

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano*

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizan los principales elementos que han marcado el tratamiento del derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se trata de un derecho que ha recibido una atención especial del mencionado sistema, estableciéndose a su respecto regulaciones en los instrumentos interamericanos que se apartan en algunos aspectos de relevancia de los instrumentos de los demás sistemas internacionales de protección. Además, si bien la jurisprudencia interamericana contiene abundantes referencias a la de otros sistemas en materia de libertad de expresión —especialmente a la jurisprudencia europea—, se encarga frecuentemente de enfatizar que el tipo de protección brindada es distinto.

Si bien las bases del tratamiento de la libertad de expresión por el Sistema Interamericano no han variado en el tiempo, lo que sí puede apreciarse como una tendencia evolutiva significativa es el desarrollo de numerosos aspectos específicos, que han ido surgiendo a lo largo de las más de cuatro décadas de funcionamiento del sistema, pero especialmente en los últimos 15 años.

* Artículo publicado anteriormente en *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Miguel Revenga Sánchez y Andrée Viana Garcés (eds.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS PRIMERAS DÉCADAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO: DESARROLLO DE ESTÁNDARES EN UN CONTEXTO AUTORITARIO

Aunque en términos declarativos la OEA ha sostenido desde su establecimiento en 1948 que uno de sus objetivos centrales es la protección de la democracia, en la práctica —y como hemos analizado en los capítulos anteriores—, hasta entrada la década de los ochenta, muchos de los Estados pertenecientes a ella poseían regímenes dictatoriales. No obstante, no se trataba de regímenes homogéneos y, a menudo, su presencia se alternaba en un mismo país con periodos en los cuales se establecían gobiernos civiles. Esto permitió que fuera surgiendo un cierto nivel de garantía de la libertad de expresión, por lo menos a nivel de la normativa interamericana.

El primer instrumento de la OEA que consagra la libertad de expresión es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Adoptada junto con la fundación de la OEA en octubre de 1948, es decir, dos meses antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana establece en la materia que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (art. IV).

Sin embargo, como antes hemos apuntado, durante más de 10 años la Declaración Americana careció de efectos prácticos significativos, puesto que no se estableció ningún órgano encargado de su supervisión. Solo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que recién ocurrió en 1959 —iniciando sus trabajos en 1960—, comienza a emplearse la Declaración Americana como parámetro para evaluar la conducta de los Estados en materia de derechos humanos, incluyendo lo referido a la libertad de expresión.

Durante sus tres primeras décadas de funcionamiento, casi la totalidad del trabajo de la Comisión sobre libertad de expresión estuvo referido a violaciones masivas y sistemáticas o a vulneraciones de gran envergadura. Se trata de lo mismo que ocurría, por lo demás, con la función de la Comisión en relación con el resto de los derechos. En un contexto en que abundaban las dictaduras,

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

la Comisión le prestaba atención de manera casi exclusiva a lo que en ellas sucedía. De este modo, el asesinato de periodistas, la detención de estos por orden administrativa, la persecución de políticos disidentes, de sindicalistas y de ciudadanos en general por sus expresiones críticas al gobierno, la censura administrativa y otras transgresiones evidentes a la normativa internacional acaparaban la atención de la Comisión.¹

No obstante, la dedicación recién mencionada de la Comisión, desde sus primeros años de funcionamiento, se abocó a la elaboración de un Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, de Información e Investigación, el cual incluso fue sometido a la consideración de los órganos políticos de la OEA, recibéndose comentarios de una serie de Estados. Si bien este instrumento nunca llegó a ser adoptado por la OEA, sus elementos centrales sirvieron de base para la regulación que contendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de libertad de expresión.² Este Proyecto de Convención, por ejemplo, ya establecía la prohibición de la censura previa, así como la de diversas formas de censura indirecta.

Durante ese mismo periodo, y más precisamente en 1969, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que vendría a constituirse en el instrumento jurídico central del

¹ En este sentido, pueden consultarse, Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Cuba, 20 de marzo de 1962; Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana, 15 de octubre de 1965; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 21 de mayo de 1969, entre otros.

² Véanse Primer Informe sobre las medidas orientadas al perfeccionamiento y eficacia de los derechos a la libertad de investigación, de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento, OEA/Ser.L/V/II.2, doc. 15, 21 de abril de 1961; Segundo Informe sobre Libertad de Expresión, Información, e Investigación, OEA/Ser.L/V/II.4, doc. 4, 27 de marzo de 1962; Proyecto de Convención sobre Libertad de Expresión, Información e Investigación, OEA/Ser.L/V/II.8, doc. 15, 18 de octubre de 1963. El Proyecto fue reformulado por la Comisión a partir de las observaciones hechas por diversos Estados de la OEA. Dichos Estados, según deja constancia la propia Comisión, fueron Brasil, Chile, Ecuador, Estados Unidos y Venezuela; véase CIDH, Informe sobre la labor desarrollada durante su décimo periodo de sesiones, 12-26 de marzo de 1965, OEA/Ser.L/V/II.11 doc. 19 (español), 2 julio 1965.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sistema Interamericano en la materia. A pesar de haberse aprobado en un contexto en que persistían muchas dictaduras, la Convención Americana consagró en términos muy protectores la libertad de expresión. La Convención Americana, en su artículo 13.1, comienza regulando este derecho en términos idénticos al artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aprobado en la ONU tres años antes—, al señalar que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa y artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En el párrafo 2 del artículo 13, la Convención Americana menciona las mismas causales y usa los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para restringir la libertad de expresión: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, estableciendo, al igual que el instrumento de la ONU, que dichas causales deben estar fijadas por ley y ser necesarias para asegurarlas.

