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969 (vigente desde el 18 de junio de 1978), sino también de la costumbre internacional y de cualquier instrumento de derecho internacional general, notablemente la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de noviembre de 1948, en el ámbito de las Naciones Unidas, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del 5 de mayo de 1948, en el regional de la Organización de Estados Americanos, a las cuales la Sala ha reconocido valor vinculante y de rango constitucional, al interpretar de este modo el artículo 48 de la Constitución Política, que reza:

Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los ins-

trumentos sobre derechos humanos aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.⁴

A su vez, en otra sentencia relacionada con la colegiación obligatoria de periodistas, sostuvo:

Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala que los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica tiene no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (sentencia 3435-95 del 19 de mayo de 1995, considerando 6o.).⁵

La misma sentencia citada precisa

...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia del 21 de marzo de 1997, reitera la primacía de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos:

IX. Ciertamente, nuestra Constitución Política define la libertad de expresión en la forma bastante limitada del derecho de todos a la “manifestación de sus opiniones” (artículo 28) o a comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura (artículo 29). Lo cual, por cierto, dio pie al procurador general de la República para considerar que sólo está garantizada constitucionalmente la expresión del pensamiento propio. Sin embargo, son otros y más amplios los términos de la Convención Americana, a la cual, por cierto, le conviene lo dicho ya por esta Sala, en el sentido de que como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los

4 *Cit.* por Pisa Escalante, Rodolfo, “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales en derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica” en Héctor Fix-Zamudio, *Liber Amicorum*, San José, Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, p. 187.

5 *Cit.* por Pisa Escalante, Rodolfo, “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales en derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica”, *op. cit.*, p. 190. Con anterioridad hay sentencias similares: sentencia 3435-92, sentencia 5759-93.

instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que, en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución.⁶

X. En realidad, pues siguiendo a la Convención, en Costa Rica la libertad de pensamiento y expresión comprende, como dice textualmente su artículo 13.1, el derecho de toda persona a: 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 cualquier otro procedimiento de su elección”; lo cual incluye, obviamente, amén de la libertad puramente noticiosa, de información de hechos y circunstancias, la de valorarlos y, en general, expresar y comunicar el pensamiento, la opinión, la imaginación o la inspiración propios o ajenos, por cualquier medio y, cabe agregar, en cualquier materia y con cualquier propósito.

En este sentido, ya la Sala tuvo la oportunidad de ubicar el ejercicio, por ejemplo, de la mera propaganda comercial como una manifestación característica de la libertad de expresión.⁷

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia en demanda de inconstitucionalidad contra un artículo de la ley que reglamenta el servicio de televisión y fórmula política para su desarrollo, en que se sostiene la violación de tratados internacionales (Convenio de Roma y Convenio de Berna), en materia de propiedad intelectual, la Corte precisa la posición frente a los tratados en materia de derechos humanos sosteniendo:

II. Decisión Jurídica y sus fundamentos.

Interpretación de los derechos con arreglo a los tratados internacionales. El derecho a la información, la recepción y distribución de señales incidentales de televisión y el control a cargo del Estado.

La validez interna de una norma consagrada por el legislador no solamente está supeditada a la adecuación de su preceptiva a los postulados y mandatos constitucionales, sino que también depende del acatamiento a los compromisos internacionales de Colombia, pactados en tratados públicos aprobados por el Congreso y ratificados por el jefe del Estado de acuerdo con la Constitución (artículos 90.; 159, numeral 16; 189, numeral 2 y 226).

La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros

6 Véase sentencia 2313-95 de 16:18 hrs. del 9 de mayo de 1995, que recuerda, a su vez, una anterior, 3435-92, y su aclaración 5759-93.

7 Véase sentencia 824-97 C21, fundamentos jurídicos 9o. y 10, pp. 30 y 31.

Estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que prohíbe su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La norma constitucional declara sin rodeos que los derechos y deberes consagrados en el Estatuto Fundamental se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.⁸

La Corte Constitucional de Colombia, reitera el fundamento jurídico de la sentencia antes señalada en el caso de la demanda de inconstitucionalidad contra un artículo de la ley que reglamenta el servicio de televisión, establece la prevalencia de los tratados en materia de derechos humanos y la interpretación de los derechos fundamentales con arreglo a los tratados internacionales.⁹

Todo ello debe complementarse con el hecho de que una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, deben tenerse presente los principios de *ius cogens*, *pacta sunt servanda* y *bonna fide*, codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional deben ser respetadas por los Estados partes, además de establecer dicha Convención que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, según dispone el artículo 26; el artículo 27, a su vez, determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.¹⁰

8 Sentencia Corte Constitucional del 23 de febrero de 1995, *cit.* por *Iudicium et Vita*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 5, diciembre de 1997, pp. 34 y 35.

9 Sentencia de la Corte Constitucional del 22 de febrero de 1996.

10 La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados ratificados por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por decreto supremo número 381 de 1981 y publicado en el *Diario Oficial* del 22 de junio de 1981.

Chile apoyó decididamente el artículo 27 de la Convención de Viena, véase Rosales, “La Convención de Viena de 1969 y sus relaciones con el derecho interno”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 165, enero-diciembre de 1977, pp. 257 y 263.

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*): “Una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Las normas de *ius cogens* son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”, a su vez, el artículo 64 dispone que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo con las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, éstos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados en el artículo 46 establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viado el consentimiento.

1. *Los derechos esenciales forman parte de un sistema de doble fuente*

Los derechos esenciales constituyen cada vez más un sistema de doble fuente, el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las cartas fundamentales y por voluntad del Constituyente se establece un bloque constitucional de los derechos, com-

puesto por los derechos asegurados por la Constitución y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio *favor libertatis, pro cives o pro homine*, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/1985.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional. Puede sostenerse que el derecho de los derechos humanos (con su doble frente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ha sido, asumido en los estados componentes de la Unión Europea.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías.¹¹

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los Estados partes que libre y voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual conscientemente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana de Derechos Hu-

11 Véase Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III: *El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, pp. 362-369.

manos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

2. *Los derechos esenciales constituyen un límite de la soberanía estatal*

La soberanía no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige *aggiornarse* culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestros sistemas jurídicos, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho firmemente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez integrados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, deben cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Ésta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de derecho constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados solo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados, ya que éstos no son “preceptos legales”, no son normas jurídicas internas aprobadas por los órganos constituyentes o colegisladores del Estado sino que son normas internacionales que expresan la voluntad de dos o más Estados. La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los Estados saben que tiene el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al artículo 1o. de dicha Convención, el cual establece : “1o. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...” asimismo, de acuerdo al artículo 2o. de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de “otro carácter”, se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no solo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y vo-

luntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución española de 1978 y la Constitución colombiana de 1991, entre otras cartas fundamentales contemporáneas.

3. *Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y cosa juzgada interna*

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus criterios interpretativos deben ser aceptados e implementados por los tribunales internos, quedando entregados los medios procesales a los que determine el Estado parte como convenientes para asegurar el resultado y cumplimiento de lo determinado por el tribunal supranacional. Así el Estado parte y sus órganos, incluidos entre estos últimos los tribunales de justicia competentes, deben dar ejecución a las sentencias, debiendo realizarse una revisión nulificadora de las resoluciones judiciales internas consideradas contrarias a los derechos esenciales por el tribunal supranacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es indispensable que los Estados arbitren las medidas necesarias para que se dé cumplimiento de buena fe a las resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y de otros tribunales supranacionales o internacionales a los cuales los Estados les hayan reconocido competencia jurisdiccional, ya que ellos son tribunales que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno con potestad de revisión de las sentencias de los tribunales jurisdiccionales nacionales. Ello implica, con un mínimo de coherencia, que no existe cosa juzgada material hasta que el tribunal internacional o supranacional que el Estado ha dotado de potestad jurisdiccional se pronuncie o prescriba la acción para recurrir ante el mismo.

El principio de cosa juzgada es una materia que queda entregada generalmente a reserva legal en nuestros ordenamientos jurídicos, pudiendo también ser regulada por los órganos de soberanía a través de tratados internacionales.

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras Constituciones por regla general. Además, consideramos que la cosa juzgada no existe en sentencias írritas, las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión

de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso, cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos, entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aun cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias írritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (artículo 61); la Convención de La Haya sobre Solución Pacífica de Controversias Internacionales (artículo 83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (artículo 12), y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista de Brasil y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, profesor *cançado trindade*, ha determinado que el recurso de revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 8/86, párrafo 29, ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material, que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de judicaturas internacionales.

Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo está constituido por el caso “Bultó”, en España, 1992, donde en un proceso penal el señor Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual con base en el fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictarán la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores no lo han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, en el cual, luego de las diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un ministro de Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal *f* de la CADH, determinó que frente a la vulneración por parte del Estado argentino de los derechos del señor Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley, posibilitó que el Estado argentino enmendara su conducta, a través de la presentación por parte del señor Verbitsky, de un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la cual, luego de recibir el informe del fiscal hace lugar al recurso, luego la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (JA 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley.

De acuerdo con esta perspectiva, tampoco hay violación del debido proceso en el principio *non bis in idem*, ya que el juzgamiento por el Tribunal Internacional respecto del caso juzgado nacionalmente, sólo se produce cuando dicho juzgamiento es vicioso y, por tanto nulo, por el no respeto de las garantías básicas de un juicio objetivo, desarrollado por un

tribunal independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso, o cuando se violan los derechos esenciales en forma grave a través de una sentencia arbitraria o írrita.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8o. de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se le reconoce imperio por los órganos jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiándose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial o que lo afecta menos y de efecto útil a las resoluciones judiciales supranacionales. En tal sentido, cabe recordar las resoluciones judiciales antes mencionadas en el ámbito latinoamericano de las Cortes Supremas de Argentina, Venezuela y Costa Rica, como asimismo, de los Tribunales Constitucionales de Colombia y España, sólo para citar algunos ejemplos.

Así la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa del derecho internacional y del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, instituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información en el contexto americano se encuadra por las respectivas disposiciones constitucionales, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y las legislaciones complementarias internas de cada Estado.

El derecho a la información constituye así, un complejo de derechos que dicen tener relación tanto con el sujeto que informa (informador) como con quién recibe dicha información (informado).

Así en relación al informador se estructuran los siguientes derechos,¹² si se tiene en consideración el artículo 13 de la CADH y los textos constitucionales de América Latina:

- a) Derecho a investigar y buscar informaciones y opiniones;
- b) Derecho a difundir informaciones de relevancia pública por cualquier medio y opiniones;
- c) Derecho a emitir informaciones u opiniones;
- d) Derecho a no ser censurado ni objeto de restricciones preventivas en forma explícita o implícita, directa o indirecta, a excepción de medidas destinadas a proteger la moral de los menores o adolescentes o en casos de estados de excepción constitucional;
- e) Derecho de acceso a las fuentes de información;
- f) Derecho al secreto profesional periodístico y a la reserva de las fuentes;
- g) Derecho a la cláusula de conciencia,
- h) Derecho al acceso y utilización de los instrumentos y medios naturales o tecnológicos necesarios que permitan emitir las opiniones e informaciones.

Por lo que respecta al informado, éste tiene un complejo de derechos, que fundamentalmente son los siguientes:

- a) Derecho a recibir opiniones e informaciones;
- b) Derecho de seleccionar la información que recibe y los medios a través de la cual recibirla;
- c) Derecho a ser informado veraz y oportunamente;
- d) Derecho a que sea preservada su honra y vida privada;

12 Véase Loreti, Damián, *El derecho a la información*, Buenos Aires, Paidós, 1995, p. 20.

- e) Derecho a rectificación o respuesta;
- f) Derecho a solicitar la imposición judicial de responsabilidades civiles y penales en los casos determinados por el ordenamiento jurídico.

El derecho a la información es así de doble vía como señala la Corte colombiana en la siguiente sentencia:

El de la información es un derecho de doble vía, en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aun, como ya se dijo, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas.

Lo cual significa, por lo tanto, que no siendo un derecho en un solo y exclusivo sentido, la confluencia de las dos vertientes, la procedente de quien emite informaciones y la alusiva a quien las recibe, cuyo derecho es tan valioso como el de aquel, se constituyen en el verdadero concepto del derecho a la información. En él aparece, desde su misma enunciación, una de sus limitantes; el derecho a informar llega hasta el punto en el cual principie a invadirse la esfera del derecho de la persona y la comunidad, no ya únicamente a recibir las informaciones sino a que ellas sean veraces e imparciales. De donde surge como lógica e ineluctable consecuencia que las informaciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación de un derecho, y como tal deben ser tratadas desde los puntos de vista social y jurídico.¹³

Agregó sobre el tema la Sala Quinta de Revisión:

...el derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Ésta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho “veraz e imparcial”. Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir,

13 Cfr. Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992.

la que se suministra desbordando los enunciados límites —que son implícitos y esenciales al derecho garantizado— realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional.¹⁴

La Corte Constitucional de Colombia respecto del derecho a la información ha precisado:

La Carta Política consagra en el artículo 20 el derecho de toda persona a informar, a recibir información veraz e imparcial.

El derecho a la información implica la posibilidad de recibir, buscar investigar, almacenar, procesar, sistematizar, analizar, clasificar y difundir informaciones, concepto este genérico que cubre tanto las noticias de interés para la totalidad del conglomerado como los informes científicos, técnicos, académicos, deportivos o de cualquier otra índole y los datos almacenados y procesados por archivos y centrales informáticas.

Se trata de un verdadero derecho fundamental, que no puede ser negado, desconocido, obstruido en su ejercicio o disminuido por el Estado, cuya obligación, por el contrario, consiste en garantizar que sea efectivo.

La Corte Constitucional, al referirse a este derecho, ha señalado con claridad que es universal, inviolable y reconocido —no creado— por la normativa positiva. Desarrollando el concepto de inviolabilidad, la Corte ha dicho que, sin pretender su carácter absoluto, debe entenderse que no es constitucional lo que tienda a vulnerar el derecho a la información en su núcleo esencial, bajo ningún título ni justificación.¹⁵

También ha subrayado la corporación que el mencionado derecho tiene un carácter inalienable, “pues al responder a una tendencia natural del ser humano, es imposible que dicha facultad de ser informado esté despojada del individuo de la especie humana, porque equivaldría a negar sus inclinaciones naturales, debidas a todo hombre, tales como la sociabilidad y las tendencias al conocimiento y a la comunicación”.¹⁶

14 Cfr. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-332 del 12 de agosto de 1993. Sentencias citadas por *Judicium et Vita*, San José, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, diciembre de 1997, p. 28.

15 Corte Constitucional de Colombia, 22 de febrero de 1996, San José, Ed. IIDH, cit. por *Judicium et Vita*, núm. 5, diciembre de 1997, p. 35.

16 Corte Constitucional de Colombia, 22 de febrero de 1996, San José, Ed. IIDH, cit. por *Judicium et Vita*, núm. 5, diciembre de 1997, p. 35.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN IMPLICA LA LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN SIN CENSURA NI RESTRICCIONES PREVENTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. *La delimitación del derecho a la libertad de opinión y de información sin censura previa*

Así tomando como ejemplo el orden constitucional chileno, la Constitución asegura en el artículo 19, número 12 “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

Esta perspectiva se refuerza con la integración de los derechos contenidos en la CADH al bloque constitucional de derechos esenciales asegurados por nuestros ordenamientos jurídicos en virtud del artículo 5o., inciso 2o. de la carta fundamental de Chile; artículo 75, párrafo 22 de la Constitución de Argentina; artículo 73 de la Constitución de Colombia, artículo 46 de la Constitución de Guatemala; Constitución de Ecuador, artículo 17; Constitución de Venezuela, artículo 10.

En efecto, la CADH, establece en su artículo 13 lo siguiente:

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

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

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

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protec-

ción moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2o.

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

Integrando las disposiciones constitucionales armónicamente con el artículo 13 de la CADH, puede sostenerse que la libertad de expresión, que comprende los conceptos de libertad de opinión e información, consiste en el derecho de toda persona a emitir juicios valorativos, ideas y concepciones, como asimismo, buscar, investigar, recibir y difundir el conocimiento de hechos, datos o situaciones determinadas de relevancia pública, de cualquier forma (oral, escrita, artística, etcétera) y por cualquier medio (prensa, radio, televisión, computación, fax, internet, satélite, etcétera), sin censura ni restricciones preventivas, aun cuando tal ejercicio está sujeto a responsabilidades ulteriores fijadas previamente por la ley y destinadas al respeto de los derechos a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

Tal derecho así delimitado tiene como únicas excepciones que posibilitan restricciones preventivas las contenidas en el párrafo 4o. del artículo 13 de la CADH que autoriza la censura previa únicamente con objeto de regular el acceso a espectáculos públicos de menores con la finalidad de proteger la moral de la infancia y la adolescencia, así como las suspensiones o restricciones del ejercicio de la libertad de expresión durante la vigencia de un estado de excepción constitucional compatible con las exigencias del artículo 27 de la CADH y el artículo 4o. del PIDC y P de Naciones Unidas.

La libertad de opinión e información asegurada por las Constituciones y la libertad de expresión asegurada por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13, armonizadas debidamente, permiten afirmar que toda persona tiene derecho no sólo a expresar sus ideas y juicios, sino que también tiene la libertad para buscar, investigar, transmitir o comunicar, emitir, publicar o difundir, y recibir ideas e informaciones de todo tipo.

La información está determinada por la actividad que se concreta a través de diversas técnicas que comprende la difusión de comentarios, opiniones, hechos y acontecimientos.

Existe información o comunicación de masas cuando un mensaje significativo es dirigido de manera unilateral y, generalmente indirecta, a través de medios tecnológicos de difusión a un público indeterminado, generalmente heterogéneo y disperso.

La libertad de información asume y amplía la libertad de prensa en su concepción clásica.

La libertad de información puede utilizar cualquier soporte material y tecnológico para el ejercicio de la transmisión y difusión de hechos, acontecimientos de relevancia pública u opiniones y comentarios sobre los mismos.

La libertad de información comprende el derecho a investigar y acceder a las fuentes de información, a transmitir la información de cualquier forma y a través de cualquier medio sin censura ni restricciones preventivas y el derecho a recibir, seleccionar y rectificar las informaciones difundidas, debiendo el Estado, sus agentes y órganos respetar tales derechos, garantizarlos, como promoverlos, contribuyendo al desarrollo del pluralismo informativo, previniendo la existencia de censuras directas o indirectas, administrando con transparencia, racionalidad y justicia el acceso a las frecuencias radioeléctricas, impidiendo la existencia de monopolios u oligopolios respecto de los medios o insumos necesarios para producir la información escrita, por cable o de cualquier otro modo o medio, como por último, impidiendo la constitución de monopolios públicos o privados sobre todos los tipos de medios de comunicación social.

La carta constitucional de Colombia ha sostenido que el contenido del derecho a informar abarca una serie de acciones que se inscriben en su objeto: “recibir, buscar, investigar y difundir informaciones, concepto éste genérico que cubre todas las noticias de interés para la totalidad del conglomerado como los informes científicos, técnicos, académicos, deportivos o de cualquier otra índole y los datos almacenados y procesados por archivos y centrales informáticas”.¹⁷

Cuando se vulnera la libertad de opinión o de información mediante censura o restricciones preventivas se viola el derecho de la persona afectada.

17 Sentencia C-073, *cit.* por Cifuentes, Eduardo, Libertad de expresión en Colombia, Seminario Internacional sobre libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y la honra, Universidad de Talca, Talca, abril de 2000.

tada de emitir sus juicios o ideas o de transmitir dichas ideas o determinados hechos a terceros, como asimismo se vulnera el derecho de todas las demás personas a recibir tales informaciones u opiniones.

Tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁸ la libertad de expresión tiene dos dimensiones, una individual, el derecho de cada persona a manifestar sus juicios e ideas y a transmitir éstas, así como, datos e informaciones a terceros; la otra dimensión es colectiva y social, el derecho a las personas a recibir cualquier información; el derecho de conocer las opiniones e informaciones que expresen los demás (OC-5/85, Serie A, número 5, párrafo 30).

El derecho a emitir juicios e ideas, así como a transmitir dichas opiniones y datos o acontecimientos de relevancia pública a terceros, comprende el derecho a utilizar cualquier forma de expresión (oral, escrita, artística, etcétera) y cualquier medio adecuado para difundir las opiniones o informaciones (libros, prensa, radio, cine, televisión, internet, satélite, cable, correo electrónico, etcétera). El derecho a expresarse y a difundir lo expresado están intrínsecamente unidos, de manera que toda limitación o restricción a las posibilidades de transmitir a terceros opiniones o informaciones, constituye una afectación del derecho a la libertad de expresión.

En síntesis, la libertad de expresión exige la libre emisión por parte del sujeto emisor así como la libre recepción del destinatario individual o colectivo, determinado o indeterminado.

Las dimensiones individual, colectiva o social de la libertad de expresión debe ser garantizada simultáneamente. Ello hace inadmisibles invocar el derecho a la información veraz para fundamentar censura o restricciones preventivas destinadas a eliminar informaciones consideradas falsas a criterio del censor oficial, sea éste, cualquier organismo público, gubernamental, administrativo, judicial o legislativo. También es inadmisibles que se constituyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación social con la finalidad de moldear o manipular la opinión pública según un solo enfoque o perspectiva, impidiendo la transmisión plural de las informaciones u opiniones.¹⁹

El derecho del informado a conocer y saber los hechos o acontecimientos de relevancia pública y veraces que ocurren en el medio social es

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

19 Véase OC-5/85, párrafo 33, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

un elemento esencial que le posibilita ser un sujeto activo y un ciudadano participativo de la sociedad política en que se encuentra formando parte de ella. El derecho a la información es de tanta relevancia en la sociedad contemporánea como el derecho a la educación.

El derecho del informado a seleccionar los medios en los cuales desea ser informado lleva a la garantía institucional del pluralismo informativo y a la negación de todo monopolio informativo sea público o privado, ya que ello lleva a un conocimiento parcializado o sesgado de la información y al aislamiento de los canales de información provenientes de fuera de las fronteras nacionales, en definitiva, de una recepción transparente y participativa de la información, todo ello de acuerdo con el artículo 13, párrafo 3o. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La desinformación o el ocultamiento de información es contrario a las bases esenciales de una sociedad democrática, constituyendo una característica de los regímenes autoritarios y totalitarios, que en América Latina hemos vivenciado con el ocultamiento de las violaciones sistemáticas de derechos humanos, la desaparición forzada de personas y de los sistemas represivos ilícitos de la población, entre otros.

La manipulación y ocultamiento de la información han sido una de las situaciones que desarrollan los libros de investigación periodística y denuncia de actos de abuso de poder o de corrupción de agentes públicos o privados o de figuras públicas.

2. *Los fundamentos de la libertad de opinión y de información*

El silenciamiento de cualquier opinión podría significar impedir conocer una dimensión de la verdad, además de presuponer la infalibilidad del censor. A su vez las opiniones dominantes raramente tienen toda la verdad y muchas veces la parte de verdad que tienen se ha complementado posteriormente con otras opiniones y concepciones.²⁰

El tiempo muchas veces ha desvirtuado convicciones profundas de una época, las que han debido ser rectificadas radicalmente por el desarrollo de nuevas perspectivas y convicciones, las cuales habían sido despreciadas y combatidas antes. Una muestra explícita de ello, es el recono-

20 Lerner, Max, *Essential Works of John Strat Mill*, Estados Unidos de América, Ed. Bantam Books, 1965, p. 302.

cimiento oficial y público de errores históricos cometidos por la Iglesia católica, hechas por el papa Juan Pablo II en 2000.

La libertad de expresión es, asimismo, una derivación de la dignidad de la persona humana y su autodeterminación de acuerdo con la razón y los valores que asume, lo que permite su desarrollo y autorrealización personal.

Dentro de una sociedad democrática, que es entre las conocidas, la más acorde con la dignidad y los derechos de la persona humana, si el cuerpo político de la sociedad tiene la potestad de autodeterminarse, las personas que forman parte de la sociedad política tienen derecho a expresar sus propias perspectivas, criticar a sus gobernantes y recibir información relevante de carácter público.

El debate sobre los asuntos de relevancia pública y la conducta de las personas públicas debe ser abierta, amplia, desinhibida y, a veces, las expresiones pueden ser hasta desagradables o hirientes.

La libre formación de la opinión pública en una sociedad democrática requiere de una oportuna, completa y veraz información de la realidad y de las opiniones existentes.

La información es un bien público que debe ser protegido por la democracia, ya que el pluralismo informativo y la recepción de las diversas informaciones de relevancia pública por las personas, es de gran trascendencia para el control de los asuntos públicos y de gobierno por la ciudadanía, debiendo el Estado y sus diversos órganos garantizar efectivamente la libre circulación de la información e impedir que ella sea obstaculizada por terceros, todo lo cual permite el desarrollo social.

La libertad de información protege la democracia frente a las tentaciones autocráticas y las acciones tendentes a evitar la crítica frente a la actuación y posición de los agentes estatales.

El fundamento de la libertad de expresión se encuentra en una multiplicidad de valores, señala Steven Shiffrien, los cuales incluyen “la autoexpresión individual, la comunicación social, la participación política, la búsqueda de la verdad y de aquello que permite hacer opciones informadas, la catarsis social, la afirmación social de los derechos de igualdad, dignidad y respeto, y la libertad frente a lo arbitrario, a la exaltación oficial y a la regulación gubernamental excesivamente intrusiva”.²¹

21 Cit. por Bianchi, E. T. y Gullco, H. V., *El derecho a la libertad de expresión*, La Plata, Librería Editora Platense SRL, 1997, p. 17.

Cabe asimismo, tener en consideración que el ejercicio de la libertad de opinión y de información pueden afectar el honor y la vida privada de las personas, lo que debe ser adecuadamente ponderado, con objeto de hacer efectivas las responsabilidades ulteriores correspondientes.

Esta libertad de información se concreta, principalmente, en nuestra sociedad contemporánea, a través de los medios de comunicación social o de masas, que son aquellas instituciones en virtud de las cuales grupos especializados emplean recursos tecnológicos para difundir contenidos simbólicos significativos heterogéneos y diseminados. Tales contenidos están constituidos por ideas, opiniones, relatos de acontecimientos y su interpretación, productos culturales y artísticos, de diversión, entre otros.