Sin embargo, ya en el mismo párrafo 2 la Convención Americana se aparta de la regulación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al prohibir la censura.

En los párrafos 3, 4 y 5, el artículo 13 de la Convención Americana introduce elementos a los que el Pacto de la ONU no hace referencia, como las diversas formas de censura indirecta, la situación de los menores y los espectáculos públicos y la propaganda o apología de la violencia por razones discriminatorias. La Convención reconoce además, en su artículo 14, el derecho de rectificación o respuesta.

La Convención Americana entró en vigor en 1978 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada en virtud de dicho tratado, sentó las bases de la interpretación de la Convención por vía de una opinión consultiva,³ a pesar de que, en principio

³ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 39 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

siendo importante, el tema puesto en su conocimiento no parecía poseer tanta centralidad en el contexto americano: la colegiación obligatoria de periodistas.

El asunto llegó a la Corte Interamericana por una vía *sui generis*. Un periodista estadounidense residente en Costa Rica, Stephen Schmidt, presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana contra Costa Rica, alegando que la condena a tres meses de prisión a la que había sido objeto por ejercicio ilegal de la profesión de periodista al efectuar dicha actividad sin formar parte del Colegio de Periodistas de ese país, requisito establecido por la legislación interna,⁴ vulneraba su derecho a la libertad de expresión. La Comisión desestimó la denuncia por considerar que el referido requisito constituía una regulación razonable del ejercicio de dicha actividad. Se trataba, como lo hizo ver la Corte Interamericana, de una buena oportunidad para haber sometido el caso por parte de la Comisión a dicho Tribunal, dado que representaba un tema novedoso para el Sistema Interamericano y que hasta esa fecha la Corte no había podido desarrollar su función contenciosa.⁵ Sin embargo, la Comisión no lo hizo.

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 17/84, caso 9178 (Costa Rica) OEA/Ser. L/V/II. 63, doc. 15, 2 de octubre de 1984.

⁵ La Corte señaló que “[a]unque la Convención no especifica bajo qué circunstancias la Comisión debe referir un caso a la Corte, de las funciones que asigna a ambos órganos se desprende que, aun cuando no esté legalmente obligada a hacerlo, hay ciertos casos que, al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por esta a la Corte. El caso *Schmidt* cae ciertamente dentro de esta categoría. Se trata de un caso que plantea problemas legales controversiales no considerados por la Corte; su trámite en la jurisdicción interna de Costa Rica fue objeto de decisiones judiciales contradictorias; la propia Comisión no pudo alcanzar una decisión unánime sobre esos problemas jurídicos; y es una materia que reviste especial importancia en el continente, donde varios Estados han adoptado leyes parecidas a la de Costa Rica”. Enseguida añade que “[d]ado que los individuos no están legitimados para introducir una demanda ante la Corte y que un gobierno que haya ganado un asunto ante la Comisión no tiene incentivo para hacerlo, la determinación de esta última de someter un caso semejante a la Corte, representa la única vía para que operen plenamente todos los medios de protección que la Convención establece. Por ello, en tales hipótesis, la Comisión está llamada a considerar especialmente la posibilidad de acudir a la Corte”. Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párrs. 25 y 26.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Costa Rica tampoco remitió el caso como tal a la Corte, pero en cambio sometió una solicitud de opinión consultiva sobre el mismo tema. La Corte se declaró competente para conocer de dicha solicitud y emitir una opinión al respecto.⁶

El argumento de la Corte no menciona explícitamente la libertad de asociación: de hecho, en su propio encabezado, la sentencia se refiere solo a los artículos 13 y 29, relativos a la libertad de expresión y a las normas de interpretación, respectivamente. Ello se explica porque el núcleo de la argumentación de la Corte gira en torno a la libertad de expresión: es precisamente la protección de esta la que, a juicio de la Corte, hace incompatible la colegiación obligatoria de periodistas con la Convención Americana, en cuanto dicha colegiación impida el acceso de cualquier persona a expresarse a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, a pesar de no referirse explícitamente a la libertad de asociación, la Corte, en la mencionada opinión consultiva, distingue la colegiación obligatoria de periodistas de la de otros profesionales. La Corte, refiriéndose a estos últimos, señala que “la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es *per se* contraria a la Convención [Americana] sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas”.⁷

Lo que hace la Corte Interamericana es invocar una limitación por razones de orden público, que justificaría la colegiación obligatoria de profesionales que no sean periodistas, siempre y cuando no se afecte la libertad de expresión:

[...] si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran

⁶ Esto podría levantar críticas en el sentido de que se trataba de un caso contencioso encubierto, es decir, de una solicitud de opinión consultiva revestida únicamente de la apariencia de tal, en circunstancias de que en realidad podría tratarse de que la Corte se pronunciara indirectamente sobre un caso específico. Sin embargo, como señala la Corte, se trataba de un caso que había sido ganado por Costa Rica en la Comisión, por lo que mal podría considerarse como un resquicio de parte de dicho Estado el solicitar una opinión consultiva que coincidía en algunos aspectos con los temas del caso.

⁷ *Ididem*, párr. 68.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.⁸

La Corte agregó que “las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo (...)”.⁹ En la opinión consultiva no se señala cuál es el derecho que se estaría limitando por razones de orden público, pero no cabe sino entender que se trata de la libertad de asociación.

Aunque la conclusión a la que arriba la Corte Interamericana es similar a la del Sistema Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia, el fundamento que se proporciona es diferente. En efecto, la antigua Comisión Europea definió la libertad de asociación como “la capacidad general de los ciudadanos de incorporarse, sin interferencia por parte del Estado, a asociaciones, a fin de alcanzar diversos objetivos”,¹⁰ definición de la que la propia Comisión Europea dedujo que la libertad de asociación —y la de no asociarse— se refiere a asociaciones privadas.¹¹

Siguiendo esta lógica, tanto la antigua Comisión Europea como el Tribunal Europeo concluyeron que las organizaciones de carácter profesional quedan fuera de la esfera protegida por la libertad de asociación, puesto que no son, en rigor, asociaciones privadas, ya que poseen un componente público central.¹² La

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, párr. 76.

¹⁰ CEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos), Appl. 6094/73, *Association vs. Sweden*, D & R 9, 1978, p. 5 (7). La traducción es mía.

¹¹ *Ibidem*, p. 8.

¹² CEDH, *Caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere vs. Belgium*, informe de 14 de diciembre de 1979, p. 23; Corte EDH, decisión de 23 de junio de 1981, pp. 26-27. El caso se refería a la orden de los médicos. También se estableció que habría una violación de la libertad de asociación cuando la existencia de la colegiatura profesional obligatoria impidiese el que colegas de una misma profesión formasen asociaciones voluntarias en materias profesionales privadas.

Comisión caracterizaba como roles básicos de un colegio profesional “el mantenimiento de la ética y de la disciplina al interior de la profesión, así como la defensa de los intereses de sus miembros en disputas externas”.¹³

El fundamento que desarrolla la Corte Interamericana acerca de las demás profesiones no recurre, sin embargo —y a diferencia de los órganos europeos—, a la distinción público/privado. La Corte no afirma —tampoco lo niega— que los colegios profesionales sean algo distinto de las “asociaciones”, como sostuviera su equivalente europeo.

No obstante la importancia del tema recién descrito y que confronta la Corte Interamericana en la opinión consultiva en mención, lo cierto es que la relevancia de esta excede con mucho a la colegiación obligatoria de periodistas, ya que en verdad lo que hace la Corte es sentar las bases del tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. En este sentido, la Corte Interamericana asume expresamente en su opinión consultiva en análisis que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que “[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (art. 10) y del Pacto (art. 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”, añadiendo que “el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, solo sea porque este no prohíbe expresamente la censura previa”.¹⁴ En consecuencia, una diferencia fundamental de la Convención Americana respecto de los otros dos tratados internacionales recién mencionados es que aquella establece una prohibición de

¹³ CEDH, *Association vs. Sweden*, *supra*, p. 8. La traducción es mía.

¹⁴ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párrs. 50 y 45.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

la censura previa para tiempos de normalidad constitucional. Ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el Convenio Europeo contienen una prohibición tan perentoria al respecto.

El Pacto Internacional establece en su artículo 19, luego de consagrar la garantía de la libertad de expresión, que su ejercicio “entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente —añade—, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas”. Cabe observar que la redacción antedicha es idéntica a la de los literales *a* y *b* del inciso 2 del artículo 13 de la Convención Americana, que más arriba hemos citado. La diferencia radica en que esta última, adoptada tres años después que el Pacto Internacional, distingue expresamente entre censura previa y responsabilidades ulteriores, en la forma en que lo hemos descrito.

Por su parte, el Convenio Europeo —muy anterior, adoptado en 1950— también establece en su artículo 10 que el ejercicio de la libertad de expresión importa deberes y responsabilidades y que dicho derecho

[...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones o para garantizar la auto-ridad y la imparcialidad del poder judicial.

Según se advierte, el Convenio Europeo no contiene una prohibición de la censura previa.

Siendo similares ciertos pasajes de la Convención Americana y el Pacto Internacional en lo relativo a la libertad de expresión y difiriendo significativamente en otros pasajes sobre la misma materia, es evidente que el énfasis de la Convención Americana en la cuestión de la censura no es secundario, y que todo condu-

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ce a entender que ella prohíbe no solamente la censura administrativa sino también la judicial.¹⁵

La Convención Americana no se refiere de manera específica a la censura administrativa, sino que contempla una prohibición general de la censura previa. A este respecto, la Convención dispone en su artículo 13.2 que el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En su numeral 4, el mismo artículo añade que “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de los establecido en el inciso 2”.

Internándose más allá de la censura administrativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva que venimos revisando, luego de calificar a la libertad de expresión como un pilar de una sociedad democrática, sostuvo que constituye censura previa cualquier forma de medida preventiva—esto es, no solo las de carácter administrativo— que impida el ejercicio de dicha libertad, señalando que “[e]l artículo 13.2 de la Convención define a través de qué medios pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión. Estipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa, la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por este medio un abuso eventual

¹⁵ El voto separado del juez Piza Escalante en la OC-5 así lo señala expresamente: “el art. 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de «ciertas restricciones» del primero, por la de «responsabilidades ulteriores», sustitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo”. Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párr. 8 del mencionado voto separado.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

de la libertad de expresión. En esta materia *toda medida preventiva* significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención” (las cursivas son nuestras).¹⁶ Estas ideas han sido posteriormente reiteradas por la Comisión y la Corte en una serie de ocasiones, que analizaremos más adelante.