La pluralidad de medios de comunicación social, con diversos enfoques y orientaciones, la existencia de una prensa libre, es una garantía institucional de la democracia, ya que estos medios son el vehículo a través del cual se concreta y materializa la libertad de expresión. De manera tal que las condiciones de funcionamiento de los medios de comunicación social deben adecuarse a los requerimientos de la libertad de opinión y de información, ello excluye los monopolios públicos o privados sobre tales medios, como la protección efectiva de la libertad e independencia de los periodistas en el ejercicio de sus funciones.²²

Tales principios y su concreción práctica exigen libertad y pluralidad de empresas periodísticas, así como la defensa del secreto profesional periodístico, lo que requiere una regulación jurídica de la empresa periodística y de la actividad periodística en ella, entre otros aspectos.

3. *La prohibición de la censura y restricciones preventivas en el bloque constitucional de la libertad de opinión e información en América Latina*

La libertad de opinión y de información está al margen de toda censura previa, lo que preserva a las opiniones e informaciones del previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir o a comunicar.

La censura está constituida por el control, el examen o permiso a que se somete cualquier texto con anterioridad a su comunicación al público, tiene un carácter preventivo y su objeto es acallar las críticas a las diver-

22 Véase OC-5/85, párrafo 34, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

sas manifestaciones del poder temporal o religioso, y es realizada por cualquier órgano del Estado.²³

Barrancos y Vedia, citados por Ekmekdjian determinan que censura es toda amenaza, advertencia u otra forma, que “los órganos de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimidatorio”.²⁴

A su vez, Néstor Pedro Sagüés determina como censura previa “cualquier acto u omisión que inhabilite la publicación de algo (no provisión de papel, intervención arbitraria de una empresa periodística) o que tienda a influir en esa publicación o que dificulte que el producto informativo llegue normalmente a la sociedad”.²⁵

El Tribunal Constitucional español ha señalado que es censura “toda intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales” (STCE 176/1995, FJ6), el mismo Tribunal ya había señalado anteriormente que “la verdadera censura previa consiste en cualesquiera medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlos depender del previo examen oficial de su contenido (STCE 53/1983).²⁶

La ausencia de censura previa implica falta de control de la autoridad en forma preventiva, no solo la ausencia de control gubernamental, sino también de control administrativo y jurisdiccional. La responsabilidad por las opiniones emitidas o la relación de los hechos o juicios emitidos a través de un medio de comunicación social no puede ser preventiva lo que no implica que no exista responsabilidad o acciones posteriores a la publicación o difusión de las opiniones o informaciones, las que pueden ser civiles o penales, además del ejercicio del derecho de declaración, respuesta o rectificación.

La actividad judicial en la materia sólo puede ser ejercida una vez que la opinión, expresión, publicación, información se hayan vertido, ya que sólo después de su emisión puede producirse colisión y afectación de otros derechos garantizados constitucionalmente.

23 Véase Ekmekdjian, Miguel Ángel, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 38.

24 *Ibidem*, p. 45.

25 Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, t. 2, p. 356.

26 Véase Herrero-Tejedor, Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, España, Ed. Colex, 1998, p. 184.

Con la censura previa, el control estatal sobre las comunicaciones de ideas e informaciones es mucho más extendida que con un sistema de represión ulterior, ya que impide que las opiniones e informaciones lleguen a las personas, a la opinión pública, realizando un ocultamiento parcial de opiniones e informaciones, generando discriminación y diversos otros abusos incompatibles con una sociedad democrática, además de una tentación permanente para las autoridades intolerantes.

Es inaceptable la censura previa que se concreta a través de las actuaciones de los agentes de ejercicio del poder estatal, cualquiera que sea el órgano que lo realice, incluido los órganos jurisdiccionales y las medidas cautelares que éstos pueden ejercer.

Puede señalarse que constituyen actos de censura de acuerdo al bloque constitucional de derechos, las prohibiciones preventivas desarrolladas por cualquier órgano del Estado respecto de publicaciones y difusión de opiniones o informaciones de relevancia pública veraces; las listas negras; el impedimento de la presentación y difusión de actos artísticos; el impedimento de acceso a la información o a las fuentes de información; los impedimentos de programas, las medidas judiciales preventivas que impiden el conocimiento de actos de corrupción o de relevancia pública de agentes del Estado, entre otros.

A su vez, constituyen medios de censura indirecta las amenazas provenientes de órganos del Estado o agentes directos o indirectos de éste, los monopolios u oligopolios, respeto del papel, tinta, maquinarias u otros elementos necesarios para la impresión de medios de comunicación escritos (diarios, revistas, periódicos, etcétera); la distribución dirigida de publicidad oficial destinada a castigar a determinados medios; la tributación discriminatoria o arbitraria sobre algunos medios; la atribución arbitraria de frecuencias radiales o televisivas del aspecto radioeléctrico nacional; las amenazas para quienes emitan publicidad en determinados medios, las limitaciones de los medios respecto de investigar de sus periodistas o reporteros a causa de compromisos ideológicos, políticos o económicos, entre otros.

Luego que la opinión o la información ha sido emitida cabe entrar en el ámbito de la ponderación de derechos en caso de existir conflicto real, aplicar el estándar de razonabilidad y proporcionalidad, así como, hacer efectivas las posibles responsabilidades civiles y penales por el ilegítimo o ilegal ejercicio de la libertad de expresión, la concreción de una actuación delictiva afectando el honor o la intimidad de las personas.

Lo repetimos una vez más, sólo cabe la censura o restricción preventiva en el caso de espectáculos públicos para proteger la moral de los niños y adolescentes, como lo autoriza el numeral cuarto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como señala el magistrado de la Corte Suprema Argentina, Berluscio, en el caso “Servini de Cubría”, “no sólo la censura previa o el control estatal sobre la prensa no pierden ese carácter por razón de ser ejercidos por órganos jurisdiccionales (fallos 248:664, considerando 4o.), sino que resultan muchas más graves al provenir de un tribunal judicial. La pasión política o la natural vocación del poder por extralimitarse podrían explicar, aunque no justificar, que violaciones de derechos fundamentales proviniesen de los poderes políticos, pero entonces las propias instituciones suministran el remedio, pues una de las más esenciales funciones del Poder Judicial instituido por la Constitución es asegurar la garantía de los derechos de los habitantes contra los excesos provenientes de aquellos. Pero es inconcebible, porque subvierte el orden institucional, que los propios órganos instituidos por la carta magna para garantizar esos derechos sean los que los atropellen; ello implica arrasar con las garantías constitucionales, destruyendo con ellas la Constitución misma y echando así por tierra las bases fundamentales del régimen representativo republicano de gobierno que ella consagra, conquista de la civilización que ha costado y continúa costando en el mundo sangre y dolor. Nada podría esperar, en efecto, el ciudadano de una democracia ni de sus jueces si en lugar de cumplir su misión esencial de defender sus derechos, fuesen ellos los que los conculcasen....” (considerando 14o.).²⁷

El juez Petracchi de la Corte Suprema en el mismo caso anterior determina que las medidas cautelares forman parte de la categoría de “censura previa”.²⁸

En efecto, si ante la inminencia, incluso enteramente cierta, de que fuesen a ser difundidas expresiones deshonrosas o agraviantes contra una persona, ésta pudiese pretender, y los jueces conceder, que tal difusión sea vedada, pronto se advertiría que ello convertiría a los estrados judiciales en órganos llamados a librar expresas prohibiciones —por vía del acogimiento de las demandas— o —tácitas autorizaciones— por la de la desestimación de aquellas —respecto de la difusión de ideas—. Y esto, inocultablemente

27 Cit. por Bianchi, E. T. y Gullco, H. V., *El derecho a la libertad de expresión*, p. 37.

28 *Ibidem*, p. 41.

produciría una sorprendente y no menos deletérea metamorfosis, por la cual nuestros jueces se volverían verdaderos tribunales de censura, de una censura cuya justificación resultaría mucho más escandalosa que el propio delito que pudiere consumarse con la expresión que pretende prohibirse.

Agregando dicho magistrado, que dicha actividad judicial sería “...contraria al Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13) y a la Constitución nacional (artículo 14)” asimismo, toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de las personas... (considerando 30).

A través de este fallo la Corte Suprema Argentina revocó, en su totalidad, la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había otorgado la medida cautelar de abstención provisional de emitir imágenes de un programa de televisión del cómico Tato Bores que afectaban a la jueza, doctora María Romilda Sevini de Cubría.²⁹

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), fue sancionada en 1969, en tal época los redactores de la Convención eran conscientes que uno de los medios más comunes para restringir previamente la difusión de informaciones e ideas eran, además de los controles administrativos, los controles judiciales, especialmente las medidas cautelares adoptadas por los jueces a petición de los particulares.

Tal es, además, la perspectiva asumida por los órganos de aplicación de la CADH, la Comisión Interamericana³⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³¹ que analizaremos en el próximo párrafo.

Las medidas precautorias y cautelares además, se adoptan unilateralmente, sin audiencia de la otra parte, dejando al demandado en la indefensión y sin debido proceso.

Las restricciones a la libertad de expresión deben concretarse luego de un proceso en el que el autor de la opinión o información que se pretende restringir puede defender su derecho, ello implica respetar las reglas del racional y justo proceso o debido proceso.

La legitimidad de las restricciones preventivas, ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, en situación de normalidad institu-

29 Caso “Servini de Cubría”, Corte Suprema Argentina, sentencia del 8/9/1992, fallos 315:1943, E. D. 149-245.

30 Caso Martorell, informe 11/96.

31 Opinión consultiva 5/1985.

cional, son válidas únicamente a los casos previstos por el artículo 13.4 de la CADH, si se actúa de buena fe y si se honra la conducta exigible a todo órgano estatal de respetar y promover los derechos esenciales y vigentes, dentro del objeto y fin de los mismos.

4. *Consideraciones sobre la censura previa y las restricciones preventivas en el sistema interamericano*

El tema de la censura y las restricciones preventivas han sido objeto de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-5/85, sobre colegiación obligatoria de periodistas, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), informe número 11/96, “Caso Martorell” y el informe 69/98, caso “La última tentación de Cristo”, el que actualmente se encuentra pendiente de resolución por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A. *Interpretación de la Corte Interamericana*

La Corte Interamericana en la OC-5/85 solicitada por el gobierno de Costa Rica sobre la colegiación obligatoria de periodistas, realiza una interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

a) La censura previa queda prohibida en todo caso y a ella se equipara toda medida preventiva:

...En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por Convención.

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quién lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

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

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

A) Las restricciones a la libertad de expresión son compatibles con la CADH solo si se dirigen a asegurar los fines legítimos establecidos en el artículo 13.2.

B) La Corte Interamericana reconoce la inspiración del artículo 13 de la CADH en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando las diferencias: “En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana, el que sirvió de modelo en parte al artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa” (párrafo 43 de la opinión consultiva 5/85).

A su vez, agrega en el párrafo 50 de la misma opinión consultiva que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y el Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas”.

Así la Corte Interamericana ha determinado que lo prohibido no es solo la censura previa, sino que, además, cualquier medida de carácter preventivo, de acuerdo con el artículo 13.2 de la CADH, siendo posible solo “responsabilidades ulteriores”, expresión que se ocupó intencionalmente para reemplazar las expresiones “ciertas restricciones” que empleaba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.3 que usó de inspiración el artículo 13.2 de la CADH.

El régimen de libertad de expresión por el que opta deliberadamente la CADH es menos restrictivo que los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC y P) y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Como señaló el juez de la Corte Interamericana Pedro Nikken “...lo que es legítimo según el PIDC y P o según la CEDH, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana” (OC5/85, declaración número 5).

Así, la Corte acepta como concepción de la libertad de expresión asegurada en la CADH la “*prior restraint* doctrina o regla de Blacktone”, permitiendo solo la excepción de la censura previa de espectáculos en orden a calificarlos para la protección moral de la infancia y adolescencia, aún cuando la expresión inglesa utilizada por la Convención es “*prior censorship*” (censura previa), aun cuando el resultado es el mismo, ya que lo que se busca es admitir solamente y exclusivamente responsabilidades ulteriores, impidiendo toda acción preventiva que afecta el ejercicio de la

libertad de expresión gubernativa, sea desarrollada por la administración o la judicatura.

B. *La interpretación de la CIDH, informe número 1196, caso 11.230 (Chile) del 3 de mayo de 1996 (caso Martorell): conflicto libertad de expresión y derechos a la privacidad y honor*

Uno de los temas relevantes que han debido ser considerados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es la relatividad de los derechos o su carácter de absolutos en el ámbito de sus propias fronteras (contenido esencial de los derechos). Asimismo, ha debido pronunciarse sobre el tema de la jerarquización de los derechos.

Uno de los casos más relevantes en que ha abordado esta materia es el caso Martorell. En dicho caso los órganos jurisdiccionales chilenos a través de una acción de protección (amparo, en el derecho comparado), en virtud de tutelar el derecho a la honra y a la privacidad, impide el ingreso al país y la circulación del libro *Impunidad diplomática*, ya que se sostiene que dicho texto, bajo el pretexto de describir las circunstancias que llevaron al alejamiento de sus funciones del embajador de Argentina en Chile, se realizan ataques a la honra y privacidad de diversas personas cuya gravedad exigía una solución pronta por ser el perjuicio a la honra de ellas irreparable. Entendiendo además, que la protección a la honra prevista en el artículo 19, número 4 de la Constitución chilena (en términos similares al artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), entraba en colisión con el derecho a la libertad de expresión asegurado por el artículo 19, número 12 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos, considerando legítimo restringir la libertad de expresión en virtud del derecho a la honra de personas privadas. Expresando la Corte Suprema en su sentencia del 30 de junio de 1973, que resolvía el conflicto o colisión de derechos, sosteniendo la primacía del derecho a la honra respecto a la libertad de expresión, atendiendo a la ubicación lexicográfica de dichos derechos en el texto constitucional chileno, donde el derecho a la privacidad y al honor se encuentra ubicado en el artículo 19, número 4, mientras que la libertad de información se encuentra ubicado en el artículo 19, número 12.

La CIDH complementa y ratifica la interpretación ya desarrollada por la Corte Interamericana.

En efecto, la CIDH a propósito del artículo 13.2 de la CADH señala respecto de este principio:

es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los espectáculos públicos para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior.

Así lo reafirma el párrafo 58 de la resolución de la CIDH considerada: “El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación”.

Como lo señala la misma disposición, quién ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que la incumben.

A su vez, frente a la posición de la Corte de Apelaciones y Corte Suprema chilenas que habían sostenido un conflicto de derechos entre la libertad de información y el derecho a la privacidad y honra, resolviéndolo a favor de estos últimos derechos, determinando su prevalencia respecto de la libertad de información, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos invoca los artículos 29 y 32.2 de la CADH de contenido interpretativo, rechazando el planteamiento del Estado chileno de preferir el honor sobre la libertad de expresión:

El artículo 29 establece que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupos personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Por su parte, el artículo 32, párrafo 2o., dispone:

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La Comisión considera que la interpretación de los derechos contenidos en estos artículos no presenta, como sostiene el Gobierno de Chile, un conflicto de diferentes principios entre los que haya que escoger.

Agrega la CIDH que:

la forma de proteger la honra que ha utilizado el Estado de Chile en el presente caso es ilegítima. Aceptar el criterio utilizado por Chile en el caso del señor Martorell implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana.

Al reglamentar la protección de la honra y de la dignidad a que hace referencia el artículo 11 de la Convención Americana —y al aplicar las disposiciones pertinentes del derecho interno sobre esa materia— los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho de libertad de expresión. La censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

El posible conflicto que pudiese suscitarse de la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13.

De esta forma, la CIDH reafirma la posición de la Corte Interamericana, en el sentido de que el ejercicio de la jurisdicción o tutela judicial preventiva de daños a derechos esenciales constituye una censura previa judicial, incompatible con el artículo 13 de la CADH, tanto por su tenor literal y su finalidad, como asimismo, por la interpretación que han desarrollado de la misma institución sus órganos competentes de aplicación, la CIDH y la Corte Interamericana.

De esta forma, solo cabe la consagración de responsabilidades ulteriores como vía legítima exclusiva de restricción de la libertad de expresión, para proteger los derechos de los demás, la seguridad y el bien común.

La perspectiva asumida por la CIDH y la Corte Interamericana se refuerza con algunos principios hermenéuticos básicos aplicables en materia de derechos humanos, entre ellos: 1) la libertad es la regla y las limitaciones son excepciones que deben interpretarse restrictivamente; 2) el principio *favor libertatis* o *pro cives* que obliga a interpretar los derechos en el sentido que permita el mayor desarrollo y ejercicio de ellos, 3) la fuerza expansiva de los derechos.

El artículo 13, párrafo 2o. de la CADH, que permite o autoriza restricciones a la libertad de expresión, debe interpretarse en sentido restrictivo y sólo con las finalidades que prevé el propio texto del artículo 13.

Por otra parte, la protección de la privacidad y del honor mediante responsabilidades ulteriores es una protección efectiva del honor, aunque no tiene eficacia total como no la tiene ninguna norma del ordenamiento jurídico.

La tutela judicial preventiva puede generar niveles de inseguridad importantes, o constituir censura previa cuando no existe una magistratura plenamente independiente del gobierno, o cuando los magistrados no tienen una formación adecuada en materia de derechos esenciales.

Que las sociedades democráticas libres están expuestas a ciertos abusos de la libertad, riesgos que no existen en las sociedades autocráticas autoritarias o totalitarias es un hecho, ya que en estos últimos existen fuertes restricciones a la libertad y el ejercicio de los derechos. Este es el riesgo de asumir la opción de la libertad en una sociedad democrática y sancionar los delitos o los daños producidos a las personas a través de medidas ulteriores y no preventivas.

La interpretación jurídica exige asumir el derecho positivo vigente y la correcta aplicación de las fuentes del derecho existentes en ese ordenamiento jurídico, aplicando el derecho de acuerdo con los valores y finalidades que el propio ordenamiento jurídico establece y no según las particulares concepciones teóricas o axiológicas del intérprete.

En tal sentido, es necesario asumir por parte de todos los órganos del Estado, el deber constitucional de garantizar los derechos esenciales asegurados y garantizados por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados y vigentes. Ello exige la aplicación de los derechos en las condiciones que establecen los tratados para su vigencia, vale decir, como rigen en el derecho internacional, incluyendo las interpretaciones vinculantes de ellos en virtud de su propio sistema jurisdiccional, lo que significa aplicar de buena fe los derechos, en este caso, el derecho a la libertad de expresión en los términos de la opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana y la resolución del informe 11/96 del Caso Martorell, de la CIDH.

En esta perspectiva se sitúa la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha seguido las pautas interpretativas que contribuyen a esclarecer el sentido tanto de las normas de la convención interamericana sobre derechos humanos como el alcance de las propias normas de derecho interno, las opiniones consultivas y sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, el criterio estricto sobre los requisitos que deben reunir las restricciones para que puedan válidamente afectar a la

libertad de expresión legalidad, taxatividad, claridad, necesidad, consagración previa; responsabilidad ulterior; prohibición de la censura directa e indirecta, etcétera, ha seguido de cerca los parámetros hermenéuticos trazados por dicha Corte. De hecho en la sentencia C-010 del 2000, la Corte prohíja la opinión consultiva número 05 del 13 de noviembre de 1985 y, en especial, subraya la trascendencia de su párrafo 59, el cual es del siguiente tenor:

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable u oportuna”.³² Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad”, y por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple con propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.³³

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, precisa el alcance de la libertad de expresión sin censura previa en pleno acuerdo y armonía con las resoluciones y recomendaciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia 1350-97 C21, del 21 de marzo de 1997.

Lo específico de la libertad de expresión:

32 Eur. Court H. R., The Sunday Times Case, Judgment of 26 April 1979, serie A, núm. 30, párrafo 59, pp. 35 y 36.

33 The Sunday Times case, *supra*, párrafo 62, p. 38; véase también Eur. Court H. R., Barthold Judgment of 25 March 1985, serie A, núm. 90, párrafo 59, p. 26, *cit.* por Cifuentes, Eduardo, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

XV. Los artículos 29 constitucional y, sobre todo, 13 convencional son claros al establecer, como una “libertad” o “derecho fundamental de libertad”, el primero el derecho a la expresión y publicación del pensamiento, el segundo el derecho de todos a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier medio de su elección, y la prohibición de la censura previa —salvo en el caso señalado en el inciso 4o., que no viene al caso—. En consecuencia, y en virtud del artículo 28 de la Constitución, la ley no puede invadir *a priori*, o preventivamente, la esfera de esa libertad en sí, ni censurar su contenido, aun si éste ocasione o pueda ocasionar perjuicio a los derechos o libertades de terceros, a la moral o al orden públicos, en cuyo caso tiene que limitarse a definir causales de responsabilidad o sanción *a posteriori*, y nunca por el solo hecho de ejercerla.

XVI. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-5-85 sobre colegiación obligatoria de los periodistas, destacó que las garantías de la libertad de expresión en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir el mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas e informaciones; de allí que los diversos regímenes políticos del continente, a tono con el sistema regional, han venido a exaltar esa libertad, en su sentido positivo, añadiéndole la garantía negativa de la prohibición de la censura previa, a diferencia de la Convención Europea y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan restricciones o limitaciones preventivas, bien que con carácter excepcional y de interpretación restrictivas que, de paso, las propias Constituciones y las jurisprudencias constitucionales e internacionales respectivas se han ocupado de reafirmar y reforzar. En este último sentido, hizo énfasis en esa especial diferencia conceptual e institucional, que no obedece a la casualidad, sino a que los iberoamericanos, más que los europeos, y aún que los propios norteamericanos, ciframos en la más amplia libertad de expresión nuestras mejores esperanzas de consecución y perfeccionamiento del Estado de derecho, de la democracia y de la libertad. Así, mientras, como se dijo, en los sistemas europeos y universal son permitidas ciertas restricciones previas, y en el norteamericano mismo se juega un poco con el sentido de la enmienda de su Constitución, por lo menos para permitir ciertas restricciones en áreas consideradas atípicas, como la propaganda comercial nunca, por cierto, la política o incidentes, en cambio, en la América Latina, tan azotada tradicionalmente por el despotismo y la autocracia, se han considerado deleznable esas licencias, y sólo se ha autorizado la censura previa en el caso de los espectáculos públicos, esto únicamente a efecto de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y de la adolescencia (artículo 134 *idem*).

XVII. Así, pues, el más alto Tribunal Internacional Americano hizo énfasis en que el artículo 13.2 de la Convención prohíbe la previa censura, valga decir, el que ninguna autoridad pueda lícitamente imponerse del contenido de las informaciones o ideas antes o independientemente de su publicación o difusión, ni imponerle condiciones o restricciones que la limiten preventivamente, desde luego sin perjuicio de que sus autores respondan, a posteriori, de los abusos que en su ejercicio puedan cometer. Es más, estos abusos tampoco pueden consistir en la violación de restricciones, legales o administrativas, al derecho de expresarse libremente en sí, como pareos recordarlo el propio artículo 28 de la Constitución costarricense, sino sólo en los daños justificados que se causen al honor u otros derechos fundamentales de terceros, a la seguridad nacional o al orden, la salud o la moral públicos, en todo caso reservados a la ley formal; circunstancias todas estas que, tanto la propia Corte Interamericana, en relación con la libertad de expresión, como esta Sala, en el mismo contexto y en el más amplio de la libertad en general, se han hecho de cargo de explicar, siempre con condiciones y alcances excepcionales y muy restrictivos por cierto; recordando, al efecto, que sólo están autorizadas las responsabilidades “fijadas por la ley” en esta materia como la formal, emanada del Parlamento por el procedimiento constitucional previsto para su emisión, que defina y regule ellas misma, sin delegación, las responsabilidades en cuestión; y que sean, asimismo, necesarias para asegurar, en una sociedad democrática rectamente entendida, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden, la salud o la moral públicos, todos éstos interpretados restrictivamente.³⁴

XVIII. Una vez más, amén de la proscripción de la previa censura —inclusive, desarrollo de luego, las restricciones preventivas al ejercicio de la libertad de expresión en sí—, y de la rigurosa limitación, formal y material de sus restricciones posibles —entendidas, como se dijo, normalmente como causales de responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo, y sólo excepcionalmente como limitaciones de orden público que no afecten su mismo contenido—, tanto la Corte Interamericana (orden público OC-5/85 dit.) como, después, esta Sala (2313-95 dit.), insistieron en la enérgica admonición del artículo 13.3 de la Convención Americana, en el sentido de que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos... o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de las ideas y opiniones”; con lo cual han reafirmado el criterio de la interpretación y aplicación más extensiva posibles de la libertad de expresión y, desde luego, en contra de cualquiera que pretenda

34 Véase de la primera, la OC-5/95, *op. cit.*; de la segunda, las sentencias citadas 2313-95 y, sobre todo 3550-92.

restringirla o limitarla con base en causales creadas ad hoc, o ex post facto, o que la desvirtúen.³⁵

La Corte Suprema de Panamá, en la sentencia citada, entre otras, establece como contrario a la Constitución y los pactos internacionales de derechos humanos la censura previa en materia de libertad de opinión e información:

Es notorio el mandato constitucional concerniente a que la reglamentación del funcionamiento de los medios de comunicación social corresponde de manera exclusiva al órgano legislativo, mediante la aprobación de las leyes correspondientes, según lo señala el artículo 85 de la Constitución reglamentaria del artículo 85 de la Constitución nacional, de donde resulta que la pretensión reglamentaria del artículo 1o. acusado acarrea infracción directa de aquella norma superior. La censura implícita que establece el artículo 1o. en referencia constituye una forma de control que se ejerce previamente a la publicación de un periódico, censura que también es repudiada por las leyes 14 de 1976 y 15 de 1977, ratificadoras de convenios del derecho internacional, según el principio que establece el artículo 4o. de la Constitución nacional, el cual resulta por lo tanto violado.

Frente a la comprobación de que ha sido violada una garantía constitucional básica, representada en el ejercicio sin censura de la libertad de pensamiento, así como otras normas del mismo rango, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que son inconstitucionales los artículos 1o., 29, 30 y 59 del decreto número 66, del 22 de septiembre de 1988, por el cual se reglamentara el artículo 4o. de la Ley 11 de 1978.³⁶

V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE RESTRICCIONES PREVENTIVAS Y CENSURA PREVIA

Teniendo en consideración el bloque constitucional de la libertad de opinión y de información, constituido por las disposiciones constitucionales y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos

35 Sentencia de la Corte Suprema, Sala Constitucional de Costa Rica, 1350/97 C21, del 21 de marzo de 1997, fundamentos jurídicos 15-18, pp. 38-41.

36 Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 12 de marzo de 1990, *cit.* en *Judicium et Vita*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 5, diciembre de 1997, p. 82.

principalmente, es posible establecer algunos parámetros para resolver los problemas relativos a censura y restricciones preventivas:

1. De acuerdo con el artículo 13, párrafo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, cualquier restricción preventiva a la expresión y difusión de un mensaje, constituye censura previa, sin que tenga mayor significación que ello sea producto de una medida adoptada por un organismo gubernamental, administrativo o judicial, con la sola excepción, que debe entenderse en sentido restrictivo, de la norma contenida en el artículo 13, párrafo 4o. de la CADH, referente a los espectáculos públicos, con el único objeto de proteger la moral de la infancia y adolescencia, vale decir, los menores de edad, que carecen de un criterio formado y de suficiente discernimiento crítico.

Debe tenerse presente que la censura previa es admisible, además, en forma temporal, por el lapso estrictamente necesario de acuerdo a las circunstancias, en los casos de estados de excepción constitucional de acuerdo con los artículos 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Políticos de Naciones Unidas y los artículos 39-41 de la Constitución Política de la República.

2. No tiene relevancia jurídica para el otorgamiento de protección constitucional al derecho a la libertad de opinión y de información sin censura previa, que el mensaje sea emitido y difundido a través de diarios, periódicos, revistas, libros, radio, cine, televisión, vídeo, Internet, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación.

3. Salvo los supuestos ya señalados del artículo 13, párrafo 4o. de la CADH y el caso de Estados de Excepción Constitucional legítimamente establecidos de acuerdo a derecho, los tribunales de justicia tienen vedado examinar preventivamente los mensajes, opiniones o informaciones emitidas por cualquier medio a fin de determinar su legitimidad o licitud.

4. En tal sentido, vulneran el bloque constitucional que garantiza la inexistencia de restricciones preventivas y de censura previa (artículo 13, párrafo 2o. de la CADH), las resoluciones judiciales que han emitido algunas salas de los tribunales superiores de Chile (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) que han dictado medidas cautelares que han prohibido la internación al país de libros, las que han impedido preventivamente la difusión de textos o exhibición de producciones cinematográficas, cuyas decisiones constituyen una violación de la vigencia y ejercicio del derecho a la libertad de opinión e información, ellas constituyen sentencias

arbitrarias, y una violación de la obligación de darle eficacia directa e inmediata a los derechos asegurados en la Convención Americana y de adoptar las medidas judiciales (medidas de otro carácter) necesarios para proteger, asegurar, garantizar y promover los derechos esenciales, todo ello de acuerdo con los artículos 5o. inciso 2o., 19, número 12 y 26 de la Constitución en armonía con los artículos 1o., 2o. y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Chile y vigente desde 1991.

5. Los autores de informaciones o de la difusión de ellas están sometidos, como señala el artículo 13, párrafo 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la eventual situación de asumir responsabilidades ulteriores, que pueden ser de distinto tipo, entre ellas las de responsabilidad civil por daños producidos a la honra o privacidad de terceros, o responsabilidades penales por los delitos de injuria o calumnias, entre otras.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA COLISIÓN DE DERECHOS Y SU RESOLUCIÓN EN DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS INTERNO E INTERNACIONAL, EN ESPECIAL EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN O DERECHO DE LA INFORMACIÓN

1. En los casos de colisión del derecho a la libertad de opinión y de libertad de información con otros derechos debe realizarse la ponderación de derechos, buscando reducir al máximo los derechos en conflicto, ya que todos ellos constituyen aspectos derivados de la dignidad de la persona humana, de cada una y de todas las personas.

2. Entre derechos fundamentales no se puede hablar de jerarquía sino de equilibrio, ya que tanto la honra, la privacidad, la libertad de opinión y de información, se encuentran en el mismo nivel de derechos individuales protegidos por la Constitución, además de tener la misma tutela por la acción constitucional de amparo, tutela o protección, como hemos visto en el numeral 4 de este trabajo.

3. La jurisdicción no debe considerar de jerarquía superior unos derechos frente a otros ni siquiera sostener el carácter preferente en forma sistemática de un derecho sobre los otros que son objeto de análisis, lo que impone un obligatorio examen o ponderación de los bienes jurídicos en

tensión o conflicto, a partir del sistema de valores asegurado por el bloque constitucional de derechos en cada caso.

4. La ponderación de los derechos requiere determinar el contenido de cada uno de ellos y sus fronteras o límites internos, así como los límites externos que se derivan de su interacción recíproca. Tal ponderación exige de las resoluciones judiciales una valoración adecuada y razonable del contenido y alcance de los derechos, teniendo en consideración el bloque constitucional de ellos y la correcta consideración de las fuentes del derecho constitucional, evitando afectar el núcleo esencial de los derechos asegurados y concretar una afectación desproporcionada de cualquiera de ellos.

5. La ausencia de ponderación, la desproporcionalidad de ella o su carácter claramente irrazonado genera una sentencia o resolución judicial írrita, lo que en muchos países de América Latina y Europa permite recurrir al amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional si se ha afectado un derecho por su ponderación manifiestamente desproporcionado o irrazonable o por afectación del ejercicio legítimo del derecho (en América Latina, puede concretarse en Bolivia, Perú, Guatemala, Colombia, entre otros países; y en Europa, en España, Portugal, Alemania, Austria, para sólo señalar algunos ejemplos).

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional de España 227/92, en su fundamento jurídico segundo, deben tenerse presentes diversos elementos para ponderar los derechos:

En particular, estando implicado el derecho a comunicar información, serán circunstancias relevantes en esta ponderación: la materia de la información, su interés público, su capacidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre, el carácter público o privado de la persona objeto de la información, así como el medio de información, es decir, si se ha difundido por un medio de comunicación social.

En la ponderación de derechos en colisión debe necesariamente aplicarse el principio de proporcionalidad, cuyos elementos básicos son los siguientes:

- a) Existencia de una finalidad legítima y permitida expresamente por la Constitución y los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos.

- b) Existencia de idoneidad o utilidad de la restricción para la finalidad legítima exigida, la que debe ser de carácter legal.
- c) Existencia de una estricta necesidad de restringir el ejercicio del derecho afectado, vale decir, que no existe otro medio idóneo para alcanzar el fin que sea menos restrictivo respecto del derecho
- d) Determinación de que el daño que se provoca con la norma jurídica sea menor que el beneficio producido para el bien común. Cuya carga de la prueba recae en el órgano o autoridad competente que establece la restricción del ejercicio del derecho.

Tales parámetros desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia comparada e internacional, son verificables racionalmente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Hadyside (1976); Sunday Times (1979); Lingens (1986); Tobstoy Miloslawky (1994) y Goodwin (1994).

En el caso de Uruguay, el profesor Esteva Galicchio, demuestra que la jurisprudencia uruguaya sostiene la misma perspectiva “cuando se verifica una colisión de derechos entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor y a la intimidad, debe estarse a una ponderación de intereses.

La libertad de información (y de expresión) está indisolublemente ligada al pluralismo político, el que a su vez, constituye uno de los cimientos del funcionamiento del Estado democrático.

Por consecuencia, en esta perspectiva, la injerencia en el ámbito del honor ajeno encuentra su justificación en la causa del interés público, en el del interés general; precisamente porque, en tales casos, el derecho lesionado (honor ajeno) aparece como un valor menor frente al derecho de la sociedad a formarse opinión sobre asuntos sociales, económicos, políticos, etcétera que, en definitiva, posibilita la participación consciente y responsable del ciudadano en la vida pública.

...no bastará que se persiga el objetivo de participar en la formación de la voluntad política que recogiera la ley del 6 de abril de 1805 y luego el texto constitucional del Estado de New York: la publicación de un libelo no es un delito, si el contenido difamatorio es verdadero y si quien lo publicó puede demostrar que esas cosas debían ser publicadas para beneficio público.³⁷

37 LJU número 13.724, julio-agosto de 1999, t. 120, pp. 34 y ss.; TAP 2o., núm. 44/99, del 13 de marzo de 1999; Gómez, Mata, Núñez, *cit.* por Esteva Galicchio, Eduardo, “Libertad de opinión e

Dicha posición es asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido (SSTC 62/82, 35/85, 65/86, 160/87, 6/88, 19/88, 37/89, 113/89, 138/89, 178/89 y 154/90), tienen especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/89 —en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental—, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos, y a exigir que toda la acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos (STCE 85/92, FJ4).

6. La posición preferencial del derecho a la libertad de opinión e información cuando entra en tensión o conflicto con otros derechos debe cuidarse que el contenido fundamental del derecho no sea desnaturalizado o incorrectamente relativizado.

Así lo sostiene en forma uniforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español:

...Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución, ...exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entra en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados... por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fun-

información y el derecho a la privacidad y a la honra, en la doctrina, normativa y jurisprudencia del Uruguay”, *Revista Ius et Praxis* (en imprenta), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 6, núm. 1, p. 11.

damental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni correctamente relativizado (STC 159/86, FJ6).

En el mismo sentido se encuentran, entre otras, las siguientes sentencias del mismo Tribunal Constitucional: 179/90, fundamento jurídico 5o.; 85/92, fundamento jurídico 4o.; 219/92, fundamento jurídico 2o.; 336/93, fundamento jurídico 4o.

7. Ello implica determinar si se ha hecho uso legítimo de la libertad de opinión y de información tal como ellos han sido delimitados en la Constitución y el derecho convencional internacional de los derechos humanos válidamente ratificado y vigente, en cuyo caso dicho ejercicio legítimo del derecho actúa como causa excluyente de la antijuricidad.

Como ha determinado el Tribunal Supremo Español uniformemente desde 1988 y lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Español:

Debe, por ello, establecerse que en el conflicto confluyen dos perspectivas que es preciso integrar: la que enjuicia o valora la conducta del sujeto en relación con el derecho al honor que se dice lesionado y aquella otra, cuyo objeto es valorar dicha conducta en relación con la libertad de expresión o información en ejercicio de la cual se ha invadido aquel derecho.

La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el resultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegararlo en el supuesto contrario (STC 107/88, FJ2).

En el mismo sentido, existen otras sentencias del Tribunal Constitucional Español, entre ellas la 20/90 y la 336/93, fundamento jurídico 4o.

8. La ausencia de ponderación genera una resolución judicial arbitraria e irracional.

El Tribunal Constitucional Español analiza la alegación por el periodista acusado como causa justificativa de su conducta y como eximente “el ejercicio legítimo de un derecho”, establecida en el artículo 8.11 del Código Penal español, además de considerar el Tribunal Constitucional la ausencia de ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, actuando

sólo sobre la base de disposiciones penales, lo lleva a otorgar protección constitucional al periodista a través del amparo. El razonamiento del Tribunal Constitucional en ambos considerandos es el siguiente:

Es claro que cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber obrado —en el ejercicio legítimo de un derecho— (artículo 8.11 del Código Penal) lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico. Así pues, en el caso que nos ocupa, partiendo del análisis de los hechos y de la legalidad penal aplicable, resulta forzoso para el juzgador realizar esa ponderación por un lado, entre la lesión invocada por el denunciante como producida a su derecho al honor y constitutiva, a su entender, de un hecho antijurídico, típico y punible, y, por otro lado, el derecho fundamental del artículo 20.1 de la Constitución reiteradamente citado por el denunciado en todos sus escritos y comparecencias como justificativo de su acción.

En esa obligada ponderación, el juez penal debió valorar, desde luego, el contenido mismo del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar al honor del denunciante no sólo en su faceta íntima o privada sino en cuanto derivara sólo de su gestión pública como titular de un cargo representativo, y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la inexistencia o la existencia de *animus injuriandi*. Una vez realizada por los jueces del orden penal esta ponderación, esto es, introduciendo por la fuerza en el enjuiciamiento del *factum* penal la perspectiva constitucional en torno a los derechos fundamentales en juego, este Tribunal Constitucional poco tendría que decir, habida cuenta del artículo 117.3 de la Constitución y del 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a no ser en el supuesto de que tal apreciación de legalidad (no desprovista de su dimensión constitucional) hubiese sido claramente irrazonada (sentencia del Tribunal Constitucional 120/1983, de 15 de diciembre, F. 3o.).

En el caso presente lo que nos lleva al otorgamiento del amparo no es una discrepancia respecto a la ponderación de bienes y derechos fundamentales, sino la inexistencia de tal ponderación por parte del juez de instrucción en su segunda sentencia de apelación, esto es, la de 29 de marzo de 1985.

Dada la evidente perspectiva constitucional del caso, el juez no estaba obligado a otorgar preferencia a uno o a otro de los derechos en juego, pero sí estaba obligado el artículo 53.1 de la Constitución a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de la libertad de opinión y de la libertad de información a través de la prensa del periodista cuyo artículo se enjuiciaba. Lo que no pudo es razonar y fallar aplicando e interpretando

exclusivamente los artículos 460, 570 y 586 del Código Penal sin tener en cuenta, como es obligado, la proyección que sobre ellos tienen la libertad consagrada en el artículo 20 de la Constitución, cuya mención y análisis omite por completo.

9. En el caso de la ponderación de la libertad de opinión o de información con otros derechos, debe tenerse presente que la libertad de expresión, la opinión pública libre, condición del ejercicio de los demás derechos en que se basa el sistema democrático, constituyen una garantía institucional de la democracia.

Así lo señala el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia 168/86, fundamento jurídico 3o., que:

...se impone siempre una ponderación entre uno y otro, sin olvidar que en esa ponderación el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático.

Tal perspectiva, señala el mismo Tribunal Constitucional Español, constituye a la libertad de expresión e información en un valor preferente, por ser garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrático: “Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática” (STCE 172/90, FJ 2).

La posición preferente de la libertad de información en conformidad con los parámetros de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es afirmada también por la Corte Constitucional de Colombia: Esta posición preferente de la libertad de expresión como garantía de la opinión pública sirve para resolver las dudas a favor de tal libertad (*in dubio pro libertate*); sin embargo, el valor preferente de esta libertad declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares que atentan o vulneran otros derechos fundamentales también reconocidos y protegidos por la Constitución.³⁸

38 Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-403 de 1992.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha reconocido también el carácter de derecho preferente y garantía institucional del derecho de libertad de prensa.

En efecto, la reciente sentencia 253/1999 de la CDJ señala: este derecho “...la libertad de prensa..., más que individual es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente”.

Refirió a que es una “garantía institucional para la vida en democracia”; “sin ella no es posible ejercer el control por parte de los individuos hacia aquél” (sistema que comporta el Estado); es una “garantía institucional del orden estatal libre y democrático” “se trata... de derechos tan trascendentes que pueden ser ubicados en un plazo superior al de los otros derechos civiles, pues ello depende de la estructura de las relaciones entre el poder y la libertad”.

Esa ubicación como derecho preferente surge de la función que cumplen como contribuyentes de la formación pública libre, inherente a todo sistema democrático, no tendrá tal situación de preferencia cuando no contribuyan a ese objetivo. “...la prevalencia deriva fundamentalmente del interés público que posea la manifestación realizada” “Lo importante es establecer si esos derechos se han ejercido dentro de los límites internos que le otorgan esa preferente posición, lo que de ser así les confiere un estatuto de imposición sobre cualquier otro derecho que entre en conflicto o colisión con ellos”.³⁹

Esos límites internos son la verdad y el interés público, lo que significa que la libertad de expresión no es ilimitada, por lo que, en caso de perder la preferencia de posición, el conflicto deberá resolverse evaluando el otro bien constitucional en juego.

Lo importante es que la información pueda afectar a intereses ajenos, a intereses sociales, que pueda incidir en la formación de la opinión pública y que esté en unión con ella, todo esto es lo que justifica su conocimiento, independientemente de que en la información esté involucrada una persona pública o privada.⁴⁰

39 Cfr. Muñoz Lorente, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, p. 150.

40 Véase *ibidem*, *op. cit.*, pp. 168 y 169; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, p. 123. SCJ, núm. 253 del 13 de octubre de 1999 (De Marco, Alonso; Mariño Chiarlone, Marabotto y Martínez, Cairolí (r.), Núñez).

10. La fuerza expansiva de la libertad de opinión e información obliga a una interpretación restrictiva de sus límites externos, entre ellos el derecho a la honra y a la privacidad, lo que ha sido uniformemente sostenido por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VII. CONSIDERACIONES DE LOS CRITERIOS UTILIZADOS EN DERECHO COMPARADO PARA RESOLVER LAS TENSIONES O CONFLICTOS ENTRE LA LIBERTAD DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA HONRA Y LA PRIVACIDAD

1. En primer lugar debe distinguirse si estamos en presencia del derecho a la libertad de información o de opinión.

La libertad de opinión constituye la exteriorización del pensamiento que se expresa a través de juicios de valor o ideas, las cuales no son susceptibles de probarse científicamente. Respecto de ellos no puede exigirse imparcialidad o veracidad ya que por su naturaleza son de carácter subjetivo, respondiendo al enfoque o perspectiva de la persona con todas sus vivencias y condicionamientos sociales y culturales.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha determinado que “...la garantía constitucional de la libertad de expresión... fue creada para asegurar el irrestricto intercambio de ideas con el objeto de provocar los cambios políticos y sociales deseados por el pueblo...”.⁴¹

La Corte Constitucional Alemana ha llegado a sostener que la libertad de expresión es el fundamento de otras libertades: “*the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom* (Cardozo)...”.⁴²

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que la libertad de expresión es “una de las condiciones de base para el progreso de las sociedades democráticas y para el desarrollo de los individuos”.⁴³

El Tribunal Constitucional Español siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Lingens versus Kreisky”, afirma que en el ejercicio de la libertad de opinión (expresión),

41 Caso “New York Times vs. Sullivan”, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 376 US 254 (1964).

42 Corte Constitucional de la República Federal Alemana, Bverf Ge 7, 198, 208.

43 Sentencia Handsyde del 7 de diciembre de 1976, Serie A, núm. 24, párrafo 49.

no es susceptible de prueba de veracidad, a diferencia de la libertad de información.

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artículo 20.1.d) de la Constitución, y, por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de la veracidad que es aplicable a ésta... (STC 165/87, FJ. 10).

En el mismo sentido se encuentran otras sentencias del Tribunal Constitucional Español, entre ellas, la sentencia 172/90 fundamento jurídico 3o.; la sentencia 223/92, fundamento jurídico 2o.; 15/93, fundamento jurídico 2o.

Esta perspectiva ha sido asumida por la excelentísima Corte Suprema de Chile en sentencia del presente año, en la acción de protección contra el diario *El Mercurio de Santiago* del magistrado y ex presidente de la Corte Suprema señor Servando Jordán, en el cual el ministro Jordán pretendía rectificar una opinión editorial del diario. La Sala Penal de la excelentísima Corte Suprema especificó que las opiniones pueden ser rectificadas sólo en el caso en que se fundamenten en hechos falsos, y en este caso “las informaciones que sirven de fundamento al artículo editorial donde se emiten los decires que el recurrente pretende sean rectificadas no son falsos en lo substancial, si corresponden a una distorsión de la realidad”.

La Corte Suprema ratifica en la sentencia de este recurso de queja el fallo de la Corte de Apelaciones que establecía que el derecho a replica se refiere sólo a la información y no al derecho a la libertad de opinión.

La Corte Suprema en el fallo de esta queja determina que

una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico obliga a este sentenciador a considerar el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y publicado en el *Diario Oficial* del 29 de abril de 1989, en cuya virtud se establece que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”.

El fallo añade que

en principio no es razonable ni admisible sostener que las opiniones vertidas en los medios de difusión sean susceptibles de rectificación o aclaración. En la más estricta lógica no puede atribuirse a la crítica el carácter de falsa. Se puede convenir o discrepar de las opiniones contrarias al propio punto de vista, pero en principio no resulta lógica ni jurídicamente admisible la pretensión de rectificar tales juicios, salvo que se verifiquen los presupuesto que se examinarán en el considerando siguiente.

La sentencia determina que el editor, en este caso, tuvo la intención de llamar la atención sobre materias que en su concepto estimaba preocupantes, entre ellas:

la crítica a los procedimientos judiciales; lo excepcional que resulta en el mundo de hoy el ejercicio de acciones por parte de la magistratura contra la prensa; la aparente desigualdad de condiciones de los litigantes, pues uno de ellos es superior jerárquico del juez de la causa; la conducta del sr. ministro recurrente en orden a ejercer acciones contra la prensa, la gran publicidad que obtiene la prisión de los que se desempeñan en ese ramo; el reproche al gobierno y a determinados partidos políticos por no modificar la legislación de prensa como lo plantearon desde un principio, y la discrecional aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado en perjuicio de los medios de comunicación, omitiendo su empleo contra los responsables de conductas violentas que quebrantan el orden y alteran la paz social.

La Sala Penal de la Corte Suprema chilena concluye, en forma categórica, que las impugnadas son opiniones y no noticias o informaciones, rechazando el recurso de queja.

La facultad de las personas de emitir opiniones y realizar una crítica acerba de los agentes y órganos estatales (gobierno, administración, parlamento, tribunales de justicia), es inherente al régimen democrático.

En el caso “Dager contra QAP”, la Corte Constitucional de Colombia afirma que “el personaje político debe estar dispuesto a soportar ataques o afirmaciones caústicas usuales en la batalla política, ya que él mismo la posibilidad de contrarrestar las críticas mediante el empleo de otros medios políticos” (sentencia T-080 de 1993).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español, en el caso de las expresiones del periodista José María García en su crítica al señor Roca, presidente de la Federación Española de Fútbol, señaló:

La crítica de una conducta que se estima comprobada de un personaje público puede ciertamente resultar penosa —y a veces extremadamente penosa— para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. En este contexto, es claro que se trata —independientemente de la justicia de las apreciaciones realizadas— de evaluaciones de una actuación concreta, y no de meros insultos o descalificaciones de su función pública dictadas por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple.⁴⁴

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en forma expresa como derecho fundamental el derecho a la comunicación:

...el derecho a la comunicación tiene un sentido mucho más amplio, pues su núcleo esencial no consiste en el acceso a determinado medio o sistema, sino en la libre opción de establecer contacto con otras personas, en el curso de un proceso que incorpora la mutua emisión de mensajes, su recepción, procesamiento mental y respuesta, bien que ello se haga mediante el uso directo del lenguaje, la escritura o los símbolos, o por aplicación de la tecnología.

La Constitución no destina un artículo específico a la garantía del aludido derecho, pero éste sale a flote, como propio e inalienable de toda persona, cuando se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, entre otros; los consagrados en los artículos 5o. (primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (prohibición forzada y de tratos inhumanos o degradantes), 15 (inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 20 (libertad personal), 37 (libertad de reunión), 40 (dere-

44 Sentencia Tribunal Constitucional Español, STCE 105/90, fundamento jurídico 8o.

cho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 73 (derecho de acceso a los documentos públicos) y 75 (igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético), garantías todas éstas que carecerían de efectividad si no se asegura que la persona goza de un derecho fundamental a comunicarse.

Aunque ello no fuere así, la ausencia de nominación, definición o referencia expresa de un derecho en los textos positivos, no puede asumirse como criterio de verdad para negar que exista. Tal es el sentido del artículo 94 de la Constitución Política, según el cual la enunciación de los derechos y garantías, tanto en su propio articulado como en el de los convenios internacionales vigentes, “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Dentro de ese criterio, que excluye toda concepción literal y taxativa de los derechos —como corresponde a un sistema jurídico que prohija el respeto a la dignidad humana—, no cabe duda de que la naturaleza racional y sociable del hombre, no menos que su excepcional aptitud para la expresión verbal y escrita, hacen indispensable, para su desarrollo individual y para la convivencia a la cual tiende de manera espontánea, la posibilidad de establecer comunicación con sus congéneres.⁴⁵

En la misma perspectiva y sentido se han pronunciado los tribunales en Paraguay. Al respecto, reproducimos sentencia de apelación en lo criminal, del 10 de junio de 1996, la cual precisa en sus fundamentos jurídicos lo siguiente:

Es por ello que debe detectarse ineludiblemente en la acción, la malicia indispensable para el castigo de una publicación periodística, a través de frases o palabras, las que han de ser procaces, soeces o groseras, las que necesariamente, sin confundir lo que solo es jocoso o hilarante, con lo que realmente sea ofensivo o injurioso.

La crítica periodística, en la que se inserta la frase considerada difamante e injuriosa por el querellante, se enmarca dentro del contexto general del desarrollo de la Convención Nacional Constituyente del año 1992. En efecto, el querellante se desempeñaba a la sazón, como Delegado Convencional Constituyente, por tanto en ejercicio de un trabajo considerado OFICIAL. Había participado en la redacción de un trabajo en una Comisión

45 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-032 del 6 de febrero de 1995, ministro ponente Hernández Galindo, José Gregorio, *cit.* en *Iudicium et Vita*, San José, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 5, diciembre de 1997, pp. 36 y 37.

especial según lo afirma. “...Para sorpresa mía, el día de ayer, 11 de febrero del cte. año he recibido un injusto, distorsionado y alevoso ataque de parte de la prensa escrita sobre mi participación, en el proyecto presentado en la forma referida recientemente y con los antecedentes mencionados, en el cual se me indica como...”

Como vemos, la crítica no va dirigida a la persona del querellante individual o particularmente consideradas, sino a su actuación en su carácter de hombre público en ejercicio de una función OFICIAL, y como autor de un trabajo de la Comisión a la que pertenecía en la Convención Nacional Constituyente.

Nuestro Código Penal, en su artículo 381, presume la buena fe, o lo que es lo mismo, presume la falta de intención criminal “...en la crítica... de los trabajos... OFICIALES.