En la opinión consultiva 5, la Corte revisa también el tema de las responsabilidades ulteriores. Se trata, a diferencia de la censura previa, de mecanismos legítimos conforme a la Convención Americana, siempre que cumplan ciertos requisitos. Al respecto, la Corte señaló que para su determinación es necesario “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 establecerlas, y *d*) que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines”.¹⁷

De esta manera, conforme al argumentado desarrollado por la Corte Interamericana en su opinión consultiva 5, la Convención establece un enfoque bipolar, según el cual se excluye la censura previa como instrumento legítimo para limitar la libertad de expresión y se autoriza la atribución de responsabilidades ulteriores sujetas a determinadas exigencias.

Por último, otro aspecto relevante al que se refiere la Corte en la mencionada opinión consultiva es el de la doble dimensión —individual y colectiva— de la libertad de expresión. Con esto, el Tribunal quiere apuntar a que, por una parte, mediante su dimensión individual, dicha libertad sirve de base para el ejercicio de la autonomía personal y que, por otra, posee un alcance colectivo o social también de gran importancia, que tiene que ver con la centralidad de la libertad de expresión para un adecuado funcionamiento de un régimen democrático de gobierno, abriendo las vías para un debate público vigoroso y para una participación informada de la ciudadanía, sometiendo a escrutinio a las autoridades. Todos estos elementos serán desarrollados posteriormente por la propia Corte y por la Comisión, a propósito de una serie de temas y casos específicos.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 38.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 39.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO EN UN CONTEXTO DE TRANSICIONES A LA DEMOCRACIA

Al comenzar la década de los noventa, casi la totalidad de los países latinoamericanos se encontraban en transición o habían transitado a regímenes democráticos. Así, de un contexto en el cual eran numerosos los regímenes autoritarios —algunos consistentes abiertamente en dictaduras y otros más o menos camuflados al respecto ante la comunidad internacional—, se pasó a gobiernos elegidos en las urnas. Sin embargo, en la medida en que estos nuevos regímenes eran en no pocos casos precariamente democráticos, comenzaron a surgir una serie de temas anteriormente no tratados en materia de libertad de expresión, de los cuales el Sistema Interamericano de Derechos Humanos empezó a hacerse cargo.

Esto no significa que las formas de violaciones más elementales a la libertad de expresión —como el homicidio de periodistas¹⁸ o la censura administrativa¹⁹ hayan desaparecido por completo, pero ellas se han visto acotadas a un escaso número de países. En la mayoría de los Estados, en cambio, comienza a prestarse atención a otros tipos de violaciones a este derecho, de los cuales el Sistema Interamericano se ha hecho cargo paulatinamente.

Respecto de estos otros tipos de problemas es que concentraremos nuestro análisis, revisando sucesivamente la censura judicial, las normas de desacato, otras formas de responsabilidades ulteriores y el acceso a la información pública.

¹⁸ Véase, por ejemplo, CIDH, caso 10.548, Hugo Bustíos Saavedra (Perú), informe 38/97; caso 11.739, Héctor Félix Miranda (México), informe 50/99; caso 11.740, Víctor Manuel Oropeza (México), informe 130/99.

¹⁹ Véase CIDH, caso 10.325, Steve Clark (Granada), informe 2/96. El caso se refería a la incautación administrativa de cuatro cajas de libros en el aeropuerto Point Salines de Granada. Entre los libros incautados se hallaban *La lucha es mi vida*, de Nelson Mandela; *Maurice Bishop habla*; *La revolución de Granada 1979-1983*; *Nada puede detener el curso de la historia*; *Una entrevista con Fidel Castro*, por el congresista Mervyn Dymally y Jeffrey M. Elliott; *Un pueblo, un destino*; *El Caribe y Centroamérica hoy*, editados por Don Rojas; *Malcolm X habla*, y *Nuestro hombre en La Habana*, de Graham Greene.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

4. CENSURA JUDICIAL

A partir de la década de los noventa, la Comisión y la Corte han decidido una serie de casos específicos de prohibiciones judiciales de diversas formas de expresión. En lo sustancial, se ha tratado de una aplicación de los estándares que la Corte había desarrollado a partir de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en su opinión consultiva 5, a la que recién nos hemos referido, en especial la consideración de que toda forma de medida preventiva de la emisión de expresiones constituye una forma de censura. Esto ha ocurrido, en lo que concierne a la Corte, en los casos de la película “La Última Tentación de Cristo”²⁰ y en el del libro *Ética y servicios de inteligencia* (caso de *Humberto Palamara Iribarne*),²¹ ambos seguidos contra Chile. La Comisión,