El ilustre redactor de nuestro actual Código penal, el doctor Teodosio González, al comentar el artículo 381 dice “...sobre estas cosas, la sociedad entera tiene el derecho de conocer la verdad y de impugnar las mentiras e inexactitudes que en ellas aparezcan; de lo contrario, el progreso general y los intereses del Estado, sufrirían una traba considerable. El autor que emite esas obras, se somete voluntariamente y somete su obra a la exhibición y discusión públicas y la crítica debe tener a su respecto completa independencia de criterio, sopena de lesionar el derecho a la verdad, que es un derecho social. Nada importará, pues, que estas críticas ridiculicen o mortifiquen el autor, que le perjudiquen en la fortuna o reputación. El *animus corrigendi*, en aras del bien general, excluye el *animus injuriandi*. No obstante, la crítica, para ser a su vez respetable, debe encuadrarse en los límites de la apreciación de la obra y no, con ese pretexto, meterse en la vida privada del autor o hacer imputaciones de hechos, que ninguna relación tienen con el asunto de que se trata”. “Tratado de Derecho Penal”. Edic. 1928, III tomos, págs., 135.

El ciudadano político adquiere notoriedad e importancia por la misma FUNCIÓN PÚBLICA que desempeña, más todavía si tenemos en cuenta que el querellante, al tiempo de los supuestos delitos, era Delegado Convencional en la Constituyente del año 1992; por tanto, tenía una función pública especial y notoria; y por ello mismo es que la ciudadanía en general, de la que la prensa se constituye en portavoz, tienen el legítimo derecho a criticar y escudriñar las acciones y/o actitudes de los funcionarios públicos, en lo que atañe a la función pública desempeñada por los mismos.

Enfocada así este punto, vemos entonces que la auténtica interpretación de la libertad de expresión —principio constitucional— se constituye en el derecho que tiene la ciudadanía a participar en debates activos, públicos, firmes y desafiantes, respecto de todos los aspectos vinculados al funciona-

miento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que dé lugar el derecho a la libertad de expresión genera inevitablemente discursos críticos e incluso ofensivos para quienes participan del debate desde la esfera del Poder Público, y mucho más aun, cuando ha ocurrido en el caso sub-exámine, en el seno mismo de un debate convencional constituyente, en donde se estaba forjando el perfil del derecho constitucional de la libertad de expresión de la República.

La crítica política implica la emisión de juicios de valor, y en este sentido, si admitimos criminalidad en las publicaciones periodísticas como el de marras, las limitaciones que acarrearían —censura—, afectarían no solo a quienes se silencian directamente con una condena, sino que alcanzarían, por lo menos, en sus efectos, al conjunto de la sociedad, verdadero propietario del derecho a la libertad de expresión.

En una sociedad democrática los políticos están más expuestos a la crítica de la ciudadanía que en un régimen no democrático, y la necesidad de que exista un debate abierto amplio, es crucial para la vigencia plena de un verdadero Estado de derecho, y debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación de leyes fundamentales —Constitución Nacional— dado que estas personalidades públicas, están en el centro del debate público, y se exponen a sabiendas al escudriño de la ciudadanía, y por ello, deben demostrar mayor tolerancia hacia la crítica. En el caso en examen, si bien el encausado utilizó palabras que por sus connotaciones pudiera afectar el honor del querellante, el artículo en cuyo marco se han vertido dichas frases, hacen referencia a problemas de gran interés para toda la nación.

Si proclamamos en nuestra Ley Fundamental, la vigencia del pluralismo, la tolerancia y la irrestricta libertad de pensamiento y de ideas, dicha libertad de pensamiento y de ideas, dicha libertad debe abarcar no solo a la información o ideas favorables, sino también a aquellas que son capaces de perturbar, molestar hasta ofender. La simple información o la crítica desfavorable molestan y hasta ofenden, pero una sociedad que se precia de ser verdaderamente democrática, no puede ser, ni intolerante, ni mucho menos adepta a prejuicios personales, en desmedro de la vigencia de los principios del pluralismo, tolerancia y amplitud del debate político.

Toda interpretación a las restricciones a la libertad de expresión, debe juzgarse en referencia al marco constitucional y sus principios fundamentales. Todo Juez debe interpretar y aplicar las leyes a fin de resolver los conflictos sometidos a su arbitrio, pero debe hacerlo siempre teniendo en vista el orden de prelación constitucional. Dicho de otra manera, el Juez siempre debe interpretar y aplicar primeramente la Constitución Nacional, y luego por interacción, penetrar en el marco de las demás leyes oír vía de adecua-

ción e inferencia, y de este modo seguir aplicando los principios de la Ley fundamental, en perfecta armonía entre ésta y las demás leyes inferiores en la escala de prelación.

En este orden de ideas, finalmente evocamos las disposiciones de los siguientes artículos de la Constitución Nacional en fundamento de las consideraciones vertidas ut-surpa, así los artículos 1o., 26-29, 117 y en especial el artículo 128 que trata de la primacía del interés de los particulares primará sobre el interés general... Todos estos principios en concordancia con las disposiciones del artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y Disposiciones Análogas de la Declaración Americana de Derechos Humanos y los artículos 370 y 381 del Código Penal.⁴⁶

En la República Argentina, la película ‘Crash, Extraños Placeres’, calificada para mayores de 18 años, fue objeto de una acción de amparo ante la magistratura solicitando la prohibición absoluta de su exhibición, pro existir en ella una exaltación de los accidentes del tránsito como medio para obtener excitación sexual, alentando la comisión de lesiones y delitos culposos.⁴⁷

En dicha sentencia judicial se emiten diversas consideraciones pertinentes y adecuadas en sus fundamentos que es necesario reproducir de acuerdo al texto redactado por Bianchi y Gullco, los cuales son los siguientes:

la libertad de expresión comprende a las obras cinematográficas...; los jueces no pueden censurar anticipadamente una obra cinematográfica u otra forma de expresión; sí pueden y deben hacerlo si la expresión ha sido ya emitida y ella encuentra límites en otros bienes constitucionalmente protegidos; de la apreciación del filme en su conjunto, que el a quo vio íntegramente, no se advierte que persiga o pueda causar los efectos que le atribuye el actor...; el filme atacado no contiene un fin panfletario y las situaciones que describe, lejos de proponer su emulación, llamarían a la reflexión individual sobre la deshumanización de las conductas y crisis de valores en determinada sociedad; la calificación administrativa asegura que los espectadores del filme no son ni serán personas sin aptitud para poder por sí mismas de determinar el valor o disvalor de la obra; el juez, para hacer un juicio de valor en un caso como éste, no puede acudir a patrones

46 Sentencia de Tribunal de apelaciones en la criminal, Primacia Sala del 10 de junio de 1996, revocatoria de sentencia de primera instancia que condenó al querellado por delito de difamación, *cit.* en *Iudicium et Vita*, San José, núm. 5, diciembre de 1997, pp. 84-86.

47 El fallo es en autos ‘Dalbon, Gregorio c/responsables, Crash-Extraños Placeres s/amparo’, núm. 95.237 del Juzgado Nacional Civil núm. 89 del 28 de noviembre de 1996.

abstractos ni tampoco a los subjetivos propios de él, sino a los estándares promedio de la sociedad, de su tiempo y de su circunstancia.

La vía procesal escogida —el amparo— sólo puede proceder en los casos en que restrictivamente lo determina la ley, “cuando el acto u omisión lesione, restrinja, altere o amenace el derecho o garantía con arbitrariedad o ilegalidad se muestre como algo descubierto, patente, claro, o inequívoco, incontestable, cierto, ostensible, palmario, indudable, conforme lo establece la doctrina y la jurisprudencia...

la obra cinematográfica es —por definición— el producto de la imaginación, la concreción de una idea, lo que torna difícil la consumación de una instigación o incitación para la comisión de delitos. Por ello, es improcedente la acción de amparo deducida para que se prohíba la proyección de una película.

la garantía constitucional de la libertad de expresión no puede ser vulnerada por la prohibición de exhibir una película cinematográfica, pues su exhibición no puede ser considerada como un acto que lesione en forma arbitraria o ilegítima algún derecho o garantía, máxime si el comportamiento que, según el actor, provocaría en los espectadores, es eventual o hipotético.

La vigencia de la ley 16.986 subsiste con posterioridad a la consagración expresa del amparo en el artículo 43 de la Constitución Nacional, reformada en 1994, siempre que no contradiga y pueda considerarse una reglamentación razonable del mencionado artículo.⁴⁸

La libertad de opinión puede ser efectada en su ejercicio solo en los casos de la doctrina del “peligro claro y actual”.

Ella consiste en que “el Estado se encuentra facultado para interferir en las acciones de los individuos cuando tal interferencia es necesaria para satisfacer algún interés público relevante.⁴⁹

En el precedente “*Schenck vs. United States*”, de la Corte Suprema Norteamericana aplicó la doctrina del “peligro claro y actual” cuando determina: “La cuestión en cada caso depende si las palabras han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y de grado”.⁵⁰

48 Véase Bianchi, E. T. y Gullco, H. V., *op. cit.*, pp. 178 y 179.

49 *Ibidem*, p. 70.

50 *Ibidem*, pp. 70 y 71.

En el caso “Dennis” y “Xates vs. United States” la Corte Suprema Norteamericana comenzó a distinguir entre la defensa de “una doctrina abstracta” que no es punible y la defensa de una doctrina dirigida a promover una acción ilegal, que sí era punible, que urge actuar en el sentido precisado por la doctrina y no sólo llama a crecer en dicha doctrina.

En tal caso “Branderburg vs. Ohio”, donde un dirigente del “Ku klux Klan” había pronunciado dos alocuciones ante un grupo reducido de personas en los que se sostenía que los judíos debían ser devueltos a Israel y los negros a África, así como, que el gobierno de los Estados Unidos seguiría con su política de opinión a la raza blanca, ésta debería tomar represalias. Ante la condena de dicha persona, basada en una ley que consideraba delictivo asociarse voluntariamente en cualquier grupo formado para enseñar y defender las doctrinas del “sindicalismo criminal”, la Corte Suprema revocó tal fallo, señalando: “las garantías constitucionales de la libertad de prensa y expresión no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando tal defensa del uso de la fuerza está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilegal y es probable que aquélla incite o produzca tal acción”.

En el caso “Cohen vs. California”, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que un discurso no puede ser objeto de sanción por el solo hecho o circunstancia de que aquel es considerado “ofensivo” para la mayoría de la población.

La restricción de la libertad de expresión sólo puede concretarse si ella es apta para provocar actos inmediatos de violencia.

Ésta es la doctrina de “fighting words”, de acuerdo con la cual, ciertas expresiones de carácter grosero u ofensivo no merecen ser protegidas ya que no contribuyen significativamente al debate público de ideas, o porque tienden a producir una reacción violenta en el oyente medio, provocando una alteración del orden público.

Los discursos que promueven el odio racial y religioso que se dirige respecto de determinadas personas constituye una injuria ya que afecta el honor y reputación de la víctima, lo que implica tener en consideración, además, las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 4o.) y la CADH (artículo 13.5). Así tales expresiones injuriosas deben ser sancionadas penal y civilmente.

La información, a diferencia de la opinión, es la elaboración de un juicio de ser de una situación o de un hecho.

Sin embargo, los comunicadores a menudo presentan hechos evaluados, por lo que la información se condiciona mutuamente a la opinión de una idea o juicio de valor, incidiéndose recíprocamente.

La libertad de información incluye, como ya hemos visto, la libertad de recibir, comunicar, publicar y difundir informaciones (hechos o acontecimientos) o juicios de valor o ideas sobre tales hechos y acontecimientos en beneficio del acceso pleno a las fuentes de información, sin lo cual se bloquearía la libertad de información.

En la obtención de la información el periodista, reportero, corresponsal, o persona normal, tiene derecho a realizar los contactos que considere pertinentes, recibiendo legítimamente la información, con la única condición de que la información, por su naturaleza y finalidad, vaya “dirigida al público”.⁵¹

Para la existencia de una información auténticamente libre se exige que la legislación garantice la confidencialidad de la fuente y el secreto profesional periodístico, el cual requiere como la otra cara de la moneda, un adecuado código de ética profesional y el uso legítimo de la información, evitar la calificación no relacionada directamente con la información y el uso de injurias o calumnias que afectan desproporcionadamente e irrazonablemente, sin necesidad, la honra de las personas y su familia.

El derecho a recibir información obliga a los Estados a no realizar actos y conductas u omisiones destinadas a evitar o limitar la libre recepción de la información de carácter público, como de relevancia pública o destinada al público, así como, el deber de promover las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio, eliminando los obstáculos o trabas factuales, jurídicas o conductuales que afecten o entorpezcan a través de limitaciones, controles o formalidades desproporcionadas o irrazonables la recepción de la información (Caso Austria vs. Suiza, TEDH sentencia de mayo de 1990).

En tal sentido, el ordenamiento jurídico debe establecer la obligación de las autoridades públicas gubernamentales, administrativas, legislativas, judiciales o jurisdiccionales, con excepción del secreto que debe estar regulado por ley, dentro de límites razonables, la comunicación y entrega de información sobre toda materia de relevancia pública.

51 Véase *Cortes Generales, 25 años de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1959-1983*, Madrid, 1984, pp. 350- 370.

A su vez, la libre difusión de informaciones u opiniones tiene como límite la confidencialidad, que puede emanar de personas naturales o personas jurídicas.

Como lo ha determinado en diversas oportunidades el TEDH (asunto “Sunday Times”, de 26 de abril de 1979; Graupera Radio A. G., 28 de marzo de 1990), sin que pueda distinguirse la finalidad lucrativa o no de la información (caso Bartholo *vs.* República Federal de Alemania; caso Casado Coca en España), ya que la libertad de información cubre los mensajes publicitarios, religiosos, políticos musicales, comerciales, artísticos.

La libertad de información y a comunicar y recibir libremente información, garantiza además del derecho de las personas, un interés constitucional básico en una sociedad democrática, la formación y mantenimiento de una opinión pública libre, condición previa, requisito esencial y necesario para el ejercicio de los demás derechos inherentes al funcionamiento de una sociedad democrática, lo que requiere una información amplia, diversos enfoques y posiciones, a veces contrapuestos, a veces que implican críticas duras e incluso injustas.

Ello implica asegurar la garantía de una opinión pública libre, lo que se encuentra indisolublemente vinculado al pluralismo político.

Esta doble perspectiva de derecho de la persona a informar y a opinar libremente sobre los asuntos de relevancia pública, el derecho de las demás personas a recibir tales opiniones e informaciones, asimismo, que ello forma parte de la generación de la opinión pública y del pluralismo democrático, exige una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio.

Así, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos o intereses de relevancia social, deben ponderarse las restricciones que puedan derivarse de dicho conflicto, de tal manera que no afecte el núcleo esencial de la libertad de información sin censura previa, dada su importancia institucional, con objeto de no desnaturalizarlo ni relativizarlo erróneamente. El artículo 13 CADH determina que la zona de intervención legítima del Estado en materia de libertad de información y opinión se produce cuando ella interfiere afectando los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad (afectación del orden público, la seguridad nacional y la salud o moral pública).

La libertad de información en la medida que es un derecho de doble vía, protege tanto al sujeto activo de la información (periodista, reportero,

comunicador social, persona que comunica hechos o acontecimientos) como al sujeto pasivo que recepciona la información, quien tiene derecho a exigir una cierta calidad de lo informado, de la cual forma parte su veracidad, oportunidad y lenguaje adecuado.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en una interpretación sistemática con los textos constitucionales, permite establecer, en materia de libertad de información, que los puntos relevantes en materia de restricción del derecho son el momento legítimo y válido de aplicación de las restricciones, que por regla general es *a posteriori*, salvo los casos de restricciones preventivas o de censura expresamente autorizados que constituyen la excepción a la regla general; si la finalidad de la restricción es legítima dentro del contexto de una sociedad democrática, pluralista, crítica, tolerante; existe razonabilidad y proporcionalidad de la restricción, todo ello con el objeto de armonizarlo con los otros derechos de la persona (OC 5/85).

La interpretación de las limitaciones a los derechos y del derecho a la libertad de información, por su naturaleza y función dentro de la sociedad democrática y la formación de una opinión pública crítica y libre, debe ser siempre restrictiva, ya que, de otra forma, se vulneraría la finalidad y objetivo básico que es el más completo ejercicio posible de los derechos asegurados y sus garantías (artículo 29 de la CADH).

Puede concluirse, por tanto, que sólo cuando la información no se ejercita dentro de los parámetros que delimitan constitucionalmente el derecho a la libertad de información, y por tanto, no gocen de la protección constitucional, la ponderación o apreciación de las circunstancias concurrentes de los derechos en conflicto, constituye el método para resolver la confrontación.

Así la ponderación de derechos es aplicada para resolver los conflictos de derechos si éstos se encuentran en una situación equiparable, pero no cuando uno de los derechos en conflicto tienen una posición preferencial, dada su situación de garantía de funcionamiento esencial de la opinión pública libre y del pluralismo democrático, además de constituir un derecho esencial de la persona.

Si la libertad de expresión no trasgrede su ejercicio legítimo dentro de las fronteras o límites asegurados constitucionalmente, no hay lugar a ponderación alguna, sino a la simple aplicación del ejercicio del derecho tal como está configurado en el ordenamiento constitucional. Sólo cuando “la información no resulta especialmente protegida, el contrapeso y la

apreciación de las circunstancias del caso, será el método resolutorio del conflicto”.⁵²

Se deben tener presentes las interpretaciones dadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus recomendaciones, opiniones consultivas y sentencias, operando de buena fe y con voluntad de cumplir con las obligaciones contenidas, en la Convención Americana de Derechos Humanos, atendiendo a su objetivo y finalidad.

Por regla general, hay un reconocimiento de cierto nivel de discrecionalidad de la jurisdicción interna del Estado en materia de derechos humanos, la cual es muy restringida en materia del derecho a la libertad de información, en razón de que en ello está en juego uno de los elementos básicos y centrales del mantenimiento de la sociedad democrática⁵³ especialmente, cuando se trata de “discursos políticos o de cuestiones de interés general”, donde la Convención no deja mucho lugar para restricciones de la libertad de expresión” (CEDH Wingrove c/Reino Unido, 25 de noviembre de 1996, Rec. 1996, 1937, núm. 58).

Pero el operador jurídico nunca debe olvidar que en una sociedad democrática debe esforzarse para debatir abierta y serenamente las acciones de los órganos y de las autoridades públicas sobre el desarrollo de sus funciones en materias de relevancia pública, en un contexto pluralista y tolerante, debiendo restringirse al máximo toda medida de ingerencia desproporcionada, especialmente, si la finalidad de la norma en cuanto a su legitimidad, razonabilidad y coherencia con el sistema democrático está fuertemente cuestionada. Ello es válido también sobre las materias que son objeto del debate.

2. Debe considerarse si la información es de relevancia pública y el carácter de la persona afectada por la información, si es pública o privada.

En los casos que la información no sea de relevancia pública prevalece el derecho a la honra y privacidad de la persona, si ésta se afecta, ya que la libertad de información prevalece sólo cuando su contenido es de relevancia pública o la persona constituye una figura pública.

En Chile, los tribunales superiores de justicia han establecido que las clínicas u hospitales no pueden grabar, filmar y exhibir operaciones reali-

52 Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos de difamación*, Barcelona, Ariel, 1988, cit. por Sarazó Jimena, Rafael, *Libertad de expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen*, España, Aranzadi, 1995, p. 68.

53 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Goodwin/Reino Unido, 27 de mayo de 1996, rec. 1996, 483 núm. 40.

zadas en pacientes sin su expreso consentimiento, ya que ello viola el derecho al respeto y protección de su privacidad (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol núm. 2563-92 P., confirmado por la Corte Suprema Rol núm. 20.142 del 16 de diciembre de 1992). Se ha establecido la prohibición de publicar fotografía de una joven en bikini en una playa en un diario que publica habitualmente fotografías de mujeres semidesnudas y provocativas, sin el consentimiento de la persona afectada, ya que ello afecta su imagen, su vida privada y su honra (sentencias Corte de Apelaciones de Santiago, Díaz con diario *La cuarta*, Rol núm. 604-93; recurso de protección, Rol núm. 3322-97, Rischmaui Francisca con Consorcio Periodístico de Chile S. A.; Alvarado Solari, Julio con diario *La cuarta*, agosto de 1989, entre otros). El servicio de investigaciones afecta la vida privada y la honra de las personas al permitir fotografiar a simples inculpados como si fueran delincuentes, fotografías que luego fueron publicadas en diversos diarios (Rol núm. 139-89 P., Corte de Apelaciones de Santiago).

La Contraloría General de la República de Chile impidió el desarrollo de un convenio de un hospital clínico con una empresa informativa que procesaría las fichas clínicas de los pacientes, atendiendo a la obligación del centro hospitalario de velar por la confidencialidad y secreto de la información vertida en la historia clínica de los pacientes.

En Argentina, la Corte Suprema conoció y resolvió en materia de invasión de la privacidad algunos casos que han sentado jurisprudencia en la materia.

La Corte Suprema Argentina delimita el concepto de la privacidad con dos argumentos: el primero determina que “la protección material del ámbito de privacidad resulta, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias”. En el segundo argumento determina que “el derecho a la privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal”.

Concluyendo en la parte resolutive del fallo que el esquema de “libertad ordenada” que da forma a la estructura interna, a la médula y a los huesos de la Constitución, y sostiene todos sus elementos, se halla el derecho genérico al aseguramiento —incluso en lo material— de un área de exclusión sólo reservada a cada persona y penetrable únicamente por su libre voluntad. Tal exclusión no sólo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando

éstos integran grupos que, en el presente grado de desarrollo de los medios de comunicación, se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable, ante los cuales no cabe dejar inermes a los individuos. El reconocimiento constitucional del derecho a la privacidad está, además, corroborado por el vigente Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 11, incisos 2 y 3, prescribe que “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación, 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.⁵⁴

Un segundo caso, trata del polémico tema de la posesión de estupeficientes para uso personal, resuelto por tres votos contra dos, conocido como el caso Bazterrica.⁵⁵

En dicho caso se sostuvo que:

el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde temprano nuestra Constitución, resulta así esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad a la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y sólo dentro de los límites en los que no afecte igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria.

Es una alta prioridad en el Estado democrático, asegurar la vigencia de la disposición constitucional en el sentido de garantizar el ámbito de exclusión aludido, procurando su eficacia tanto frente a la intromisión estatal como frente a la acción de los particulares.

La consagración constitucional del derecho a la privacidad está además complementada por idéntica protección establecida en el artículo 11, incisos 21 y 3o. del Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido incorpo-

54 Corte Suprema Argentina, T.306-II, 1984, pp. 1892 y ss., *cit.* por Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derechos internacionales*, Argentina, Ed. Heliasta, 1995, pp. 523-525.

55 Gustavo M., Bazterrica, *La ley*, agosto 29 de 1986, t. 1986-D, p. 547.

rado a nuestro orden jurídico, por la correspondiente ratificación legislativa de dicho Pacto.

En este tópico, finalmente, el voto que analizamos establece que “las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aún cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del artículo 19 de la Constitución nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales”.

Concluye la Corte Suprema Argentina sosteniendo la inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la posesión de estupefacientes para consumo personal.

En Alemania Federal se ha protegido la confidencialidad de los expedientes médicos, en efecto, el Tribunal Constitucional Federal decidió que la información que reposaba en dichos expedientes no podía ser utilizada en un proceso penal donde el acusado era el paciente (32 Bverf Ge373, 1972).

En el caso de personas privadas que no participan en hechos de relevancia pública su derecho a la protección de la honra alcanza su más alto nivel de eficacia.

Como lo señala la sentencia del caso “Lingens” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuyo fundamento de derecho 1o., párrafo 41 se determina que “los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un caso particular”.

Tal es la perspectiva que recepciona también el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 107/88, cuyo fundamento jurídico 2o. precisa:

...el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 de la Constitución... solamente puede ser protegido por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática

Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento público son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente... (STCE 107/88, FJ. 2).

Por otra parte, si la noticia de relevancia pública afecta a una persona sin notoriedad pública, la posible lesión al honor por la difusión de la información debe ceder por el carácter de importancia pública de la información. En tal sentido, un monitor de educación física (persona privada) puede ser afectado en su honra por una actuación suya de relevancia pública, por ejemplo, el acoso sexual a las jovencitas a las que hace clases de gimnasia o de atletismo, lo cual puede ser objeto de información, si tal hecho es verdadero.

7.2.1.2. El derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión cuando se ejerce abusivamente el derecho; cuando la información veraz de ideas y opiniones son innecesarias o sin vinculación con la información de relevancia pública.

El derecho a la honra, no prohíbe la intromisión misma en la vida de la persona, la que se encuentra sancionada por el derecho al respeto de la vida privada de la persona y su familia, sino la posterior violación del buen nombre de la persona o su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada de las personas que por su naturaleza afectan su reputación. En una perspectiva positiva, el derecho a la honra implica “la posibilidad real que debe hacerse accesible a todos los individuos de construir su prestigio en el medio social”.⁵⁶

La honra corresponde al conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba la consideración de las demás, lo que se vincula con el sentido objetivo del honor, como determinó la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución,⁵⁷ la cual, precisó también que las personas protegidas eran no sólo las personas naturales, los individuos, sino también las personas jurídicas (corporaciones, fundaciones, sociedades, asociaciones gremiales, etcétera).

56 Cepeda, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1992, p. 233.

57 Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de Chile, sesión 129.

Tal perspectiva ha sido asumida por la jurisprudencia, la cual ha señalado que el término *honra* tiene dos puntos de vista:

a) *subjetivo*: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo; b) *objetivo*: es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno.

La Constitución ampara este segundo aspecto, pues el subjetivo queda en el plano interno de la persona, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la protección de la dignidad del ser humano (Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993, RDJF 90, sec. 5a., p. 164).

El núcleo esencial del derecho a la honra consiste en el derecho que tiene toda persona a ser respetable ante sí mismo y ante los demás, sin perjuicio de las limitaciones legales que lo delimitan y regulan.