²⁰ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73. Durante los primeros años de la transición chilena el Consejo de Calificación Cinematográfica mantuvo su política de censurar determinadas obras. Más tarde la composición del Consejo fue modificada y, promediando los noventa, el Consejo levantó la prohibición que había impuesto en la época de la dictadura para exhibir la película “La Última Tentación de Cristo”. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago primero y la Corte Suprema después, pronunciándose a propósito de un recurso de protección, resolvieron mantener la censura, por considerar la película lesiva para la honra de un grupo de católicos, de la Iglesia católica y del mismo Jesucristo, señalando, además, que el Consejo carecía de la facultad de levantar la prohibición de películas que hubiera sido dispuesta por los tribunales. En los años ochenta, la prohibición de “La Última Tentación de Cristo” había sido apelada ante los tribunales y estos habían confirmado la censura de esta película. El caso fue entonces presentado ante la Comisión Interamericana, la que estableció una violación de la Convención Americana, siendo posteriormente enviado a la Corte Interamericana, la que resolvió de igual manera en febrero de 2001. La Corte reafirmó lo sostenido en la opinión consultiva 5, en cuanto a que toda medida preventiva de emisión de expresiones constituye censura. Además, señaló que “la responsabilidad internacional del Estado [...] se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial” (párr. 72). Consecuentemente, el Tribunal dispuso que el Estado debía reformar la Constitución Política, lo que se hizo en el sentido anotado.

²¹ Corte IDH. Caso *Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, núm. 135. Este caso lo describo más adelante.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

además de decidir en la primera fase los dos casos mencionados, hizo lo propio en los de los periodistas Francisco Martorell²² —a quien se le prohibió por los tribunales chilenos la circulación de su libro *Impunidad diplomática*— y Alejandra Matus²³ —quien se vio afectada por la misma medida por su obra *El libro negro de la justicia chilena*). Dado que, como hemos señalado, en lo sustancial dichas decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana

²² CIDH, caso 11.230, Francisco Martorell (Chile), informe 11/96. El libro se refería a supuestas orgías y conductas corruptas de una serie de personajes públicos, incluidos diplomáticos, empresarios y políticos. El libro fue prohibido primero por la Corte de Apelaciones de Santiago y luego por la Corte Suprema en el contexto de un recurso de protección. Se sostuvo por los tribunales que dicha prohibición era imprescindible para proteger el derecho a la honra de los afectados, que dicho derecho es superior al derecho a la libertad de expresión —basándose, entre otros, en el curioso argumento de que en la Constitución chilena el numeral que consagra el derecho a la honra antecede a aquel que reconoce la libertad de expresión—, y que esta actuación judicial no representaba un acto de censura, ya que solo cabría hablar de esta cuando sea un órgano administrativo en un régimen autoritario el que adopta tal decisión. La resolución de la CIDH de 1996, como se ha dicho, no ha sido cumplida, permaneciendo el libro censurado hasta la fecha.

²³ CIDH, caso 12.142, Alejandra Marcela Matus Acuña (Chile), informe 90/05. *El libro negro de la justicia chilena*, que permaneció censurado entre 1999 y 2001. Esta obra describía la situación del sistema judicial chileno desde los años sesenta, formulando acusaciones de desidia en materia de protección de los derechos humanos —las que ya habían sido planteadas por la Comisión de Verdad y Reconciliación— y de corrupción. Un ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, a quien se aludía en el libro —y contra quien se había interpuesto una acusación constitucional por notable abandono de deberes—, interpuso una querrela y pidió la prohibición, la que fue acogida. La censura de este libro produjo gran revuelo en la opinión pública y en la clase política, lo que no había ocurrido en casos anteriores durante la transición chilena. Este caso condujo a la reforma de la Ley de Seguridad del Estado (LSE) en varios aspectos, incluyendo la derogación de dos artículos de ella que habían sido históricamente empleados por los tribunales para censurar publicaciones. A raíz de esta reforma la censura de *El libro negro de la justicia chilena* fue levantada. Sin embargo, y a pesar de haber sido solicitada inmediatamente después de la reforma de la LSE, esta decisión tomó varios meses, para lo cual el Tribunal se fundó en que se encontraba determinando acaso existirían otros delitos cometidos además del de la LSE por el cual originalmente la autora había sido perseguida. Esto demostró que el Tribunal no consideraba que su facultad de prohibir libros hubiera desaparecido junto con la reforma de la LSE.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

se basan en lo ya analizado a propósito de la opinión consultiva 5, nos centraremos ahora en aquellos aspectos que sean complementarios al anterior.

En sus presentaciones ante la Comisión y la Corte en varios de los casos mencionados, el Estado de Chile ha planteado el problema de la censura previa de un modo diferente al desarrollado por la Corte en la opinión consultiva 5. Dicho argumento discurre en torno a una serie de disposiciones de la Convención Americana, intentando interpretar a la luz de ellos el artículo 13, que regula la libertad de expresión.

Una de las disposiciones invocadas en tal dirección es la del artículo 11 de la Convención, que consagra el derecho a la honra. En realidad, cuando el Estado chileno invocaba esta disposición, reproducía el debate que había tenido lugar previamente a nivel interno, puesto que fue precisamente sobre la base de una supuesta protección del derecho a la honra que los tribunales habían prohibido los dos libros mencionados —*Impunidad diplomática* y *El libro negro de la justicia chilena*— y la película “La Última Tentación de Cristo”.

Otra disposición mencionada es la del artículo 32 de la Convención, que se refiere a la correlación entre derechos y deberes, estableciendo que “[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad” (num. 1) y agregando en su numeral 2 que “[l]os 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”.