La garantía de la protección de la honra se extiende a la familia de la persona. El concepto amplio de familia se extiende a los cónyuges, ascendientes, descendientes y parientes colaterales por consanguinidad o afinidad.

En Chile, la ley número 16.643 sobre abusos de publicidad, y sus correspondientes reformas, establece un concepto más limitado de familia para estos efectos, la que incluye los cónyuges, los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad; los ascendientes y descendientes hasta el primer grado de afinidad legítima.⁵⁸

El concepto incluye, además, a los parientes fallecidos, ya que si bien con la muerte se extinguen los derechos de la personalidad, la memoria de la persona fallecida constituye una prolongación de dicha personalidad que es susceptible de protección, la cual queda protegida y asegurada por la protección de la honra de la familia.

Nuestros ordenamientos jurídicos protegen penalmente el honor de la persona a través de los delitos de injuria y calumnia.

En efecto, el Código Penal chileno determina que se entiende por *calumnia*: “la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio” y por *injuria* “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona” (artículos 412 y 416, respectivamente).

Las expresiones injuriosas o calificativas innecesarios para expresar un juicio o relatar hechos constituyen un abuso de la libertad de expresión e información.

58 Dicha legislación está en proceso de reemplazo por una nueva normativa sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo, que se encuentra en su último trámite legislativo.

El Tribunal Constitucional Español considera que las expresiones injuriosas, innecesarias para expresar una idea o interpretación, constituyen un límite a la libertad de expresión.

No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión pública que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental.⁵⁹

En el caso Roca, el Tribunal Constitucional Español precisa:

...aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable. Se colocan, por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión, y representan, en consecuencia, la privación a una persona (investida de autoridad, y con ocasión del ejercicio de sus funciones) de su honor y reputación al ser vejada verbalmente en un medio de gran audiencia, por supuestos defectos físicos, morales o intelectuales, sacrificio éste que no se ve justificado por la defensa de ningún bien constitucionalmente protegido y que, en cambio, y a la vista de los artículos 10.1 y 18 de la Constitución, lesiona derechos constitucionales protegidos del destinatario de tales expresiones insultantes.⁶⁰

La relevancia pública de la información, esta dada por:

- a) La importancia de los hechos en sí y la conveniencia o necesidad de su conocimiento por la sociedad, en sentido objetivo; a su vez,
- b) En sentido subjetivo, es necesario determinar si el sujeto pasivo de la información es una persona o no de relevancia pública o una figura pública.

Existe consenso en que las personas o figuras públicas son aquellas que adquieren notoriedad o fama de manera que son ampliamente conocidas, o son personas que se involucran voluntariamente con materias o actividades de interés público o están vinculadas a una controversia de relevancia institucional.

59 STC 105/1990, del 6 de junio, BOE del 5 de julio, recurso de amparo núm. 1695/1987, ponente Luis López Guerra, fundamento jurídico 3o.

60 Sentencia 105/1990 del 6 de junio de..., recurso de amparo núm. 1695/1987, ponente Luis López Guerra, fundamento jurídico 3o.

La combinación de los dos criterios, con preponderancia del primero (el sentido objetivo de la información) determinará si estamos en presencia del legítimo ejercicio de un derecho o de un ilícito que afecta a otros derechos).

El situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, le hace soportar a la persona un mayor nivel de afectación o injerencia en su honra, asumiendo tal riesgo, ya que la divulgación de tal información de relevancia pública contribuye a la formación de la opinión pública, obteniendo su máxima intensidad o eficacia justificadora frente al derecho al honor, ya que ello es necesario debido al pluralismo político, la conformación de un espíritu crítico, abierto y tolerante, sin los cuales se vacía de contenido la sociedad democrática y el control y fiscalización de las autoridades que actúan en representación del pueblo.

Las opiniones o informaciones vertidas sobre las personas o funcionarios públicos tienen un ámbito más amplio que aquellas que afectan sólo a particulares.

Ello se deriva de poderosas consideraciones:

- a) La crítica vigorosa respecto de la actuación de las autoridades o funcionarios públicos o figuras de relevancia pública es fundamental para la vigencia de las sociedades democráticas, a diferencia de los regímenes autocráticos autoritarios o totalitarios, lo que justifica desarrollar y potenciar al máximo la tolerancia y el pluralismo en materias de relevancia pública.
- b) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública se han convertido consciente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación del público, relegando a un ámbito menor su privacidad y la protección de su honor con relación a sus actividades públicas.
- c) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública que no están sujetos al escrutinio público y no realizan su actividad pública sujetas a reglas de transparencia y publicidad, serían fácilmente objeto de chantajes y gastos de falta de probidad que generarían un grave detrimento para el bien común.
- d) Las autoridades, funcionarios o personajes de relevancia pública tienen amplias posibilidades de acceso a los medios de comunicación social para rebatir las críticas que se les formulan sobre su actividad sometida al escrutinio público.

Dicha posición es asumida por la Corte Constitucional colombiana en sentencia de 1993, sosteniendo que “es razonable una disminución en la protección del derecho a la honra y al honor de una persona pública, en aras de una mayor transparencia en el ejercicio del poder en un Estado democrático, sin perjuicio del respeto del derecho al debido proceso”.⁶¹

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 85/92, fundamento jurídico 5o., la cual tiene el respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Castells del 23 de abril de 1992, afirma la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la honra cuando se dan los requisitos de ser información veraz de relevancia pública, en efecto, dicho fundamento jurídico sostiene:

...la crítica política normal, perfectamente amparada en el derecho a comunicar información veraz de relevancia pública, aunque puede ser calificada de agria o molesta, pero no puede mantenerse igual opinión sobre las frases de descalificación personal... de manera innecesaria a los fines de interés público de la información... desenvuelva en el marco de interés general del asunto a que se refiere.

El valor preferente del derecho a la información no significa, pues, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales al honor o a la intimidad de las personas afectadas por esa información, que han de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática (artículo 20.2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 197/91, FJ.2).

El conocimiento de la vida social de los sujetos con proyección pública y del desarrollo de los asuntos públicos, configura la opinión pública y contribuye a un desarrollo cualitativo de la sociedad democrática, cuando están relacionados con la actividad profesional de dicha persona.⁶²

Tal posición se reafirma en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 20/92, cuyo fundamento jurídico precisa:

Tal relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para di-

61 Sentencia T-213 de 1993.

62 Véase López Ullo, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 116.

rimir en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra...

...en modo alguno puede exigirse a nadie soportar pasivamente la difusión periodística de datos reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público (STC 20/92, FJ.3).

La sentencia del Tribunal Constitucional Español 85/92, entrega una síntesis adecuada sobre la materia, en su fundamento jurídico 4o.:

...la libertad de información, ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de lo informado y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares sin proyección pública.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, tanto de Europa (CEDH) como de América (CEDH), establecen dichos parámetros interpretativos en forma uniforme y constante.

Sobre la materia el TEDH, en el caso *Lingens* concluyó la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor cuando el contenido de la información tiene un interés general o relevancia pública, con base en la importante labor que cumple el derecho a la libertad de expresión en el sistema democrático y la formación de la opinión pública en un proceso de comunicación libre. El TEDH, considera que el derecho a la libertad de expresión “no se aplica solamente a las informaciones o ideas que se reciban favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin las cuales no hay sociedad democrática”.

Los límites de la crítica permitida son más amplios en relación con una persona de relevancia pública que cuando se trata de un particular. El primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos y por ello debe mostrarse más tolerante.⁶³

63 CEDH, caso *Lingens vs. Austria*, 8 de julio de 1986, Serie A, núm. 103.

La Corte Europea de Derechos Humanos considera el término “expresión política” en forma amplia, incluyendo todos los órganos y organismos estatales, entre ellos, los actos de los magistrados y de los tribunales de justicia (caso Barfod vs. Dinamarca, serie A, 149, 1989); como los actos de las policías (Thorgierson vs. Islandia, Serie A, núm. 239, 1992).

Así, el derecho a criticar por medio de la libertad de información las maneras de ejercer el gobierno, la legislatura, la función judicial de un tribunal o del conjunto de la magistratura, están protegidas por la libertad de información o expresión (artículo 13, CADH), aún cuando la crítica sea dura y de mal gusto.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

Es especialmente en el caso de la arena política en donde la crítica política se realiza frecuentemente mediante juicios de valor y no mediante declaraciones exclusivamente basadas en hechos. Puede resultar imposible demostrar la veracidad de las declaraciones dado que los juicios de valor no admiten prueba. De manera que una norma que obligue al crítico de los funcionarios públicos a garantizar las afirmaciones fácticas tienen consecuencias perturbadoras para la crítica de la conducta gubernamental. Dichas normas plantean la posibilidad de que quién crítica de buena fe al gobierno sea sancionado por su crítica. Además, la amenaza de responsabilidad penal para deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como medio para suprimir la crítica y los adversarios políticos. Más aún, al proteger a los funcionarios contra expresiones difamantes, las leyes de desacato establecen una estructura que, en última instancia, protege al propio gobierno de las críticas (Informe de la Comisión Interamericana sobre Desacato, pp. 219 y 220).

En su opinión consultiva número 5, la Corte Interamericana precisa: “considera la Corte, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse”.⁶⁴

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos O. C., núm. 5, “La Colegiación obligatoria de periodistas, artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 13 de noviembre de 1985, párrafo 69, Revista IIDH, vol. 2.

La información debe ser veraz, existiendo la obligación de contrastarla adecuadamente, excluyendo las conductas dolosas (doctrina de la real o actual malicia).

Hemos señalado que una de las características de la información que se refiere a hechos o acontecimientos de relevancia pública para que ella actúe dentro del ámbito legítimo del derecho es su veracidad.

La información veraz no excluye la posibilidad de errores siempre que no exista una conducta dolosa, lo que significa asumir la doctrina del Tribunal Supremo Norteamericano de la real malicia (caso *New York Times vs. Sullivan*) y el Tribunal Constitucional Alemán (*Schmidt vs. Spiegel*) o teoría de la diligente comprobación (*Hustler c/ Maxwell*).

Así se ha manifestado una adopción paulatina de la doctrina judicial emergente del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Sullivan c/New York Times*”, donde se enuncia la doctrina de la real malicia, desarrollada luego en los casos “*Curtis vs. Butto*”, “*Rosembloom vs. metromedia*” y “*Gertz vs. Welch*”.

En el caso *Gertz (418 vs. 323, 339/340)*, la Corte Suprema señaló: “En la primera enmienda no existe algo llamado idea falsa. No importa cuan perniciosa pueda parecer una opinión, no dependemos para su corrección de la conciencia de los jueces o los jurados sino de su confrontación con otras ideas”.

Así en los casos que se difunde información respecto de funcionarios públicos o figuras de relevancia pública en sus condiciones de tales, respecto de temas de relevancia pública o de interés institucional, los derechos personalísimos se atenúan, debiendo las personas que accionen ante los tribunales demostrar la maliciosa intención de dañar o afectar la honra, o demostrar una notoria despreocupación por la búsqueda de la verdad.

“las figuras públicas y funcionarios públicos ofendidos mediante una parodia mediática podrían no ser reconocidos en caso de promover una demanda por resarcimientos por daños morales si no demuestran la concurrencia de malicia o inequívoca voluntad de ofender” (*The First Amendment Schifforin & Cloper-American Case book series*, p. 95 ap.e).

A su vez, en el caso *Pandolfi c/Rajneri*, el fallo de la Corte Suprema Argentina asumió la doctrina de la real malicia, señalando que:

1) El tribunal no puede limitarse a evaluar sólo la existencia del tipo penal de la injuria, olvidando o desentendiéndose del derecho esencial a la libertad de información.

2) Debe evaluarse rigurosamente si hubo voluntad de agravio o deformación de los hechos, o una información de relevancia pública sobre personas públicas a través de un serio esfuerzo de investigación (periodismo de investigación).

3) Por otra parte, el tribunal debe distinguir entre información errónea o información falsa. La información falsa genera responsabilidad penal y civil. La información errónea sólo genera responsabilidad civil en el caso de que quien difunde una información no ha utilizado la diligencia, cuidado o atención para evitar perjuicios, apartándose de la buena fe.

Si un fallo se aparta de estos criterios vulnera los parámetros básicos de la doctrina de la real malicia, afectando irrazonable y desproporcionadamente el derecho a la libertad de información.

En tales casos, los parámetros y criterios de la responsabilidad penal o civil de quien ejerce la libertad de información, son los siguientes:

a) Que se pruebe fehacientemente la falsedad del contenido de lo informado o difundirlo;

b) La existencia de una prueba fehaciente de que el emisor de la información conocía la falsedad de ella,

c) La prueba fehaciente sobre la falta de preocupación del autor de la información por contrastar o investigar acerca de la veracidad o falsedad de aquello que ha sido informado, cuando se dispone de medios y tiempo necesario para tal fin.

Como señala Badeni, la doctrina de la real malicia “exime de toda responsabilidad al emisor, a menos que se acredite que las declaraciones lesivas para un derecho individual son falsas y que fueron expresadas con pleno conocimiento y malicia, o con absoluta despreocupación por conocer su veracidad cuando ello resulta fácilmente verificable”.⁶⁵

La Corte Suprema del Uruguay, acepta la doctrina de la real malicia, como asimismo, el principio de la responsabilidad ulterior en materia de libertad de información.

Corresponde señalar también que la corporación no comparte la afirmación del recurrente de que para la resolución del litigio no es relevante determinar quién le brindó la información al medio de prensa.

65 Badeni, Gregorio, *La doctrina de la real malicia. El derecho*, Buenos Aires, t. 149, p. 319. Véase asimismo, Badeni, Gregorio, *La libertad de prensa*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1996.

No basta, en efecto, la constatación de la publicación de una noticia que resulta ser falsa para hacer responsable a un órgano de prensa de los perjuicios derivados de la publicación.

En tal hipótesis, la cuestión debatida para el caso como indicara correctamente el juez de Primera Instancia (fs. 104, vta.104) se refiere a la libertad de informar y al abuso eventual de la misma, al que alude el artículo 29 de la carta, siendo entonces decisivo dilucidar si al informar se incurrió en abuso de derecho.

La Corte, en su actual integración, tuvo ya oportunidad de examinar el tema en la sentencia núm. 88/93.

Puede sostenerse que la información inexacta puede ser errónea o puede ser falsa.

La información falsa es la que tiene la intención de engañar y su autor actúa con dolo o mala fe.

La información errónea carece de mala fe o dolo, y por tanto, no genera responsabilidad civil o penal (doctrina de la real malicia). La víctima o sujeto pasivo de la noticia debe demostrar el dolo o mala fe del periodista, reportero o medio que omitió la información inexacta. En la aplicación jurídica la mala fe y el dolo no se presumen, debiendo probarse. Tal es la posición asumida por la Corte Suprema de Argentina en el caso “Vago, Jorge c/ Ediciones La Urraca, s. Daños y perjuicios” (sentencia de la Corte Suprema Nacional Argentina del 19 de noviembre de 1991).⁶⁶

El principio de buena fe sólo exige que el informador o comunicador social haya actuado en forma diligente y honesta considerando que lo que comunica o publica es veraz. Así lo determina el Tribunal Constitucional Español:

Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quién, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comuni-

66 Publicada en *El derecho* del 10 de marzo de 1992, p. 1.

que como hechos simples rumores o, pero aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la “verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STCE 6/88, FJ.5).

En esta misma perspectiva hay un conjunto uniforme de sentencias del Tribunal Constitucional Español, entre otras las siguientes: 171/90, fundamento jurídico 8o.; 143/91, fundamento jurídico 6o.; 190/92, fundamento jurídico 5o.; 240/92 fundamentos jurídicos 5o. y 7o.; 15/93, fundamento jurídico 2o.; 336/93 fundamento jurídico 7o.

Así, la veracidad exigida a la información se refiere a la verdad subjetiva y no a la verdad objetiva, vale decir, al cumplimiento del deber mínimo de comprobación de la información, demostrando que el ánimo de informar en una materia de relevancia pública ha sido el impulso central de la actuación del comunicador social y esta ha buscado en forma diligente y razonable la verdad.

De acuerdo con estos criterios, un periodista queda eximido de responsabilidad si demuestra que empleo con diligencia razonable la veracidad de la información, aun cuando la información sea finalmente errónea e inexacta. Lo que no puede ocurrir es que el periodista actúe con dolo presentando maliciosamente la información u ocultando, deliberadamente, datos conocidos por el informador con la intención de dañar la honra de una persona. Así no solo debe considerarse lo que se afirma, sino como ello se afirma, las omisiones a sabiendas, el contexto de la información, la oportunidad en que se realiza la publicación o comunicación.

Si el periodista o medio de comunicación social ha contrastado adecuadamente la información con datos objetivos, no se le puede privar del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información y de su garantía, en cambio, en el caso del que defrauda la buena fe de la comunidad, por la falsedad de la información no contrastada o con total desprecio por la veracidad de la información (real o actual malicia), al transmitir rumores o invenciones insidiosas, debe responder por la afectación de la honra de las personas, a través de los ilícitos y tipos penales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Esta perspectiva es utilizada en el ámbito americano por diversos tribunales constitucionales, entre ellos la Corte Constitucional Colombiana y diversos tribunales superiores de justicia.

La responsabilidad del comunicador social es que la información que transmite haya sido contrastada adecuadamente, ya que si el sujeto activo de la información conoce su falsedad, realiza un antivalor (falsedad objetiva), que no se encuentra protegida, por el orden jurídico, y que, por el contrario, genera posible responsabilidad civil o penal (STC Colombia 066 de 1998, tutela 332 de 1993), si se comprueba la existencia de una intención dolorosa de producir daños, de atribuir un delito no cometido o de afectar la honra de las personas.

Como señala el Tribunal Constitucional Español,

la comunicación que la Constitución protege es, ciertamente la que transmite información veraz... El requisito constitucional de la veracidad no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, quedando exenta de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones... Por tanto, lo que el citado requisito viene a suponer... es que, el informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1, d), CE tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección (STC 6/1988 fundamento jco. 5o.) aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.⁶⁷

El grado de diligencia debe ser razonable y proporcionado a las circunstancias.

Respecto al grado de diligencia que debe observar el periodista, se relaciona con la relevancia informativa de la noticia. Así se determina que el deber de diligencia exige una “actuación razonable en la compro-

67 Sentencia 240/92, fundamento jurídico 5o.

bación de la veracidad de los hechos... tal obligación, sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia de la información que se comunica dependiendo, necesariamente, de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto".⁶⁸

El Tribunal Constitucional Español agrega que la obligación de contrastar la noticia debe ser racional.

...el mencionado periodista también se preocupó de contrastar la información con la persona aludida en la misma, si bien este intento de ponerse en contacto con la persona afectada fue infructuoso al haberse ausentado ésta del municipio en dichas fechas como posteriormente quedó acreditado en autos.

Aunque es cierto que pudo haberse intentado la contrastación de la información con fuentes distintas, no lo es menos, sin embargo que, a tenor de los datos expuestos, no cabe apreciar en el informador y en el medio de comunicación una actitud negligente e irresponsable en la indagación de la veracidad de lo informado, por lo que la exigencia de contrastación o verificación de lo comunicado ha de considerarse cumplida en el presente caso. Y ello, pese al error que se deslizó en el artículo, pues, como se señaló en la STC 6/1988, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.⁶⁹

La teoría de la actual malicia protege al informante cuya información ha sido obtenida legítimamente y se ha preocupado de contrastarla razonablemente, aún cuando su veracidad total sea discutible (STCE del 25 de marzo de 1991; del 5 de marzo de 1993; del 15 de marzo de 1993; del 8 de noviembre de 1994).

La doctrina del reportaje neutral. Una publicación de una información proveniente de un tercero obliga a identificar la fuente, valorar la relevancia pública de la información y no existir indicios de falsedad de la información.

A su vez, cuando se reproducen informaciones provenientes de agencias de noticias, las cuales sólo son reproducidas por el medio de comuni-

68 Sentencia 240/92, fundamento jurídico 7o.

69 Ferreiro Galguera, Juan, *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Madrid, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid y Facultad de Derecho de la UC de Madrid, 1996, p. 79.

cación social, no es susceptible de exigírsele a dicho medio de comunicación social o periodista un chequeo o contraste de dicha información; ello es aplicable también a las secciones de los medios de comunicación que reproducen informaciones y opiniones de los lectores, escuchas, o invitados a programas directamente transmitidos al público, donde la diligencia profesional de comprobación de veracidad de la información disminuye inevitablemente.

El Tribunal Constitucional Español en el caso del diario *Egin*, asume la tesis del reportaje neutral.

El director del diario *Egin* informó objetivamente sobre una materia de relevancia pública y veraz, sin realizar comentarios sobre el contenido de información, por lo cual no podía ser condenado por delito de apología del terrorismo, como había sido condenado por la Audiencia Nacional en dos casos, por reproducir dos comunicados de la ETA-militar.

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 4/94, lo expresa de la siguiente manera:

la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone, por una parte, la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor. La exigencia del control del fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conducta desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida... el mínimo de exigencias exigible ha de entenderse que abarca, además de los extremos anteriores, a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva además de cobertura de meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento.⁷⁰

El Tribunal Constitucional Español, en el fundamento o considerando 7o., de la sentencia 4/94 analiza el conflicto concreto entre el derecho a la

70 STCE 4/94 del 15 de febrero (“BOE” del 15 de febrero de 1994), recurso de amparo 2.2321/1991, magistrado ponente: Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, fundamento jurídico 5o.

libertad de información y la norma penal que tipifica la apología del terrorismo, producido por la publicación en el diario *Egin* de dos comunicados emitidos por el ETA militar como organización terrorista, señalando lo siguiente:

En el caso que nos ocupa, el conflicto se produce entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho del director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista cuyo contenido apologético no se cuestiona. Este conflicto no puede resolverse otorgando *a priori* un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal frente a la libertad de información. No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático del derecho.

A su vez, el fundamento 8o., de la sentencia comentada, realiza una crítica desde parámetros constitucionales, a la solución del conflicto dado por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo, al no haber realizado una interpretación de la ley penal favorable al derecho a la información. Tal fundamento argumenta en el siguiente sentido:

De acuerdo con las consideraciones anteriores, se impone distinguir dos acciones deslindables: una, la constituida por los comunicados, en sí, de la organización ETA-militar, cuya autoría y carácter apologético no se ha puesto en duda en el proceso que dio origen el presente recurso de amparo; y de otra, su reproducción de un periódico como noticia relativa a la existencia.

Por lo que a esta última concierne, la responsabilidad penal imputada al director de la publicación que reprodujo los referidos comunicados deriva en las sentencias impugnadas, por una parte, de la interpretación del alcance del artículo 20.1.d) de la Constitución en el sentido de que el derecho en él reconocido se halla subordinado en todo caso a la legislación penal y, por otra parte, de la aplicación automática de las normas sobre autoría contenidas en el Código Penal, haciendo abstracción de la mediación de tal derecho.

Se desconocen así en las resoluciones judiciales impugnadas las implicaciones derivadas de dos aspectos esenciales de la cuestión planteada. a) Que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos; b) Que la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone, como antes señalábamos, el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos. Es este aspecto el que puede explicar que este tipo de comunicados haya aparecido en otros periódicos sin que ello haya motivado la intervención de la justicia penal, como se desprende de la documentación acompañada en autos (STCE 4/94).

La Corte Suprema del Uruguay, como muchas otras, asume la concepción del reportaje neutral, en los casos de publicación de informaciones por medios de comunicación social, cuando ellas solo reproducen información de terceros sin comentarios propios. Así nos encontramos con la siguiente sentencia y sus fundamentos:

...Esta limitación a la libertad de comunicación del pensamiento está establecida en la propia norma constitucional citada y asimismo en los Pactos Internacionales, como el de San José ya mencionado, donde se establece que en ningún caso la rectificación o respuesta, eximirá de otras responsabilidades legales en que se hubiera incurrido, estableciendo una prevalencia por el exceso o abuso del ejercicio del derecho a informar.

Y nuestra propia ley vigente sobre el tema establece que exista una responsabilidad en garantía del editor y redactor responsable del órgano de prensa a través del cual se cometió el exceso (artículo 30 de la ley 16099).

Ahora bien, es claro que en la especie el abuso de derecho de la empresa demandada no fue demostrado, no configurándose, consecuentemente, violación alguna de las normas constitucionales y de derecho civil invocadas por el recurrente.

La presentación de la noticia, sobria y sin calificativos, así lo comprueba, cualquiera sea el criterio definidor del abuso de derecho que se adopte o considere al respecto (ejercicio del derecho conforme a su fin, buena fe, interés legítimo, justa causa, falta de intención de perjudicar, etcétera).

Se trataba además de una información aparentemente digna de crédito, que había sido proporcionada por la policía (a resulta de los hechos relevados por la Sala y anteriormente aludidos) y que no parecía ameritar una

investigación periodística especial. Y como enseña Gamarra (“Tratado”, T.XIX, 1981, p. 211), no hay abuso del derecho de informar cuando el cronista publica la versión oficial acostumbre suministrar (afirmación obviamente diversa de la indicada por el impugnante como opinión del tratadista a fs. 173 vta.)

De acuerdo con las consideraciones precedentes, resulta claramente infundada la afirmación del recurrente de que nos hallamos frente a un fallo absurdo.

En virtud de lo expuesto y de lo establecido en los artículos 14 y ss. del DL número 14861, 547 y concordantes del C. G. P. y además normas citadas, la Suprema Corte de Justicia, FALLA:

Desestimarse el recurso de interpuesto, sin especial condenación.⁷¹

Así, no es ilegítima la información que reproduce fielmente afirmaciones realizadas por terceros, a los cuales se atribuye en exclusividad la responsabilidad de tales dichos, si esta información es de relevancia pública y se acredita la veracidad del hecho de que la persona ha realizado las mencionadas declaraciones o manifestaciones, el hecho de la declaración, en este caso, no es necesario contrastar sus dichos, si en tal reproducción no se agregan opiniones del propio medio de comunicación social que sean vejatorias o innecesarias.

Las personas de relevancia pública tienen un ámbito de derecho a la privacidad más reducido, lo que implica que siempre debe respetarse un ámbito de intimidad.

El derecho a la privacidad consiste en el respeto del derecho a la vida privada de la persona y su familia, la cual queda excluida del conocimiento público y de las intromisiones de terceros, salvo autorización del afectado, lo cual permite salvaguardar una calidad básica de vida humana. El contenido del derecho a la privacidad varía en el tiempo.⁷²

Según Rivera, el derecho a la privacidad protege la soledad de la persona que vive sola por autodeterminación; la intimidad de la relación familiar y de amistad; el anonimato o interés de no ser identificado en la

71 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay de 13 del marzo de 1996, *cit.* en *Iudicium et Vita*, núm. 5, pp. 98 y 99.

72 Nogueira Alcalá, Humberto, “Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, año 4, núm. 2, 1998, pp. 65 y ss.

actividad rutinaria cotidiana; y la reserva o voluntad de no revelar información que atañe a la propia persona.⁷³

El derecho al respeto de la vida privada de las personas tienen además de su naturaleza de derecho de defensa, el de garantía institucional del pluralismo y del sistema democrático. La democracia se desarrolla y justifica en el respeto de la privacidad de las personas que forman parte de ella, ya que sólo desde el ámbito de reconocimiento de la intimidad y autonomía de cada ciudadano puede construirse una sociedad auténticamente libre.

El derecho a la privacidad o al respeto de la vida privada tiene como límite la ejecución de acciones que repercutan en otras personas, trascendiendo al primer sujeto cuando tales acciones tengan un carácter antijurídico, independientemente de la voluntad de la persona de mantenerlos en reserva, como puede ser el caso de corrupción de menores, planeación de delitos, etcétera. Por otra parte, un segundo límite a la privacidad es la decisión jurisdiccional donde existen delitos vinculados con la vida de las personas; juicios civiles, laborales, de menores, en los cuales existan como puntos de prueba ámbitos específicos de la vida privada.

Para algunos autores, el derecho a la vida privada comprende tres aspectos,⁷⁴ el primero de ellos es la tranquilidad, el cual fue expresado por el juez Cooley como el derecho a ser dejado sólo y tranquilo; el segundo aspecto es la autonomía, que otorga a cada persona la facultad de elegir entre las diversas opciones que se le plantean como proyecto de vida, sin intromisiones indeseadas que dirijan dicha elección en forma indirecta; el tercer aspecto se refiere al control de la información, que consiste en mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida personal o familiar, como, el control del manejo y circulación de la información que sobre su persona manejen terceros o se confíe a terceros.

Esta última dimensión del control de la información a dado lugar a la técnica de protección de datos que surge del derecho a la autodeterminación informática.⁷⁵

73 Rivera Llano, Abelardo, "La protección de la intimidad y el honor y la informática", *Estudios penales. Homenaje al Profesor Luis Carlos Pérez*, Bogotá, Temis, 1984, p. 171.

74 Ferreira, Delia, *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1992, pp. 43 y ss.

75 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.

El derecho al respeto de la vida privada, además de un derecho de defensa, constituye un derecho de prestación, estableciendo deberes positivos que debe desarrollar el Estado. En tal sentido, existe el deber del Estado de adoptar medidas que protejan el derecho a la autodeterminación informativa frente a los ataques de terceros.

El respeto de la vida privada o de la intimidad se proyecta en el ámbito de los registros de informaciones manuales e informáticos, que permiten socializar esa información develando ámbitos de la privacidad de las personas. En tal perspectiva, el respeto a la vida privada e intimidad de las personas adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona, un derecho a la autodeterminación informativa, lo que requiere que las personas puedan conocer la existencia de los ficheros o archivos de registro de información de las personas públicos o privados, conociendo sus finalidades y los responsables de ellos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos contenidos en dichos archivos o ficheros sobre su propia persona, teniendo el derecho de autorizar su recolección, conservación, uso y circulación, como asimismo, el derecho a actualizarla, rectificarla o cancelarla. La persona es la única que puede autorizar el uso de información respecto de su vida privada o intimidad, el derecho de autodeterminación informática faculta a las personas a decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones o aspectos de su vida privada o íntima. Ello exige que el Estado intervenga positivamente en la materia resguardando este derecho de autodeterminación informativa y estableciendo garantías jurisdiccionales que lo protejan, como ocurre con la acción de *habeas data* en el derecho comparado.⁷⁶

Este enfoque complementario en la configuración del derecho al respeto de la vida privada, muestra la relatividad de lo que es público, ya que ciertos datos públicos pueden tener conectados a otros gran importancia para la vida privada y la intimidad de las personas, especialmente en el ámbito de los archivos de datos públicos y privados y de la informática.

A su vez, la legislación penal chilena se ha modernizado a través de la ley 19.423 que estableció un nuevo párrafo 5o. del título IV del libro II del Código Penal, denominado “de los delitos contra el respeto y protec-

76 Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del *habeas data*”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 3, núm. 1, 1997, p. 265.

ción a la vida privada y pública de la persona y su familia”, donde se sanciona la incursión ilegítima en el ámbito de la vida privada en los artículos 161, 161 a) y 161 b) del Código Penal, como el artículo 122, inciso 2o. de la Ley de Abusos de Publicidad, el cual sanciona la grabación de palabras y captación de imágenes de una persona, no destinadas a la publicidad y sin su consentimiento. Ello ocurre también en el ámbito latinoamericano.

La ley 16.643, artículo 22 inciso 2o. de Chile determina que no forman parte del ámbito de la vida privada

los referentes al desempeño de funciones públicas; las realizadas en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere interés público real; los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público a título gratuito u oneroso; las actuaciones captadas o difundidas con el consentimiento del interesado; los acontecimientos o manifestaciones en que el interesado haya dejado testimonio en registro o archivos públicos y los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

Dentro del ámbito de la intimidad se sitúan las creencias religiosas, filosóficas y políticas que la persona no desea que sean conocidas por los demás; aspectos de la vida y relaciones sexuales; relaciones familiares; aspectos de salud o anomalías físicas o psíquicas no evidentes; las comunicaciones privadas; las funciones fisiológicas; los momentos de abatimiento y agonía de las personas.⁷⁷

El alcance del derecho a libertad de información implica que las personas de relevancia pública, especialmente las autoridades públicas (gobierno, administración, legislaturas judiciales, contraloras, entre otras), que detentan la facultad de decidir los destinos de una sociedad tienen un ámbito de vida privada más reducida que las personas que no son figuras públicas, pudiendo informarse de los actos de la vida personal que dicen tener relación con el cumplimiento de las obligaciones públicas, pero no respecto de la intimidad que no son necesarios ni están directamente vinculados con las exigencias de información relevante del público.

77 Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, Ed. Siglo XXI, 1979, pp. 45 y 46.

En el caso de conflicto de la libertad de información con el derecho a la privacidad, y en especial, el derecho a la intimidad, no es el criterio de veracidad el relevante sino la trascendencia pública de la información.

El Tribunal Constitucional Español analiza un caso de este tipo, en el caso Paquirri, donde el torero Francisco Rivera, apelado “Paquirri” es herido de muerte por un toro en la Plaza de Toros de Pozoblanco en España, siendo llevado a la enfermería de dicho recinto, donde son captadas escenas de su agonía, las cuales son reproducidas, distribuidas y comercializadas en cintas de video, frente a lo cual su viuda demanda que mediante tal hecho se vulneró la intimidad personal y familiar. Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia 231/88, determinó:

La demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar donde se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de video —la enfermería de la plaza de toros— y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a sostenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares. ...Se trata de los momento en que D. Francisco Rivera es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes se reproducen en forma directa y claramente perceptible las heridas sufridas, la situación y reacción del herido, y la manifestación de su estado anímico, que se revelan en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata pues de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puesta en relación con el hecho que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa y hoy viuda del desaparecido señor Rivera.

Una situación similar es considerada en Argentina en 1984 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia y otro contra Editorial Atlántida S. A.”. Los hechos están dados en favor de la publicación en la tapa de la carátula de la revista argentina *Gente y la actualidad* de la foto del líder político radical, doctor Ricardo

Balbín, en el momento que agonizaba en la sala de terapia intensiva de una clínica, momentos antes de su fallecimiento, revista publicada el 10 de septiembre de 1981. La sentencia de la Corte Suprema Argentina se concretó en 1983, acogiendo la demanda de amparo y protección de la familia de Balbín, excluyendo la libertad de información en materias que implican situaciones de intimidación personal y de afectación del derecho a la propia imagen.

De esta manera, puede sostenerse que la libertad de información declina ante la preferencia del derecho a la privacidad de las figuras o personas de relevancia pública en ámbitos que no afectan o influyen en el ejercicio de la actividad de relevancia pública.

En el mismo sentido, la STC Español 20/92 en su fundamento jurídico 3o., determina:

La intimidad que la Constitución protege, y cuya garantía civil articula la repetida Ley Orgánica 1/982, no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (artículo 7.3 de dicha Ley Orgánica)..., ya que tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso de la lesión.

Tal perspectiva era una reiteración de la perspectiva del Tribunal Constitucional Español en su sentencia 197/91, fundamento jurídico 4o.:

Aunque el derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, deba ser interpretado restrictivamente, ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad.

...Las personas que... son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente... en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública. Que estos hechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta, es que cualquier información sobre los hechos que les conciernen guarden o no relación con su actividad profesional (STC 231/88) cuenten o no con su conformidad, presenten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección. No toda información, que se refiere a una persona no notoriedad pública, goza de esa especial protección,

sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (STCE 197/91, FJ.4).

La responsabilidad de los medios de comunicacin social y de los periodistas. El ejercicio del derecho a la libertad de información o de expresión genera las consiguientes responsabilidades en caso de ejercicio ilegítimo del mismo, cuando se entrega información de relevancia pública que no es veraz sin haberse realizado las gestiones adecuadas para contrastarla, o cuando se informa sobre materias que no son de relevancia pública y afectan la intimidad o privacidad de personas o la honra de ellas, o cuando se utilizan calificativos deshonrosos que no se relacionan directamente con la información de relevancia pública.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 14.2, impone la obligación de la existencia de un editor responsable sin inmunidad de ninguna especie respecto de los medios de comunicación social legalmente reconocidos.

La responsabilidad penal del informante o el medio de comunicación social puede configurarse por los delitos de injuria o difamación calumnia y apología del crimen o delito.

La injuria consiste en la culpa dolosa o voluntad efectiva de afectar la honra o denigrar a otra persona.

El tipo de injuria esta constituida por toda expresión preferida o ejecución ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

En un caso de Paraguay, en fallo revocatorio de sentencia de primera instancia, la Primera Sala del Tribunal de Apelación, en sentencia de 10 de junio de 1996, considera que no existe difamación, para lo cual utiliza los siguientes fundamentos:

En cuanto a cuál de las expresiones consideradas como delitos por el querellante particular, reúnen los requisitos del tipo, coincido con el *a quo* en el sentido de que la única que podría encuadrarse como configurativo de los elementos del delito de difamación es la frase: *diminuto trashumante*, inserta en la sección denominada “cuarto oscuro” del diario *Última Hora* de su edición de fecha martes 11 de febrero de 1992.

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, el significado de la palabra minúsculo es: “de muy pequeñas dimensiones o de muy poco valor”; en tanto que de la palabra trashumante: “Quien re-

aliza la acción o efecto de trashumar”, trashumar: “Pasar el ganado de las dehesas (campos de pastoreos) de invierno a las de verano, y viceversa”.

Ahora, según lo anterior, de la propia definición de los vocablos que forman la frase considerada injuriosa por el querellante, vemos que en su aspecto semántico no se puede concluir en que las mismas tengan ninguna connotación peyorativa, ni siquiera que fueran chabacanas, no soeces, ni en sentido lato, ni específico.

Y esto nos indica claramente la falta de intención de ofender el honor de la supuesta víctima, porque no revela la frase de una manera ostensible un pensamiento ofensivo hacia la personalidad del querellante.

No se puede afirmar que en la frase haya existido una intención maligna de ofender por ofender, y así, jamás se podría admitir que el querellante se sienta lesionado en su dignidad, y máxime cuando, el supuesto ofensor nunca pudo tener la idea de herirlo.

La prensa, al criticar los actos públicos de los hombres públicos, no lo hace teniendo en cuenta a la persona particularmente considerada, sino su carácter de hombre público, por tanto, sometido al escudriño o control de la ciudadanía a través de los órganos masivos de comunicación.

En este mismo sentido es necesario afirmar que es incuestionable el derecho de los ciudadanos de investigar y discutir las cualidades personales de quienes ostentan el ejercicio del poder público, y en este sentido inclusive, la vida privada de un ciudadano puede tener influencias decisivas sobre su vida pública ya que, no pudiendo concurrir en él dos personalidades morales distintas, es difícil que pueda ser buen funcionario público aquel que no ha sido buen ciudadano en su rol privado.

Y siendo el delito investigado de gran relatividad, palabras o hechos realizados por determinadas personas, y en ciertas ocasiones, pueden manifestar un deliberado propósito de injuriar, pero tratándose de la prensa, y en circunstancias de proferir críticas a las actuaciones de un funcionario público, y en ocasión o por motivos del ejercicio de la función pública, estas últimas circunstancias, en sí mismas, son reveladoras de propósitos ajenos a la difamación y a la injuria. La acción, para ser típica, debe ser acompañada de un ánimo determinador, y este ánimo debe ser el de ofender.

Dice el tratadista Quintana Ripolles⁷⁸ que: “...el elemento objetivo más característico de la injuria es su ofensividad, por lo que todo el pro-

⁷⁸ *Op. cit.* por Fontan Ballestra, Carlos en su *Tratado de derecho penal*, t. IV, parte especial, p. 462.

ceso lógico de ella tiende a manifestar su existencia. La presunción de ofensividad de la injuria se aprecia partiendo en principio de la semántica objetiva de las frases o conceptos, aunque ulteriormente se desvirtúe por otras consideraciones...”.

En este mismo sentido, Cuello Calón⁷⁹ expresa que: “...es menester para la existencia de este delito no solamente la voluntad de ejecutar los actos o de proferir las expresiones injuriosas, sino el ánimo de ofender; es menester la concurrencia del *ánimus injuriandi*”.

La difamación e injuria son delitos dolosos.⁸⁰

Cuando no se acepta la *exceptio veritatis* se desvaloriza el interés público protegido por la libertad y el derecho a la información que justifica la divulgación de hechos verdaderos y demostrables.⁸¹

En todo caso, la doctrina española considera como eximente de responsabilidad penal, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 8o., numeral 11).

El actual Código Penal español, artículo 211.1 dispone que “el acusado del delito de injuria... quedará exento de pena probando la veracidad del hecho imputado siempre que sea legítima su difusión”. Tal presunción de legitimidad, determina el mismo artículo, ocurre cuando los hechos se refieren a personas que tengan algún tipo de relevancia pública y su difusión satisfaga la función del libre flujo de la información en una sociedad democrática, salvo que afecte hechos protegidos por su derecho a la intimidad personal y familiar.

La carga de la prueba corresponde al demandante ya que, de acuerdo a la presunción de buena fe, debe corresponder a quién plantea la falta de veracidad de la información, permitiéndole a tal demandante penetrar en el proceso de información con objeto de que pueda esclarecer las intenciones del informante o del medio, su actitud o conducta hacia la verdad.

Consideramos que la idea de falsedad debe integrar el tipo del delito de injurias cuando se trata de una materia de relevancia pública, y que afectan por regla general, a figuras públicas o personajes de relevancia pública, a excepción de la afectación de la intimidad.

79 *Derecho penal*, 1949, t. II, p. 626.

80 Primera Sala del Tribunal de Apelaciones, sentencia del 10 del junio de 1996, *cit. en Iudicium et Vita*, San José, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 5, diciembre de 1997, pp. 83 y 84.

81 Romero Coloma, Aurelia, *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Madrid, Ed. Colex, 1987, pp. 49-77.

En este ámbito, lo prioritario es garantizar el conocimiento público y el debate público sobre materias de relevancia pública, por regla general respecto de figuras públicas o personajes de relevancia pública.

En este ámbito lo prioritario es garantizar el conocimiento público y el debate público sobre materias de relevancia pública, por lo que el ejercicio del derecho constitucional y esencial a la libertad de opinión o expresión en forma legítima pueda revestir carácter típico.

En otras palabras, en las materias de relevancia pública que involucran a personajes públicos, una afirmación verdadera no debería llevar a constituir el tipo objetivo del delito de injurias.

El interés de la sociedad y el Estado en el afectivo ejercicio de la libertad de expresión e información y la formación de una opinión pública libre como elemento esencial de la democracia, debe evitar desalentar el ejercicio del derecho de crítica y de libertad de información (*Chilling effect*), lo que lleva a excluir:

la tipicidad de las imputaciones objetivamente verdaderas. Esta conclusión deviene insoslayable, puesto que dimana de las exigencias materiales del contenido esencial de la libertad de expresión. Exigir la “verdad objetiva” de la imputación para afirmar la atipicidad, esto es, la violencia penal de la conducta haría impracticable o, cuando menos, dificultaría considerablemente la efectividad del derecho constitucional.⁸²

Coincidimos, asimismo, con la obra mencionada en la necesidad de adecuar el delito de injurias en armonía con el aseguramiento de los derechos constitucionales y los tratados de derechos humanos, ya que

la falsedad de la imputación no es un elemento explícito del tipo de delito de injurias, porque las injurias pueden consistir en juicios despectivos de valor, a más de imputaciones de hechos. Y aún cuando consistan en tales imputaciones, éstas pueden versar sobre hechos íntimos, cuya divulgación afecta al honor con independencia de que sean verdaderos o falsos. Pero, si la injuria reviste la forma de imputación de hechos públicos, la veracidad subjetiva excluye, al igual que en la calumnia, la tipicidad de la conducta.⁸³

Todo ello en el entendido de que el tipo de injurias al que se hace referencia es a la existencia del tipo subjetivo de injurias, lo que implica

82 Vives Antón, T. S., *Derecho penal*, Valencia, parte especial, 1990, pp. 687 y 688.

83 *Ibidem*, pp. 689 y 690.

necesariamente adecuar el sentido y alcance de las expresiones deshonrar o desacreditar que emplea el Código Penal en armonía con el bloque constitucional del derecho a la libertad de opinión e información, optando por la interpretación de las disposiciones penales (legales) en aquella que la haga más compatible o más plenamente concordante con las disposiciones constitucionales.

Si no se asume tal perspectiva, en la concepción tradicional puede aplicarse las causas de justificación que son disposiciones permisivas que autorizan realizar el tipo o descripción de la conducta prohibida excluyendo su antijuricidad, como los casos de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo del derecho.

En este caso, la libertad de opinión e información constituye el ejercicio legítimo de un derecho, que en la medida que verse sobre hechos de relevancia pública o figuras públicas convierte en justificada una conducta típica, siendo las normas permisivas las que constituyen el bloque de constitucionalidad del derecho a la libertad de expresión y de información contenidas en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de derechos civiles y políticos).

Esta doctrina ha sido asumida por la jurisdicción constitucional española, entre otras la sentencia 51/1989 del Tribunal Constitucional y en la doctrina penal.⁸⁴

Así como afirman Bianchi y Gullco, “las afirmaciones verdaderas y aún no verdaderas (estas últimas, cuando se hayan efectuado con el cumplimiento de un deber de diligencia) están comprendidas en la causa de justificación..., a condición de que se refieran a temas de interés público que involucren a personas públicas.”⁸⁵

Dicha perspectiva ha sido asumida por la Corte Suprema de Argentina en los casos “Ramos” y “Morales Solá”.

En el caso “Ramos”, el señor Ramos, director del diario *Ámbito Financiero*, había sido condenado por el delito de injurias por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo criminal y correccional de Buenos Aires. Los hechos se iniciaron por querrela de Eugenio Benjamín Méndez en virtud de dos publicaciones realizadas por dicho periódico en abril de

84 Bacigalupo, Enrique, “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derechos Constitucionales*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, año 7, núm. 20, 1987, pp. 83 y ss.

85 Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán, *op. cit.*, p. 201.

1986, que reproducían declaraciones de Carlos Muñoz al periodista Juan José Salinas, quien no las había firmado. El señor Muñoz, personaje central de una obra del querellante (confesiones de un montonero) realiza afirmaciones sobre la supuesta vinculación del señor Ramos con organismos de inteligencia que la Cámara Nacional de Apelaciones consideró injuriosas, por no haber sido probadas por los querellantes, dado que el señor Ramos no había logrado acreditar la existencia de la entrevista al señor Muñoz, que el periodista Salinas había atribuido al atribuir al señor Muñoz, ya que había tenido conocimiento del artículo antes de su publicación.

La Corte Suprema Argentina revocó la condena y absolvió al director periodístico del diario *Ámbito Financiero*, señor Julio Alfredo Ramos, donde la mayoría de cuatro ministros (Cavagna, Martínez, Petracchi y Boggiano) determinó:

le asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el fallo de la Cámara viola el principio constitucional, según el cual es requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente (fallos, 310:2094 y sus citas, artículo 7o.).

Que ello es así por cuanto, si se parte de la base de que el delito de injurias es —como lo reconoce el *a quo*— un delito doloso, resulta evidente que para condenar al querellado en un caso de las características del *sut examine*, es imprescindible dar por acreditado en el tipo penal del artículo 110 aplicado por la Cámara que Ramos sabía que Salinas había inventado el reportaje que decía haber hecho a Muñoz o, al menos, se representó efectivamente la posibilidad de que ello fuera así. En efecto, el dolo que se atribuye a Ramos (elemento subjetivo del tipo de injuria) debe recaer sobre lo esencial del elemento objetivo del tipo del artículo 110, CP, esto es, falsedad en que habría incurrido Salinas.

La Cámara, lejos de analizar tal extremo —que es el único que permite satisfacer la doctrina constitucional recordada en el considerando 7—, ni siquiera mencionó esa cuestión, pues se limitó a concluir en la existencia del dolo de Ramos sobre la exclusiva base del conocimiento previo que éste tenía acerca de la publicación de los artículos. Ese conocimiento es obviamente insuficiente para fundar una condena penal, a la luz de los argumentos desarrollados *supra* (considerando 8).

A su vez, los magistrados Barra, Fayt y Molina O'Connor, consideraron que la sentencia de la Cámara de Apelaciones era arbitraria y coinciden con el voto de mayoría en el sentido de que no podría atribuirse responsabilidad al acusado:

Como señalan Bianchi y Gullco, la mayoría de seis jueces de la Corte Suprema, con un voto disidente de los magistrados Levene y Belluscio “resolvió por primera vez que las exigencias del derecho a la libertad de expresión impedían, como principio constitucional, que se condene al director de una publicación por informaciones falsas que afectaban el honor de un tercero, cuando aquel no había tenido conocimiento efectivo —no ya de la publicación de las informaciones— sino de su falsedad”.⁸⁶

En el caso “Morales Solá”, la Corte Suprema Argentina vuelve sobre la misma materia en sentencia del 12 de noviembre de 1996.⁸⁷

En este caso, el señor Dante Giadone promovió querrela por injurias contra el periodista Joaquín Morales Solá. El querellante manifestó ser afectado en su honor ya que el periodista en el libro de su autoría *Asalto a la ilusión*, donde se atribuía al señor Giadone, ex suboficial del Ejército y viejo amigo del presidente Alfonsín, haber propuesto al presidente sacarle el uniforme al regimiento de granaderos y vestirlos de civil. Alfonsín había levantado la mirada y le había suplicado “por favor, piensen en lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo”. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en la Criminal y Correccional condenó a Morales Solá a la pena de tres meses de prisión en suspenso por el delito de injurias. La condena se basó en que la afirmación hecha era inexacta, que afectaba el honor del querellante.

La Corte Suprema Argentina por unanimidad dejó sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelación, donde cuatro magistrados optaron por la vía de la arbitrariedad (Nazareno, López, Molina O'Connor, Belluscio), los demás votos restantes se inclinaron por una fundamentación constitucional (Boggiano, Vásquez, Fayt, Bossert y Petrocehi), los que formaron en este caso la mayoría.

El voto del magistrado Boggiano:

Que esta Corte adoptó, a partir del precedente de fallos, 314:1517, el estándar jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “New York Times vs. Sullivan” (376 U.S. 255, 1964), que se ha

⁸⁶ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 209-215.

dado en llamar la doctrina de la “real malicia” y cuyo objetivo es procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de la crónica (considerando 5o.).

Que, en el derecho argentino, la configuración de la “real malicia” presupone la demostración de que ha existido culpa en concreto (conf. artículo 512 del Código Civil), la que se verifica ante la comprobación del actuar desaprensivo (*reckless disregard*) a que hace referencia la jurisprudencia citada. En el caso de la injuria, debe acreditarse que se incurrió en una conducta que, con arreglo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, tenga capacidad para lesionar la honra o el crédito ajeno. Si bien el *standard* atenuado de responsabilidad que corresponde en los casos en que el sujeto pasivo de la deshonra es un funcionario público (doctrina de Fallos, 310:508, considerandos 10-13), pone a cargo de quien inicia una demanda o querrela la prueba conducente a esos fines, ello no obsta a que se permita al demandado o al querrellado probar que su parte no ha habido esa desaprensión (considerando 7o.).

Que en el caso *sub examine*, dicha prueba —intentada por el periodista— resultó de imposible cumplimiento ante la muerte del ex ministro de Defensa de la Nación, doctor Raúl Borrás, a quien el recurrente consignó como fuente de la información sobre la que se basó en párrafo del libro que el querellante consideró agravante para su honor. De ello se deriva que pretende que el periodista debiera —ante esas circunstancias— demostrar que había recibido efectivamente la información de la fuente citada, implicaría colocarlo en una situación de indefensión, con grave violación del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de la Constitución nacional (considerando 8o.).