Fernando Toller, quien comparte los argumentos del Estado chileno,²⁴ también se adentra en otro ámbito, referido al derecho a la protección judicial, que la Convención reconoce en el artículo 25.1. Esta disposición establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando

²⁴ Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva: estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Toller señala que “este artículo no puede ser entendido restrictivamente, confinándolo a la tutela reparatoria o retributiva. Por el contrario, la norma confiere también —y especialmente— el derecho a impetrar una tutela judicial preventiva ante una amenaza de violación a esos derechos —amenaza que es en sí misma, una forma de violación—, puesto que tal tutela en ciertos casos es el único modo de «amparar» al demandante”.²⁵

Lo cierto es que en la jurisprudencia del Sistema Interamericano el desarrollo de la garantía de la protección judicial ha jugado un papel sumamente relevante. Ella ha sido usada, sin ir más lejos, como uno de los parámetros para determinar la incompatibilidad de las normas internas de amnistía de violaciones graves a los derechos humanos con la Convención Americana.²⁶ De tal magnitud es su importancia, que la Corte Interamericana ha señalado desde sus primeras opiniones consultivas que la protección judicial se encuentra dentro de los derechos no suspendibles durante la vigencia de estados de excepción.²⁷

Sin embargo, comparado con los tres aspectos mencionados anteriormente, esto es, la protección del derecho a la honra, la correlación entre derechos y deberes y la protección judicial, el artículo 13 de la Convención —referido, como hemos dicho, a la libertad de expresión— ofrece una regulación más específica. Nótese que la protección de la reputación no solo aparece en el artículo 11 ya aludido, sino que es reconocida expresamente en

²⁵ Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 545.

²⁶ Véase la jurisprudencia desarrollada por la Comisión Interamericana a partir de los casos sobre las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay: informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992 e informe 29/92, casos 10.029, 10.036, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre de 1992. Consúltense, asimismo, Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, núm. 75, y Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

²⁷ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías, opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987; Corte IDH, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

el artículo 13 como un límite a la libertad de expresión. No obstante ello, el propio artículo 13 se encarga de señalar expresamente que la censura previa es un mecanismo prohibido, añadiendo que la vía de salvaguarda para la reputación debe ser otra, a saber, el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

Respecto a la correlación entre derechos y deberes a que se refiere el artículo 32 de la Convención, en rigor, aun sin esta disposición expresa, tal correlación existiría, puesto que la tarea hermenéutica en el caso del conflicto de derechos —y los derechos ajenos le acarrearán a uno deberes de respeto— consiste en ponderarlos adecuadamente. Como ha señalado la Corte Interamericana, el artículo 32.2 “[no es] aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado”. La Corte añade que “[e]l artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”.²⁸ Pero en el caso de la libertad de expresión sí se indican estas restricciones por la Convención y además se establece que existe un mecanismo prohibido, que es la censura previa.

Para ilustrar el asunto podemos recurrir a otro derecho: argumentar del modo como lo ha hecho el Estado chileno sería análogo a señalar que, dado que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias contempla limitaciones expresas (la protección de “la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”, según dispone el art. 12.3 de la Convención), ello justificaría pasar por alto que existe disposición específica y expresa de que se trata de un derecho no suspendible bajo estados de excepción (art. 27.2 de la Convención). En otros términos, los potenciales conflictos de derechos, incluso cuando ellos aparecen explícitos en la Convención bajo la forma de limitaciones de unos a otros, no pueden resolverse a través de mecanismos expresamente prohibidos, como

²⁸ Ambas citas son de Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párr. 65.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

serían la suspensión de derechos no suspendibles de acuerdo con la Convención, o el recurso a la censura previa, prohibida por ella para épocas de normalidad constitucional.

Lo propio cabe sostener en relación con el derecho a la protección judicial. Ya hemos señalado la importancia reconocida por el Sistema Interamericano a este derecho. También hemos observado la centralidad que posee el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, no se trata en este punto de determinar cuál de estos derechos posee un mayor peso en el caso específico (ni menos de determinar *in abstracto* qué derecho posee una mayor jerarquía, como se han aventurado a hacer los tribunales chilenos,²⁹ apartándose de los desarrollos en la teoría del derecho y la jurisprudencia modernas).³⁰ Se trata de que la regulación de la libertad de expresión incluye un mecanismo prohibido, la censura previa.

En abono a la tesis sostenida por los órganos del Sistema Interamericano, es posible recurrir también a la distinción que realiza Dworkin entre principios y normas, observando que los primeros “tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. En tanto —añade—, “[l]as normas no tienen esta dimensión [...] cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su

²⁹ Se trata de una aproximación a este tipo de problemas muy corriente en la jurisprudencia chilena, que fue llevada al extremo en el caso Martorell, donde la Corte Suprema construyó una “teoría numerológica” de la Constitución, conforme a la cual tendrían una jerarquía descendiente los derechos, según el numeral del artículo 19 en que se encuentren consagrados. La tesis más habitual, que no invoca la “teoría numerológica”, pero que recurre a una jerarquía de derechos, apareció reiterada en materia de libertad de expresión en la sentencia de la Corte Suprema en el caso de la obra de teatro “Prat”, en 2003, en la que se señala que el derecho a la honra es superior en jerarquía a aquella libertad.