Que, asimismo, son particularmente incompatibles con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión, las afirmaciones del tribunal *a quo* (fracciones 199-202 del fallo apelado), que prescinden de la disposición subjetiva con la cual actuó el agente respecto de la información. En efecto, atribuir a Morales Solá el “conocimiento de la falsedad de sus afirmaciones” (fs.200 vta.) descalifica el fallo de cámara por apartamiento de las constancias de la causa, de las que resultan indicios serios que sustentan la conclusión contraria. Aun cuando no pudo demostrarse si el periodista había recibido la información de la fuente confiable —por las razones expuestas *ut supra*— era relevante ponderar la creencia del querrellado, de buena fe, en la adecuación de la información a la realidad. Máxime cuando se ha comprobado el hecho de que la noticia había sido publica-

da años antes en el diario *Clarín* sin que Dante Giadone hubiera efectuado impugnaciones sobre su veracidad o planteos sobre su honor, lo cual coadyuvaría a formar convicción sobre la disposición subjetiva del querellado y sobre el desenvolvimiento de su función periodística de modo prudente y compatible con el resguardo de la dignidad individual de las figuras públicas (considerando 9o.).

El magistrado, Vásquez, aceptando la doctrina caso “New York Times”, señaló en relación a la responsabilidad del acusado:

Que el autor sabía lo que decía, pero no por ello debe asignarse a sus palabras contenido lesivo para la honra del querellante, los párrafos por los que se siente injuriado han sido traídos fuera del contexto general de la publicación que los reproduce, apartados del todo y sin el sentido amplio que da el escritor al conjunto de sus palabras. Es que no resulta posible tal escisión para una perfecta evaluación del momento histórico del relato y de las personas que lo alienta. Del análisis íntegro de la publicación, no se advierte la existencia del elemento subjetivo de la figura, ello es, el dolo. El relato enmarcado en una época crítica para el sentir nacional no puede ser considerado injurioso en tanto refleja un confuso y exitista estado general de la comunidad (considerando 18).

Que la circunstancia de no haber podido contar el querellado con quien manifestó era su fuente de información, por el hecho de haber fallecido, no importa *per se* un conocimiento de la falsedad de ella como le adjudicó, máxime cuando la noticia años antes había tenido difusión pública en un matutino como el diario *Clarín*, del cual ninguna impugnación se formuló sobre su veracidad, lo que torna imposible abrir juicio de reproche sobre lo publicado, como se hizo. Sin embargo, no resulta posible pasar por alto el esfuerzo hecho por el querellado quien a lo largo del legajo acreditó que las circunstancias del relato provenían de una fuente directa de información, cual era un ministro en ejercicio, al momento de ocurrencia de los hechos que describió en su libro; como también que los términos utilizados no hacen otra cosa que reflejar la realidad de la época, prueba directamente vinculada al precepto injurioso, que lo exime de responsabilidad. Que ello se ve corroborado con los dichos del ex presidente Raúl Ricardo Alfonsín quien en el cuaderno de prueba... manifestó que la confusión proviene del hecho de que el doctor Giadone le aconsejó que el oficial de servicio que vestía de uniforme diario, lo hiciera también con uniforme de granadero; como así se ordenó posteriormente (considerando 19).

Que la decisión del Tribunal de la anterior instancia resulta incompatible con la línea de jurisprudencia de esta Corte en cuestiones relativas a la

libertad de prensa, donde la protección del honor de personas públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares. La atribución del conocimiento de la falsedad de la información al querellado, basada en cuestiones dogmáticas, ajena a las constancias sumariales y fundada en una apreciación parcializada de brindar información sobre temas de interés público, lo que descalifica el fallo apelado (considerando 21).

El magistrado Fayt expuso las razones para revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones:

Que la inteligencia que predica la sentencia recurrida respecto de la garantía constitucional de la libertad de prensa no difiere de la interpretación que esta Corte le ha asignado (Fallos, 314:1517; causa Ramos, Julio Alfredo...).

No obstante, la valoración de las circunstancias de hecho que el *a quo* formulara es claramente contraria a esa doctrina, pues entiende configurada la real malicia a partir de una conclusión que más allá de carecer de todo respaldo probatorio es abiertamente insuficiente a ese fin, esto es, las serias dudas que el recurrente debía tener sobre la verdad de la afirmación.

Ello es así porque, por un lado, tal doctrina exige que la condena al periodista se funde en la prueba a cargo del querellante de que las informaciones lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudencia y notoria despreocupación sobre si eran o no falsa (Fallos 314:1517 antes citado), extremos claramente diversos de las serias dudas que sobre el punto pudiera tener el periodista (considerando 5o.).

El juez Petracchi, sostuvo que la sentencia de la Cámara de Apelaciones no satisfacía las exigencias de la libertad de expresión:

Que respecto de la primera clase de dolo —el que implica conocimiento de falsedad— el camarista mencionado afirma: Se da en el caso, lo que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia, que ha seguido la Corte de Estados Unidos, ya que se ha probado la falsedad de la imputación, el conocimiento por parte del autor del hecho de esa falsedad o inexactitud, y la despreocupación para indagar acerca de la falsedad, inexactitud o veracidad de la manifestación pública, cuando sin duda se disponía de los medios para tal fin.

Este aspecto del voto no se sostiene, en cuanto afirma que se ha probado el conocimiento de la falsedad y la despreocupación para indagar acerca de ella. Ello por dos razones:

a) del mero enunciado surge que el conocimiento de la falsedad y la despreocupación por indagar se excluyen recíprocamente, por lo que no re-

sulta posible predicar simultáneamente y contemporáneamente ambos estados subjetivos en un mismo sujeto.

b) la mentada prueba relativa a la actitud de Morales Solá frente al hecho es inexistente... (considerando 7o.).

Agregando:

que como ya se ha advertido en el considerando 6o. in fine supra, el voto en cuestión también adopta en otros párrafos un concepto de dolo que es distinto al que se acaba de examinar. Este segundo concepto no requiere conciencia de falsedad sino, tan sólo, conciencia de lo que se dice es desacreditante o deshonoroso (con prescindencia de que sea verdadero o falso... (considerando 8o.).

La incompatibilidad de esta posición con los principios constitucionales en materia de libertad de expresión radica en que, si se acepta un concepto de dolo típico que se satisface con la mera conciencia del carácter ofensivo de los dichos (con independencia de que sean verdaderos o no), se tiene entonces impedido examinar —en el ámbito de las causas de justificación— la disposición subjetiva con la cual el agente actuó respecto de la información que luego se acreditó objetivamente no veraz.

Esto es así, pues la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que con posterioridad al hecho son declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas —*ex ante*— en la creencia de serlo.

Esta comprensión restrictiva no sería compatible con la doctrina de esta Corte y de otras importantes jurisdicciones constitucionales, que, en los sectores donde “lo publicó” es prioritario por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas, privilegian decididamente el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Y, justamente por ello, determinan que en ese ámbito la libertad de expresión no se agota en las meras afirmaciones verdaderas (considerando 9o.).

Lo dicho llevo a este juez a la siguiente conclusión:

Que, en resumen, el voto sub examine presenta las siguientes falencias:

a) Oscila entre dos nociones de dolo incompatibles entre sí: dolo como conciencia de la falsedad de lo que se dice; 2o.) dolo como mera conciencia del carácter desacreditante o deshonoroso de los dichos.

b) En los tramos en que adopta el concepto de dolo sub 1), carece de total sustento probatorio para tener por configurada esa actitud subjetiva del agente (confg. considerando 7o.).

c) En las partes en que parece inclinarse al concepto sub 2), realiza consideraciones acerca del alcance de la libertad de expresión como causa de justificación que son totalmente incompatibles con la Constitución Nacional (considerando 10).

En el mismo sentido, se encuentra el caso “Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl”, cuyos hechos están dados por un reportaje efectuado al señor Rajneri, presidente de directorio de la sociedad dueña del periódico, *Río Negro*, donde Rajneri consideró que el Banco de Río Negro, se encontraba en quiebra por haber realizado préstamos preferenciales a personas relacionadas con el gobierno provincial, donde una de las empresas involucradas eran del señor Pandolfi, conocido dirigente político local.

Este último desarrolla una querrela por delito de injurias contra Rajneri considerando falsa la imputación de ser el propietario oculto de dicha empresa.

En primera instancia, la Cámara Criminal de General Roca absolvió a Rajneri pues había obrado de buena fe luego de una exhaustiva investigación en relación con las actividades del querellante. El Superior Tribunal de Justicia revocó y condenó a Rajneri por injurias, por no poder acreditar la verdad de sus imputaciones.

La Suprema Corte de Justicia Argentina revocó el fallo del Superior Tribunal de Justicia y ordenó dictar un nuevo fallo que se ajuste a las pautas de la doctrina de la real malicia. Al respecto se citan los fundamentos del fallo en el voto de los magistrados Petracchi y Bossert:

...la Corte señaló en ese pronunciamiento que la tutela constitucional de la libertad de expresión no podía limitarse a las afirmaciones que con posterioridad al hecho eran declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquellas protección a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, habían sido emitidas —*ex ante*— en la creencia de serlo.

Para el Tribunal tal comprensión restrictiva no era compatible con su doctrina y la de otras importantes jurisdicciones constitucionales, según la cual en los sectores donde lo público era prioritario por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas era necesario privilegiar el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Por tal razón, agregó la Corte en

Morales Solá, en ese ámbito la libertad de expresión no se agotaba en las meras afirmaciones verdaderas.

Tales principios resultan aplicables al *sub lite* pues no se encuentra controvertido que el querellante Pandolfi era un funcionario público al momento de la publicación cuestionada (íntegramente de la Legislatura provincial) y que el tema referido por la publicación poseía indudable interés general (considerando 7o.).

Que, sentado ello, el Tribunal está en condiciones de afirmar que el fallo apelado adolece de serias deficiencias, en tanto no se ajusta a los principios reseñados precedentemente respecto de la naturaleza y alcances de la libertad de expresión en nuestro sistema computacional.

En primer lugar, resulta claramente errónea la distinción efectuada por el a quo en el sentido de que la citada libertad constitucional protegería las manifestaciones efectuadas por los periodistas y no aquellas realizadas por políticos. Más allá de la cuestión que resulta particularmente difícil distinguir entre ambas calidades en un caso como el de autos en que el querellante posee ambas, es fácil advertir, del examen de la doctrina citada anteriormente, que el fundamento de la mencionada protección constitucional no tiene en cuenta las características personales del emisor de la información sino de la naturaleza de esta última y de la persona afectada por ella, esto es, si se trata de una información que posea interés público o que se refiera a un funcionario público.

En tal sentido, debe recordarse que en el catálogo de derechos de la Constitución la libertad de prensa se encuentra reconocida a todos los habitantes de la nación, sin distinción alguna respecto de las distintas calidades que aquéllos posean.

Que la citada omisión en la sentencia apelada de otorgar al querellado en toda su extensión la tutela de la citada libertad ha llevado al superior tribunal a juzgar la responsabilidad penal de Rajneri basado en criterios que no tienen en cuenta la actitud subjetiva del querellado respecto de la veracidad de la noticia.

Ello surge claramente de las manifestaciones vertidas en todos los votos emitidos en la presente.

En cuanto al primero de ellos, la magistrada ha concebido a la causa de justificación en materia de libertad de expresión limitada exclusivamente a la ineludible prueba de la verdad objetiva de la información.

Con relación al segundo, se sostuvo que resulta irrelevante para eximir de responsabilidad a Rajneri la circunstancia de que el nombrado hubiera realizado una tenaz tarea de investigación dado que, a la postre, el querellado no había podido probar la verdad de sus afirmaciones (considerando 9o.).

Que resulta evidente que dichos puntos de vista desconocen la doctrina, recordada en los considerandos anteriores, en el sentido de que la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que —con posterioridad— son declaradas verdaderas por un órgano jurisdiccional, sino que resulta imperativo determinar ante la existencia de una noticia inexacta el grado de diligencia desplegado por el informador en la tarea de determinar su veracidad.

Por tal razón, y contrariamente a lo resuelto por el a quo, la circunstancia de que el querellado hubiera realizado una tenaz tarea investigativa antes de difundir la noticia, conforme los términos empleados en el segundo de los votos al cual adhirió el tercero, era un elemento esencial a tener en cuenta por la instancia anterior a los efectos de determinar si Rajneri había actuado con la disposición subjetiva requerida por la jurisprudencia de la Corte para justificar una condena penal por el delito de injurias (considerando 9o.).

Que las falencias señaladas, que indican un apartamiento de las pautas constitucionales elaboradas por esta Corte en materia de libertad de expresión, deben llevar a descalificar el fallo apelado y devolver la causa para que se dicte un nuevo pronunciamiento que se ajuste a las citadas pautas.

El juez Belluscio emitió un voto individual coincidente con la mayoría de sus colegas:

Que ante las expresiones constitucionales protegidas juicios de valor u opiniones sobre la gestión pública, críticas sobre materias de interés público, informaciones y noticias sobre la administración de la cosa pública, etc. los criterios judiciales deben ser particularmente estrictos para decidir si ha existido un delito de derecho común. En Fallos 269:200 esta Corte hizo suyos los argumentos dados por el procurador general de la Nación y sostuvo que, por imperio de la Ley Fundamental, las críticas efectuadas por medio de la prensa al desempeño de las funciones públicas, aun cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritantes, ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los límites de la buena fe aunque puedan originar desprestigio y menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas penalmente como injurias, excepto que resulte de los propios términos de la publicación, o se pruebe de otro modo, la existencia del propósito primario de lesionar el honor o causar daño, como ocurre cuando se utiliza contra la persona epítetos groseros o denigrantes, o se invade el ámbito de la vida privada del ofendido (considerando 7o.).

Que en el sub lite la tenacidad que los jueces de la causa han reconocido en las investigaciones efectuadas denuncia, así como la ausencia de epítetos groseros o denigrantes en la información publicada, llevan a mantener su conducta en los límites de la buena fe, conforme a la doctrina citada en el considerando precedente. El a quo centró su decisión en la interpretación del artículo 111 del Código Penal y en el resultado infructuoso de la prueba de la verdad. Omitió que el debate sobre la exención de la pena que prevé la norma legal, supone la configuración del delito de injuria, con su tipicidad objetiva y subjetiva. Este último elemento falla en el sub examine pues en nuestro derecho el factor de atribución en el caso es el dolo —no la culpa— y esta disposición subjetiva no ha sido apreciada con el criterio estricto que es debido cuando se trata de información difundida sobre materias de eminente interés público. El apartamiento de las pautas constitucionales elaboradas por esta Corte en materia de libertad de expresión, justifica la descalificación del fallo apelado (artículo 8o.).⁸⁸

En el caso del delito de calumnia, no existe duda que la prueba del hecho criminal forma parte del tipo del delito.

En los supuestos de calumnia, el acusado queda exento de pena probando la veracidad del hecho criminal imputado, en cuyo caso no existe el tipo de calumnia que esta constituido por la falsa imputación de un delito que da origen a un procedimiento de oficio (artículo 453, Código Penal español).

1. Libertad de expresión e información y los delitos contra el honor, deben ponderarse dentro de los parámetros constitucionales de una sociedad democrática y del respeto al contenido esencial de los derechos.

La existencia de conductas tipificadas como delictivas: injuria, calumnia, apología de la violencia no puede decidirse otorgando *a priori* una preeminencia a la ley penal frente a la libertad de información. La protección de la honra de las personas y de su privacidad, como asimismo, los intereses políticos y sociales, no autorizan a alterar el contenido esencial de la democracia, del pluralismo político, de la diversidad y contradicción de enfoques sobre asuntos de relevancia pública, aunque disgusten a las autoridades y órganos estatales, la crítica dura forma parte de la formación de la opinión pública libre y de la tolerancia y pluralismo inherente a la democracia.

El orden y la seguridad pública democráticas parten y tienen como contenido básico el respeto de los derechos y del Estado democrático de derecho.

88 Véase Bianchi y Gullco, *op. cit.*, pp. 218-221.

La aplicación automática del derecho penal, sin la consideración de los límites autorizados por la Constitución y los tratados de derechos humanos, cuyo contenido determinan el contenido esencial de los derechos, constituye una vulneración de los derechos, de la Constitución y de los tratados, constituye un error en cuanto a la delimitación del contenido de los derechos, un error al no considerar adecuadamente las fuentes del derecho constitucional, un error de aplicación del derecho y todo ello, generando, además, responsabilidad internacional del Estado por vulneración de derechos humanos.

La crítica a los funcionarios públicos o los personajes de relevancia pública, en base a sostener que podrían haber actuado en una materia determinada de forma diferente y mejor de cómo lo hicieron, no constituye injuria, ya que si fuera, la crítica, esencial a la vida democrática, sería imposible de practicar, y los críticos correrían el riesgo permanente de ser imputados como injuriadores. Dicha perspectiva es incompatible con la vivencia democrática pluralista y tolerante asegurada por la Constitución, constituyendo una aplicación errónea del derecho desde la perspectiva constitucional.

El operador jurídico debe discernir con acuciosidad cuando están en juego valores derechos e instituciones fundamentales a la sociedad democrática, por tanto, las materias que corresponden al legítimo debate e información del público, por muy acerva que sea la crítica y distinguirla de aquellas cuestiones en que debe protegerse el derecho a la honra u honor de las personas, al existir una lesión real del mismo mediante el delito de injuria, el cual requiere de animo injuriandi, vale decir, de la existencia de dolo directo. Toda otra perspectiva, viola los derechos constitucionales vigentes y en la CADH en su artículo 13.

Ferreiro Galguera nos precisa en lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional española en la sentencia 107/1988 del 8 de junio,

relativa a las declaraciones afrentosas para con los jueces hechas por un objetor de conciencia al periódico *Diario 16*, el recurrente alegaba que las expresiones proferidas durante la entrevista estaban exentas de *animus injuriandi* y que el *animus criticandi* que las animaba no lesionaba el honor. El Tribunal Constitucional confirma el cambio de valor del *animus injuriandi* cuando concurre con el lícito ejercicio de la libertad de expresión o información. Esto es, así como antes de la Constitución siempre que se detectase *animus injuriandi* en el ejercicio de la libertad de expresión nos ha-

llábamos ante un delito contra el honor (*injurias*), desde el espíritu constitucional, es posible observar la existencia de ese ánimo y no haber delito contra el honor por el efecto existente de *animus criticandi*.

El Tribunal Constitucional Español señala al efecto:

El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor.⁸⁹

“Este entendimiento del citado problema” determina el Tribunal Español

es constitucionalmente insuficiente, por desconocer que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el honor.⁹⁰

Siguiendo el criterio de la sentencia en el caso de conflicto entre esos derechos fundamentales (honor y libertad de expresión o información) deben tenerse presentes dos perspectivas, “la que enjuicia o valora la

89 STCE 107/1988, del 8 del junio (“BOE” del 25 de junio) recurso de amparo, núm. 57/1987, magistrado ponente: Eugenio Díaz Eimil.

Hechos: Declaración de un objetor de conciencia al periódico *Diario 16*, del 8 de agosto de 1982 en el marco de una entrevista que le hicieron con motivo de una anterior condena por injurias al Ejército que le había impuesto la Audiencia provincial de Madrid. La entrevista finalizaba con las siguientes declaraciones proferidas por el recurrente: “Es increíble que a mí me metan siete meses y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey. Esto me confirma una idea que yo tenía arraigada; hay una gran parte de los jueces que son realmente incorruptibles; nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia”. Véase Ferreiro Galguera, Juan, *op. cit.*, p. 71.

90 Sentencia citada.

conducta del sujeto en relación con el derecho al honor que se dice lesionado, y aquella otra, cuyo objeto es valorar dicha conducta en relación con la libertad de expresión o información en ejercicio de la cual se ha invadido aquel derecho”.⁹¹

Una vez ante los dos derechos fundamentales que colisionan, el tribunal debe realizar una tarea de ponderación para decidir cual de los dos “derechos” tiene más fuerza desde la perspectiva del bien común. Al respecto el Tribunal Constitucional Español señala:

“La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En la sentencia 51/1989 del 22 de febrero,⁹² el Tribunal Constitucional señala que al hacer el juicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, debe tener en consideración que el alcance justificativo de la libertad de expresión y el de la libertad de la información no es igual, ya que “la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud, y que, por lo mismo, dotan a aquella de un contenido legitimador más amplio”.⁹³

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido también en el caso del senador del Partido Nacionalista Vasco, Miguel Castells, el cual había sido condenado por injurias contra el gobierno, al acusar en una publicación que ciertos grupos policiales colaboraban con grupos paramilitares que asesinaban refugiados políticos vascos en Francia, afirmando la existencia de una corresponsabilidad del gobierno por omisión, al no actuar para impedir dicha colaboración.

El Estado español fue condenado por la Corte Europea por violar el artículo 10 de la CEDH, argumentando que “la posición dominante que ocupa el gobierno hace necesario que este disponga restrictivamente de los procedimientos penales, particularmente cuando tiene a su disposición otros medios para replicar los ataques injustificados y críticos de sus adversiones o de los medios” (caso Castelles vs. España, CEDH, Serie A, 236, 1992).

91 Sentencia citada.

92 STC 51/1989 del 22 de febrero (“BOE”, núm. 62, del 14 de marzo de 1989) recurso de amparo 890/1986, magistrado ponente: Jesús Leguina Villa.

93 Sentencia citada.

Las normas jurídicas internas del Estado que establecen el delito de desacato colisionan frontalmente con el derecho constitucional de libertad de expresión e información.

Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el tipo de debate político crítico propio del sistema democrático generan discursos duros e incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o estén íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De allí que el ataque de quién se encuentra en posición de poder o autoridad respecto de la crítica acerva afecta la esencia de la libertad de expresión.⁹⁴

A su vez, el temor a la sanción penal genera desalientos y desincentivos a expresarse críticamente sobre temas de relevancia pública, especialmente cuando no se distingue adecuadamente entre juicios de valor y hechos.

La Convención Americana de Derechos Humanos reduce el umbral de poder coactivo del sistema de justicia penal para restringir la libertad de expresión, ya que éste genera un efecto inevitablemente inhibitorio para la libertad de expresión, por tanto, la sanción penal debe aplicarse únicamente ante “una amenaza evidente y directa de violencia anárquica”.⁹⁵

Como señala la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana, debe existir “un profundo compromiso nacional a favor del principio de que el debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, amplio y que bien puede llegar a ataques vehementes, causticos, y a veces desagradablemente agudos, respecto de gobierno y de los funcionarios públicos”, así “las garantías constitucionales requieren una regla federal que prohíba a un funcionario público el reclamo de daños por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada ‘actual malice’, esto es con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no”.⁹⁶

Por otra parte, un órgano jurisdiccional que respeta la Constitución y el derecho a un justo y racional proceso, que comprende el derecho de defensa y de igualdad de armas, y el principio de congruencia, impide las incoherencias entre acusación y sentencia. Así, alguien imputado por calumnia y que se ha defendido de dicha imputación, luego no puede ser condenado por injurias, ya que ella viola la regla del derecho de defensa frente a una imputación no formulada por la parte acusadora e impide de-

94 Véase Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), OEA serie L/V/11-88, documento 9 rev., 17 febrero 1995, p. 128.

95 *Op. cit.*, p. 222.

96 *New York Times vs. Sullivan*, 276, 1964, pp. 269 y 270.

fenderse de ella en el proceso, en las etapas correspondientes, además de violar el principio de congruencia.

Ello también es aplicable en el derecho procesal penal moderno, el cual considera como complemento del principio *iura novit curia*, la prohibición de condenar utilizando un precepto penal distinto de aquel que ha sido planteado por la acusación admitida para provocar la defensa, así ocurre en el Código Procesal Penal Alemán, el Código Procesal Penal modelo para América Latina, el Código de Procedimiento Penal Español, entre otros, ya que siempre debe protegerse el derecho de defensa. Tal perspectiva esta implícita en el derecho de defensa y de igualdad de armas en el proceso, que forma parte del debido proceso o del racional y justo procedimiento penal.

Tal perspectiva también es importante para la ponderación de los bienes jurídicos en juego.

El derecho de respuesta réplica o rectificación es la facultad de toda persona afectada por noticias inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de un medio de comunicación social que se dirija el público en general, otorgándole el derecho a efectuar por el mismo medio su respuesta o rectificación en los condiciones que establece la ley.

Como señala Ekmekdjian el derecho de respuesta o rectificación es “el derecho a contestar, por el mismo medio, una opinión o noticia que agravia o perjudica en forma injusta, irrazonable o errónea, la reputación, algunos de los aspectos esenciales de la personalidad o algunas de las creencias fundamentales el replicante, efectuados por medio de la prensa”.⁹⁷

La rectificación se produce cuando un medio informa erróneamente sobre algún aspecto de una persona, donde ella pueda rectificar el error.

En el caso Argentino, la réplica surge cuando se trata de un ataque malicioso contra la honra o creencias esenciales de la persona Caso Ekmekdjian, M. A. Sofovich G., y otro.⁹⁸

En programa de canal 2 de televisión dirigido por Gerardo Sofovich, el escritor Dalmiro Saens expresó conceptos agraviantes para Jesús y la Virgen María.

Ekmekdjian aludiendo al artículo 14.1, CADH exigió el derecho de replica el que se puede ejercer cuando se afecta la honra y las más pro-

97 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Derecho a la información*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 65.

98 Sentencia del 7 de julio de 1992 de la Corte Suprema Argentina, recurso de hecho E64 XXXIII.

fundas convicciones de una persona, acogiendo la Corte, el derecho de réplica o rectificación dada la afectación de la convicciones y sentimientos religiosos del peticionario.

La Corte Suprema Argentina ha protegido el derecho al honor en el caso “Ekmekdjian”, en sentencia del 7 de julio de 1992, dictado como consecuencia de una acción judicial de amparo en defensa del derecho de réplica frente a declaraciones formuladas en un programa de televisión. La sentencia aludida afirma que:

la información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión.

A su vez, respecto de la legitimación de la persona para ejercer el derecho a respuesta, la Corte Argentina determina que

la afirmación que provoca la rectificación o respuesta, invade los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así —y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración en el derecho— en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentes frente a quienes, sin razón alguna, lo difaman hasta llegar al nivel de insulto soez, con grave perjuicio a la libertad religiosa. Estos extremos quedarán sujetos a la severa valoración del juez de la causa, aunque no cabe duda que en tales condiciones la ofensa afecta la honra personal; por tanto, a uno de los derechos subjetivos que mayor protección debe recibir por parte del ordenamiento jurídico.

Luego se refiere a la afectación en los derechos del demandante:

el recurrente en su carácter de católico militante se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la virgen María. No se trata, pues, de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con un sistema de creencias... Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación —a través de los medios de difusión— de las personas, sím-

bolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.

Termina la Corte estableciendo que la importancia de los medios de comunicación social los obliga a cumplir sus funciones con responsabilidad, en especial “cuando la información afecta la reputación, la honra y el honor de las personas violando el derecho que todo hombre tiene a su intimidad, forma y estima, toda vez que no puede quedar la personalidad humana a merced del poder de los medios” y accediendo a la demanda de la persona afectada.

Se excluyen del derecho de rectificación, réplica o respuesta, réplicas de opiniones políticas, partidarias o ideológicas.

La información u opinión debe afectar gravemente el honor o las convicciones de las personas.

El derecho de rectificación si bien se concreta cuando se afecta la honra de la persona, a veces el daño a la honra puede provenir de la publicación o publicidad de algunos aspectos de la vida privada de la persona.

En España, la Ley Orgánica 2/84 del derecho de rectificación en su artículo 1o., no precisa los derechos que pudieren ser lesionados y que posibilitan la rectificación. Este derecho de rectificación en España sólo hace referencia a hechos y no a opiniones (artículo 2.2.)

Así en el caso del periodista José María García, que en su programa radial criticó al presidente de la Federación Española de Fútbol, señor Roca, deben distinguirse las evaluaciones de una actuación concreta (hechos veraces y comprobados) de los actos vejatorios y deshonorosos, como señala el Tribunal Constitucional Español:

...vejar la imagen y la dignidad del Sr. Roca, en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información. Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta... y otra cosa... es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre (STC 105/90, FJ 8).

En el mismo sentido, se encuentran entre dos sentencias, la 190/92 fundamento jurídico 5o. y la sentencia 123/93, fundamento jurídico 2o.

La utilización de epítetos injuriosos o insultantes sin fundamento en los hechos ni en directa relación con las conductas o actuaciones de relevancia pública no tienen justificación, constituyen un abuso ilegítimo del derecho a la libertad de opinión, aún cuando ellas no sean creíbles y muestren las miserias o inventivas desafortunadas del informante. Como señala López Ulloa, la libertad de expresión debe utilizarse “como cauce de afinanzamiento de la democracia, para el fortalecimiento de la opinión pública y no como un medio de diversión,⁹⁹ a costa de la honra de las personas.

En la misma perspectiva, se encuentra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano en la sentencia T-080 de 1993:

La importancia para la vida democrática y para el intercambio libre de ideas, justifica que la jurisprudencia constitucional le haya otorgado a la libertad de expresión primacía sobre los derechos a la honra y al buen nombre, salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales.

En la sentencia C-162 del 2000, la Corte Constitucional de Colombia analiza el tema de la rectificación. Aun cuando el tema se refiere a la televisión, las conclusiones pueden extenderse a los otros medios de comunicación social. En la sentencia se establece que la finalidad del derecho a la rectificación es el de restablecer “en tiempo oportuno y bajo condiciones de equidad, el equilibrio informativo”. Así junto a la versión del comunicador la opinión pueda conocer el relato de la persona que se considera agraviada por una información que juzga falsa o inexacta y que la perjudica. Si el responsable no le permite al perjudicado acceder a la audiencia a la cual se requiere esclarecer la noticia a través del mismo medio, entonces el juez debe resolver sobre su procedencia.

De acuerdo con la misma sentencia y dada la realidad de equilibrio informativo del derecho de rectificación, réplica o respuesta, la Corte Constitucional de Colombia, sostiene que la rectificación procederá “salvo que las pruebas aportadas indicaren claramente que el relato del actor

99 López Ulloa, Juan Manuel, *Libertad de informar y derecho a expresarse: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, España, Ed. Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 1994, p. 114.

carece de todos sustento o resulta ser manifiestamente no ajustado a la verdad”.

La Corte Constitucional señala que en el proceso civil o penal respectivo, a diferencia del de rectificación, se investiga con profundidad sobre la verdad o la exactitud de la información, puesto que sólo podrá deducirse o negarse la codigna responsabilidad. El fallo de tutela sobre la rectificación, en consecuencia, no produce cosa juzgada respecto del proceso judicial ordinario que se dirija a establecer la responsabilidad eventual del comunicador, que podrá llegar a conclusiones distintas sobre los extremos inicialmente discutidos.¹⁰⁰

El equilibrio informativo se obtiene cuando obra la equidad sobrepasando el agravio que busca superarse, por lo cual la Corte Constitucional de Colombia señala que la equidad obra

cuando examinadas y estimadas todas las características y circunstancias propias del caso concreto, la aclaración que sobre los hechos se hace, permite concluir, dentro de un juicio espontáneo, que dicha rectificación ha sido eficaz y equitativa, esto es, que resultó ser un procedimiento adecuado para lograr el propósito perseguido, cual es, el de que se informe la verdad de los hechos y de esta forma, se protejan los derechos que con la información inexacta o errónea fueron lesionados u ofendidos.¹⁰¹

En todo caso, cabe señalar que determinadas formas de expresión excluyen el derecho de rectificación respuesta o aclaración, tal es el caso de obras literarias, artísticas, cinematográficas, científicas.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia en el caso “Pelota Caliente”, el derecho a rectificar la información errónea o distorsionada protege la honra y el buen nombre de las personas y constituye una de las obligaciones elementales del medio de comunicación social:

El de rectificación es un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y a los de la honra y al buen nombre, que por su conducto se protegen. Por eso, el medio que se niega a rectificar, debiendo hacerlo, puede ser forzado a cumplir la obligación correlativa que le es exigible mediante el ejercicio de la acción de tutela.

100 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-162 de 2000.

101 *Ibidem*, T-369 de 1993.

Es que, cuando un medio de comunicación rectifica, no concede una gracia ni hace un favor al ofendido. Apenas da cumplimiento a una de sus más elementales obligaciones.

Bien se sabe que, de todas maneras, algo queda de la especie difundida y, por tanto, el resarcimiento no es total, pero, por lo menos, se facilita al perjudicado su futura defensa a través de una constancia originada en quien causó el agravio.

Claro está, como la Corte lo ha puesto de presente, la rectificación se impone al medio tan solo en la medida en que objetivamente aparezca que se ha equivocado. Mal podría pretenderse una pública corrección de aquello que probadamente es verdadero. De allí que un medio informativo pueda negarse a rectificar, siempre que lo haga fundadamente, cuando está convencido de la veracidad de las informaciones objeto de reclamo.

La Corte debe insistir en lo siguiente:

Si el medio de comunicación se equivocó públicamente, debe rectificar públicamente. Y lo debe hacer con honestidad y con franqueza, sin acudir al fácil expediente de disimular su falta de veracidad u objetividad trasladando a la persona lesionada la responsabilidad de desempeñar el papel que en justicia debe cumplir el autor de las afirmaciones materia de rectificación. Si el medio habló en primera persona para difundir la especie falsa o inexacta en cuya virtud se hirió la honra o el buen nombre de un miembro de la sociedad, este tiene derecho, garantizado por la Carta, a que también en primera persona el medio reconozca pública y abiertamente el error cometido.

Claro está, todo lo dicho vale dentro del supuesto de que en realidad las aseveraciones difundidas presenten cualquiera de las características enunciadas (inexactitud, falsedad, tergiversación, falta de objetividad) ya que, de no ser así, el medio puede reafirmarse en lo dicho, aportando públicamente las pruebas que acreditan la veracidad e imparcialidad de lo informado (*cfr.* Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-332 de agosto de 1994).¹⁰²

La misma sentencia de la Corte Constitucional Colombiana en el caso “Pelota Caliente” ha establecido la oportunidad y la forma en que debe concretarse el derecho de rectificación por información falsa no verificada:

En el caso examinado la Corte observa que la crónica tutelada “Pelota Caliente” no está claro según lo dicho, que las acciones respectivas ha-

102 Sentencia T-074 del 23 de febrero de 1995, *cit.* por *Judicium et Vita*, p. 28.

yan podido dirigirse validamente contra la revista *Semana* y también contra el doctor M. V., su director, aunque éste no haya escrito directa y personalmente el informe que dio lugar a la demanda.

Así, pues, la Corte ordenará que por el exacto cumplimiento de esta sentencia responda el director del medio demandado, ya que es a él a quien compete verificar que la rectificación aludida se produzca en los términos fijados en la presente providencia.

Oportunidad de la rectificación:

Para que la rectificación cumpla su cometido y garantice de manera efectiva la reivindicación de quien ha sido víctima de incriminaciones infundadas o de informaciones ajenas a la verdad, debe ser oportuna. La rectificación tardía es inoficiosa y extemporánea.

Por ello, el medio llamado a rectificar debe hacerlo en un término razonable a partir de la solicitud correspondiente, desde luego previa verificación de los hechos.

Ha observado la Corte que en el presente caso, cuando el actor ejerció la acción de tutela (14 de septiembre de 1994), habían transcurrido varias semanas desde la fecha en que se había dirigido a la revista para pedirle que rectificara (escrito recibido en la sede del medio el 12 de agosto).

Tan sólo en la entrega del 27 de septiembre (edición número 647) fue publicada la carta del petente, aunque por medio de una nota que a su texto se añadió, la revista, lejos de rectificar, hizo aseveraciones nuevas y distintas, específicamente relacionadas con posible antecedentes penales del quejoso, que luego fueron contradichas por el jefe de la Sección Técnica de la Unidad Central de Criminalística y por la Sección contra Delitos de Narcotráfico de la Subdirección de Policía Judicial e Investigaciones (folios 267 y 268).

La rectificación fue, pues, tardía y, como arriba se expresa, se refirió a aspectos diversos del que ha debido rectificarse.

Según el material probatorio que ha conocido la Corte, el peticionario tenía razón al solicitar que la revista *Semana* rectificara el informe por ella publicado, en el cual se afirmaba que las autoridades del Perú reclamaban su extradición pese a que, de conformidad con las certificaciones de las competentes dependencias oficiales colombianas, ello no correspondía a la realidad.

Dado que la rectificación no se produjo oportunamente y puesto que, varias semanas después, cuando se publicó la carta del solicitante, el se-

manario agregó nuevos datos, carentes de todo respaldo, resulta indudable que fueron lesionados los derechos a su honra y a su buen nombre y que, por otra parte, se desconoció la presunción de inocencia que lo favorecía, según el artículo 29 de la carta, mientras no fuera desvirtuada —previo un debido proceso— por decisión judicial en firme.

A juicio de la Corte, si de antecedentes penales se trataba, la revista *Semana* ha debido aplicar lo previsto en el artículo 248 de la Constitución Política: “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Se estima que el medio de comunicación no podía fundar su información —como lo hizo— en las que a su vez habían suministrado otras publicaciones *Semana* ha debido asumir su responsabilidad, si daba crédito a las fuentes consultadas —puesto que hizo suyas las aseveraciones de éstas y, por tanto, estaba obligado a confirmar el dato que publicaría, especialmente teniendo en cuenta que por razón de él quedaría en tela de juicio el nombre y el prestigio de una persona.

Más todavía, después de la publicación inicial y ante la solicitud de rectificación, era su deber el de verificar los hechos y reconocer, en la misma forma pública en que había difundido la especial ofensiva, que era errónea, para obtener que la información transmitida a la colectividad fuera contrarrestada.

Cabía, entonces, la acción de tutela y estaba llamada a prosperar, como en efecto aconteció en el estrado de instancia, siendo claro que la rectificación ordenada por el Juzgado no se refirió, debido a la extemporaneidad de las respuestas oficiales, a la noticia sobre solicitud de extradición por parte del Perú, sino el hecho de que el peticionario no registraba en la policía antecedentes de narcotráfico o enriquecimiento ilícito.

Por tanto, habida cuenta de que en sede de revisión, esta Corte si conoció las certificaciones no recibidas a tiempo por el juez de instancia, habrá de confirmar el fallo, pero adicionándolo en el sentido de que la revista *Semana* deberá rectificar sobre la materia en torno a la cual todavía no lo ha hecho; es decir, acerca de que no existió la solicitud de extradición por ella sostenida inicialmente.

La Corte Constitucional advierte que los fundamentos jurídicos del presente fallo versan de manera exclusiva y específica sobre la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela en relación con la afirmación pública que ha debido ser rectificadas, por lo cual, no siendo de competencia del

juez constitucional la definición acerca de responsabilidades de índole penal, el hecho de conceder la tutela impetrada no encierra pronunciamiento judicial alguno desde su punto de vista.

Así, pues, esta sentencia no constituye absolucióndel “peticionario en relación con los ilícitos mencionados, ni tampoco su condena, pues no produce ningún efecto en el campo propio de la jurisdicción penal ordinaria. Su consecuencia jurídica ...tan solo el campo constitucional en el estricto ámbito de la acción de tutela”.¹⁰³

La Corte Constitucional de Colombia, en el caso de la sentencia T-332 de 1993, Jeannette Durán contra TV Hoy, determinó quién es sujeto activo de la rectificación, cuando procede ella y como su concreción constituye el presupuesto para ejercer los procesos judiciales para hacer efectiva la responsabilidad civil y penal que corresponda. Así lo precisa el magistrado Eduardo Cifuentes en una ponencia sobre libertad de expresión.¹⁰⁴

La Corte Constitucional (caso Jeannette Durán contra TV Hoy), precisó: “quien rectifica es el medio, no el perjudicado con la información suministrada”. No se rectifica por el medio cuando éste simplemente sirve de conducto para transmitir la versión del agraviado con la información falsa, inexacta o imparcial. La rectificación en equidad, sostiene la Corte, sólo admite dos comportamientos posibles. El primero, el medio se niega a concederle e insiste en su posición inicial, lo cual es enteramente posible siempre que aporte las pruebas que soportan la veracidad e imparcialidad de la información suministrada. El segundo, el medio acepta el error cometido y procede públicamente por sí mismo a rectificar el mensaje que adolezca de uno cualquiera de los anotados defectos.

La procedencia del derecho a la rectificación sólo es posible cuando objetivamente el medio ha incurrido en una equivocación o publicado una información carente de respaldo en la realidad de los hechos. Para la Corte, en este caso, la rectificación tiene carácter perentorio y ella no obedece a la concesión graciosa del medio. Agrega la Corte: “Bien se sabe que, de todas maneras, algo queda de la especia difundida y, por tanto, el resarcimiento no es total, pero, por lo menos, se facilita al perjudicado su futura defensa a través de una constancia originada en quien causó el agravio” (cfr. sentencia T-074 de 1995). El proceso de tutela, en consecuencia, no pone término al restablecimiento integral del derecho con la sentencia que

103 Sentencia “Pelota Caliente”, 23 de febrero de 1995, cit. por *Judicium et Vita*, pp. 31 y 32.

104 Texto inédito para ser publicado en la revista *Ius et Praxis*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2000.

ordena la rectificación. Esta última y, en particular, el acto de reconocimiento del error o de la falsedad o inexactitud por parte del medio o del periodista, constituyen el presupuesto para deducir completamente, a través de procesos judiciales ulteriores, las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.

3. Las normas o códigos éticos autoestablecidos, los cuales provienen de distintos orígenes, organizaciones internacionales de periodistas y de organizaciones empresariales o gremiales periodísticas nacionales, constituyen otro medio para hacer efectiva la responsabilidad de los medios y periodistas en el ejercicio de sus actividades, pudiendo establecer sanciones.

Entre los que tienen su origen en el ámbito internacional pueden señalarse aquellos que han surgido de la Organización Internacional de Periodistas (OIP) de 1954, de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) de 1950, de la Federación Internacional de Periodistas (FIP) de 1954, o de organismos internacionales como la UNESCO del 21 de noviembre de 1983.

En el ámbito de los códigos nacionales pueden señalarse el Código de Honor de la Federación de Asociaciones de Periodistas Franceses, la Declaración de Munich que es el código de los periodistas suizos, además de códigos de ética adoptados por la Comunidad Europea, posteriormente Unión Europea. Prácticamente todos los gremios periodísticos tienen código de honor en los distintos países.

VIII. ANEXOS

CONSTITUCIONES Y DISPOSICIONES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. *Constitución de Argentina* (adoptada el 23 de agosto de 1994)

Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...

Artículo 43

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegala-

alidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

2. *Constitución de Bolivia* (adoptada el 2 de febrero de 1967)

Artículo 7o.

Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

b) a emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión.

Artículo 20

Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos.

Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas, mediante instalación que las controle o centralice.

3. *Constitución de Brasil* (adoptada el 5 de octubre de 1988)

Artículo 5o.

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la

inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

IV. Es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato;

V. Queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen;

IX. Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia;

X. Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación;

XII. Es inviolable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial en la hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal;

XIV. Queda garantizado a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional;

XXVIII. Están asegurados, en los términos de la ley:

- a) la protección de las participaciones individuales en obras colectivas y de la reproducción de imagen y voz humanas, incluso en las actividades deportivas;
- b) el derecho de los creadores, de los intérpretes y de las respectivas representaciones sindicales y asociativas de fiscalización del aprovechamiento económico de las obras que creasen o en las que participasen;

XXXIII. Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado;

Artículo 17

3o. Los partidos políticos tienen derecho a recursos del fondo de los partidos y acceso gratuito a la radio y la televisión, en la forma de la ley.

Artículo 220

La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación bajo cualquier forma, proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución.

1o. No contendrá la ley ninguna disposición que pueda constituir una traba a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación social, observándose lo dispuesto en el artículo 5o., IV, V, X, XIII y XIV.

2o. Está prohibida toda censura de naturaleza política, ideológica y artística.

3o. Corresponde a la ley federal:

I. Regular las diversiones y espectáculos públicos, correspondiendo al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que se presenten se muestre inadecuada.

II. Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el artículo 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente.

4o. La publicidad comercial de tabaco, bebidas alcohólicas y agrotóxicos, medicamentos y terapias estará sujeta a restricciones legales, en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que fuese necesario, advertencia sobre los perjuicios derivados de su uso.

5o. Los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de monopolio u oligopolio.

6o. La publicación de los medios impresos de comunicación no necesitan de licencia de la autoridad.

Artículo 221

La producción y programación de las emisoras de radio y televisión, atenderán a los siguientes principios:

I. Preferencia a las finalidades educativas, artísticas, culturales e informativas;

II. Promoción de la cultura nacional y regional y estímulo a la producción independiente que haga posible su divulgación;

III. Regionalización de la producción cultural, artística y periodística, de acuerdo con los porcentajes establecidos por la ley;

IV. Respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia.

Artículo 222

La propiedad de las empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileños de origen naturalizados hace más de diez años, a los cuales corresponderá la responsabilidad por su administración y orientación intelectual.

1o. Se prohíbe la participación de personas jurídicas en el capital social de las empresas periodísticas y de radiodifusión, excepto a partidos políticos y sociedades cuyo capital corresponda exclusiva y nominalmente a brasileños.

2o. La participación señalada en el párrafo anterior sólo se efectuará a través de capital sin derecho a voto y no podrá exceder del treinta por ciento del capital social.

Artículo 223

Corresponde al Poder Ejecutivo otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes, observando el principio de complementariedad de los sistemas privado, público y estatal.

1o. El Congreso Nacional examinará el acto en el plazo del artículo 64.2o. y 4o. a contar desde la recepción de la comunicación.

2o. La no renovación de la concesión o permiso dependerá de la aprobación de, al menos, dos quintos del Congreso Nacional, en votación nominal.

3o. La renovación de la concesión o permiso, antes del vencimiento del plazo, depende de la decisión judicial.

4o. El plazo de concesión o permiso será de diez años para las emisoras de radio y de quince para las de televisión.

Artículo 224

A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, el Congreso Nacional instituirá, como órgano auxiliar, el Consejo de Comunicación Social, en la forma de ley.

Artículo 227

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

4. *Constitución de Colombia* (adoptada el 4 de julio de 1991)

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Artículo 20

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Artículo 21

Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

Artículo 73

La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Artículo 74

Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.

Artículo 75

El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 76

La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

Artículo 77

La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la Junta tendrán periodo fijo. El gobierno nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de la Inravisión.

Artículo 111

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá asimismo los casos y la forma como los candidatos debidamente inscritos tendrán acceso a dichos medios.

Artículo 112

Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función de crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficial; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anterior; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales.

Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia.

5. *Constitución de Costa Rica* (adoptada el 7 de noviembre de 1949)

Artículo 24

Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, esta ley determinará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar la intervención de cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación se podrá autorizar el uso de la potestad excepcional y el tiempo durante el que se permitirá. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Toda resolución judicial amparada en esta norma deberá ser razonada, podrá ser ejecutada de inmediato y su aplicación y control, serán en forma indelegable, responsabilidad de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos, respectivamente.

La correspondencia que fuere sustraída y la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirá efectos legales.

Artículo 29

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley lo establezca.

Artículo 30

Se garantiza el libre acceso a los documentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado.

6. *Constitución de Chile* (adoptada el 11 de septiembre de 1980 y reformada el 30 de julio de 1989)

Artículo 19

La Constitución asegura a todas las personas:

- 4o. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto

falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excusarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;

5o. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrá un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.¹⁰⁵

105 El inciso final del artículo 19, núm. 12, ha sido objeto de un proyecto de reforma constitucional que se encuentra en segundo legislativo en el Senado, después de haber sido aprobado en la Cámara de Diputados, reemplazando el sistema de censura por un sistema de calificación cinematográfica.

7. *Constitución de Ecuador* (adoptada el 10 de agosto de 1979 y reformada en 1983)

Artículo 19

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

3o. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.

4o. El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita.

8o. La inviolabilidad y secreto de la correspondencia. Sólo podrá ser aprehendida, abierta y examinada en los casos previstos por la ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía, no harán fe en juicio.

8. *Constitución de El Salvador* (adoptada en 1983 y reformada sustancialmente el 31 de octubre de 1991 y 30 de enero de 1992)

Artículo 6o.

Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes responderán por el delito que cometan.

En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento.

No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o por cualquier otro procedimiento, las empresas que se dedi-

quen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios.

Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminaciones por el carácter político o religioso de lo que se publique.

Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley.

Artículo 24

La correspondencia de toda clase es inviolable; interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra. Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

9. *Constitución de España (29 de diciembre de 1978)*

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Artículo 51

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

Artículo 105

La ley regulará:

c) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

10. *Constitución de Estados Unidos* (adoptada el 15 de diciembre de 1791)

Primera Enmienda de la Constitución.

El Congreso no hará leyes referentes a la religión o prohibiendo el libre ejercicio de la misma o restringiendo la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y hacer peticiones al gobierno en demanda de justicia.

11. *Constitución de Guatemala* (adoptada el 31 de mayo de 1985)

Artículo 24

Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referentes a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordena la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

Artículo 30

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificados que le soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Artículo 31

Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Artículo 35

Es libre la emisión del pensamiento por cualquiera de los medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no

podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto de la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tienen derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones.

No constituyen delito o faltas las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación.

La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y éstos en ningún caso podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo maquinaria y enseres de los medios de comunicación social.

Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar este derecho.

La autorización, limitación o cancelación de las concesiones otorgadas por el Estado a las personas, no pueden utilizarse como elementos de presión o coacción para limitar el ejercicio de la libre emisión del pensamiento.

Un jurado conocerá privativamente de los delitos o faltas a que se refiere este artículo.

Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento.

Los propietarios de los medios de comunicación social, deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida.

12. *Constitución de México* (adoptada el 5 de febrero de 1917)

Artículo 6o.

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que el ataque a la moral, los

derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7o.

Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

Artículo 41

(Párrafo cuarto)

Los partidos políticos tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la ley.

13. *Constitución de Nicaragua* (adoptada el 9 enero de 1987)

Artículo 26

Toda persona tiene derecho:

1. A su vida privada y a la de su familia.
2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
3. Al respeto de su honra y reputación.
4. A conocer toda la información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.

Artículo 30

Los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio.

Artículo 66

Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea

De manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 67

El derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.

Artículo 68

Los medios de comunicación, dentro de su función social, deberán contribuir al desarrollo de la nación.

Los nicaragüenses tienen derecho de acceso a los medios de comunicación social y al ejercicio de aclaración cuando sean afectados en sus derechos y garantías.

El Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo. La ley regulará esta materia.

La importancia de papel, maquinaria y equipo y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos, así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos, de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales.

Los medios de comunicación públicos, corporativos y privados no podrán ser objeto de censura previa.

En ningún caso podrán decomisarse, como instrumento o cuerpo del delito, la imprenta o sus accesorios, ni cualquier otro medio o equipo destinado a la difusión del pensamiento.

14. *Constitución de Paraguay* (adoptada el 20 de junio de 1992)

Artículo 22

De la publicación sobre procesos. La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuizamiento.

El procesado no debe ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada.

Artículo 26

De la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna. Sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Artículo 27

Del empleo de los medios de comunicación. El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento. No se admitirá la prensa carente de dirección responsable.

Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable. Se garantiza el pluralismo informativo. La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, el joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

Artículo 28

Del derecho a informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuéanime.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios.

Artículo 29

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

El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaja. La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso.

Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme a la ley.

Artículo 30

De las señales de comunicación electromagnética. La emisión y la programación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre esta materia.

La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás establecidos en esta Constitución.

Artículo 31

De los medios de comunicación del Estado. Los medios de comunicación del Estado serán regulados por la ley en su organización y funcionamiento, debiendo garantizarse el acceso democrático y pluralista a los mismos de todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades.

Artículo 33

Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Artículo 36

Del derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada. El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios.

Las pruebas documentales obtenidas en violación a lo prescrito anteriormente carecen de valor en juicio.

En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

15. *Constitución de Perú* (adoptada el 29 de diciembre de 1993)

Artículo 2o.

Toda persona tiene derecho:

4) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7) Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

8) A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

10) Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización del a autoridad competente, de conformidad con la ley.

Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

18) A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como guardar el secreto profesional.

Artículo 35

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

16. *Constitución de Uruguay* (adoptada el 1o. de febrero de 1967)

Artículo 28

Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables y nunca podrá hacerse registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

Artículo 29

Es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

17. *Constitución de Venezuela* (adoptada el diciembre de 1999)

Artículo 57

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comu-

nicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Artículo 58

La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Artículo 60

Toda persona tiene el derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.