³⁰ Véanse, por ejemplo, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 89 y ss., con abundantes ejemplos de la jurisprudencia alemana, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, pp. 72 y ss. Cabe hacer notar que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos tampoco ha intentado jerarquizar *in abstracto* los derechos reconocidos en los tratados y declaraciones.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

mayor peso”.³¹ Aplicado esto a la materia que nos ocupa, si bien la libertad de expresión en general sería —en la terminología de Dworkin— un principio, cuyo peso relativo correspondería ponderar con el de otros principios —como el de la protección de la honra—, en lo que se refiere a la prohibición de la censura previa estaríamos frente a una norma, que impone un deber específico, no susceptible de ser ponderado con otros estándares. En consecuencia, la ponderación entre libertad de expresión y honra a la que acabamos de aludir tendría lugar en el momento de establecer responsabilidades posteriores, pero no se extendería a las etapas previas a ese momento.

Otro aspecto relevante es la determinación del momento en que deja de ser procedente hablar de censura previa. ¿Se trata solo de aquellas prohibiciones que recaen sobre expresiones aún no emitidas o difundidas? ¿O se extiende el concepto de censura previa hasta que se dicte una sentencia judicial firme que establezca las responsabilidades posteriores? Para resolver esta cuestión, lo central será determinar desde qué momento cabe decir que se encuentran establecidas las responsabilidades posteriores.

La propia Convención Americana plantea explícitamente una bipolaridad, conforme a la cual existen dos tipos de mecanismos restrictivos de la libertad de expresión. El primero, ilegítimo de acuerdo con la Convención, es la censura previa. El segundo, legítimo en la medida en que se ajuste a ciertos parámetros, el establecimiento de responsabilidades posteriores. No hay, sobre este particular, una tercera alternativa.³²

Como hemos dicho, en la opinión consultiva 5, la Corte Interamericana señaló que para la determinación de las responsabilidades posteriores deben existir causales de responsabilidad previamente establecidas; hallarse tales causales definidas en forma expresa y taxativa por la ley; perseguirse fines legítimos al establecerlas, y ser ellas necesarias para asegurar dichos fines.

³¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 77-78.

³² Así lo ha señalado expresamente la Corte Interamericana en su opinión consultiva 5, *supra* y posteriormente, en el *Caso Herrera Ulloa*; véase Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, cuando se plantea en sede judicial por vía de una medida cautelar la prohibición de difundir ciertas expresiones, ya sea a través de acciones de amparo o de medidas cautelares solicitadas en procesos penales, no se están satisfaciendo los requisitos recién reseñados. Más aún, tratándose de un recurso de protección —equivalente al amparo en el derecho comparado— no es solo la medida cautelar dictada al comienzo o durante la tramitación del mismo la que es contraria a la Convención Americana, sino que ni siquiera una sentencia firme recaída en un recurso de esa naturaleza pasaría el test de la Convención. Esto porque, por su carácter de cautelar, la sentencia pronunciada en dicho contexto no reúne los requisitos como para que pueda sostenerse que sea idónea para el establecimiento de responsabilidades ulteriores.

En los casos de censura antes mencionados, decididos por el Sistema Interamericano, no hubo oportunidad de que la Comisión ni la Corte emitieran un pronunciamiento respecto de este tema. En cambio, el tratamiento dado por la Comisión Interamericana a la prohibición judicial del libro *Cecilia, la vida en llamas* es ilustrativo en este aspecto. El libro, una biografía no autorizada por la persona de la que trata —la cantante popular chilena Cecilia Pantoja— estuvo a la venta en librerías durante casi dos meses. Sin embargo, en diciembre de 2002, un tribunal del crimen ordenó la incautación de todos los ejemplares del libro cuando el proceso penal se encontraba en sus inicios. Lo hizo como una medida preventiva, para la protección de la honra de la presunta víctima y para asegurar los medios de comisión del supuesto delito —el caso se analiza con mayor detalle más adelante en este capítulo—. El autor del libro, además de impugnar a nivel judicial interno dicha incautación, presentó un pedido de medidas cautelares a la Comisión Interamericana, habida cuenta de la situación de censura previa, dado que se trataba de una incautación dispuesta sin que mediara una sentencia firme en el proceso judicial. La Comisión acogió el pedido y solicitó a Chile la adopción de medidas cautelares (de las establecidas en el reglamento de la Comisión en su art. 25) destinadas a levantar la prohibición del libro.³³

³³ Nota dirigida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno de Chile en relación con medidas cautelares solicitadas respecto del

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

Con el mismo criterio ha venido operando la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión, que ha manifestado su preocupación por la afectación de tal libertad no solo cuando la prohibición ha tenido lugar antes de su difusión inicial, sino en general cuando esta ha ocurrido como resultado de una medida judicial adoptada una vez que la obra ya ha comenzado a ser difundida.³⁴

Preguntándose por la razón de ser de las perentorias disposiciones de la Convención Americana respecto de la censura, Toller plantea la posibilidad de que ello obedezca a

[...] que la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inciso 2 [del art. 13] como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política.³⁵

Este argumento le sirve de base para interpretar la Convención de un modo tal que no prohibiría las restricciones judiciales a las expresiones.

Sin embargo, no se divisa por qué el peligro que se intentaba prevenir a través de la regulación de la libertad de expresión en

libro *Cecilia, la vida en llamas*, 7 de marzo de 2003. El art. 25 del Reglamento de la Comisión dispone que “[e]n caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas”. En este sentido, la Comisión no ha establecido una distinción —porque, conforme a la Convención Americana no cabía hacerla— entre una situación como la de *El libro negro de la justicia chilena*, que —como apuntamos antes— fue prohibido e incautado por orden judicial en 1999 sin que hubiera alcanzado a ser difundido, y la de *Cecilia, la vida en llamas*, que estuvo en venta durante algún tiempo.

³⁴ Cabe anotar la dificultad que existe para emprender investigaciones sistemáticas acerca de las prohibiciones judiciales de manifestaciones de expresión, debido a que se trata en la gran mayoría de los casos de decisiones adoptadas en virtud de medidas cautelares, de las cuales normalmente no se deja registro en las bases de datos informáticas de los sistemas judiciales.

³⁵ Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 542.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

la mencionada Convención no se extendería también a las prohibiciones judiciales.

En efecto, si se observa de manera general la Convención Americana, se apreciará que a pesar de haber sido adoptada en un contexto en que muchos países del continente americano estaban dominados por regímenes autoritarios, muchas de sus disposiciones representaron en su momento avances significativos comparadas con las regulaciones internas de los Estados e, incluso, respecto de algunos puntos en relación con la normativa internacional de la época. Como señalara al analizar la gestación de la Convención, ello se inscribiría dentro de la tendencia latinoamericana a aprobar garantías que nunca llegaban a ser operativas (lo cual era —y continúa siendo, aunque en menor medida— típico en el caso de las establecidas a nivel constitucional); además, muchos de los gobiernos de la época se limitaron a aprobar la Convención sin ratificarla para que entrara en vigor respecto de ellos, lo que, en la mayoría de los casos, solo se realizó una vez que se emprendieron procesos de transición a la democracia.

En este sentido, la Convención Americana se mueve inequívocamente dentro de la lógica de un régimen democrático y, por lo mismo, mal pueden ser interpretadas sus disposiciones —a la manera como lo hace Toller— de un modo restrictivo, como si se tratase de meros paliativos a los excesos de regímenes autoritarios. Tanto las disposiciones sustantivas como las orgánicas y procesales —acerca de los roles de la Comisión y la Corte Interamericana— del Pacto de San José están dirigidas de manera principal a contribuir al fortalecimiento de los derechos humanos en el contexto de sistemas democráticos. Los regímenes autoritarios, en cambio, corresponden a situaciones anómalas dentro de la lógica de la Convención, que deben ser superadas para que este instrumento internacional alcance plenos efectos.

Más bien, y en una nota sobre el contexto en abono de la interpretación que la Comisión y la Corte Interamericana han hecho del artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, cabría apuntar que las limitaciones históricas, tanto políticas como culturales, impuestas al debate público en nuestros países, justifican de sobra una protección amplia de la libertad de expresión, a fin de fortalecer dicho debate y facilitar las condiciones para el desa-

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

rollo de un escrutinio ciudadano vigoroso respecto del quehacer de las autoridades y de los actores públicos. En sociedades en que la transparencia del quehacer público no ha sido precisamente la nota predominante, en que la sociedad civil es débil y los mecanismos de participación son limitados, una protección significativa de la libertad de expresión resulta central.

Además, no solo en lo referido a la dimensión política de la libertad de expresión, sino a sus alcances en otras esferas, como la autonomía personal en materia religiosa y moral, así como en el ámbito de la creación artística, una protección fuerte de la libertad de expresión también es requerida en un contexto como el latinoamericano. Se trata, en efecto, de sociedades jerarquizadas, en las que históricamente se ha intentado imponer una homogeneidad cultural “desde arriba”, lo cual ha afectado a disidentes religiosos, pueblos indígenas, minorías sexuales y grupos discriminados en general, así como a muchas iniciativas innovadoras en el terreno de las artes.

Que esta protección fuerte de la libertad de expresión incluya la prohibición de la censura judicial por parte del Sistema Interamericano no es extraño, si se considera que los sistemas judiciales de la región han contribuido tradicionalmente a perpetuar este estado de cosas en los ámbitos indicados en los dos párrafos anteriores,³⁶ brindando especial reconocimiento a las autoridades estatales y, en general, a los actores públicos, así como a las tendencias culturales hegemónicas. A tanto ha llegado el asunto que, como lo demuestra paradigmáticamente el tratamiento dado en Chile a la película “La Última Tentación de Cristo”, en deter-

³⁶ En este sentido, Pedro Serna, que considera que las interdicciones judiciales de las expresiones —a las que no llama “censura judicial”— pueden justificarse en determinados contextos, señala que en el ámbito interamericano su prohibición posee lógica, teniendo “presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis —añade— tal vez sea ese dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión *a priori* de las interdicciones judiciales”. Serna, Pedro, “La llamada «censura previa judicial» y el derecho constitucional argentino: consideraciones a partir de la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. II, p. 1427.

minadas circunstancias han sido los propios tribunales los que le han enmendado la plana a órganos administrativos de censura, prohibiendo lo que estos permitían.

4.1. Censura y restricciones indirectas

El artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a diferentes formas de restricciones indebidas, que podrían llegar a constituir formas indirectas de censura. Así, el mencionado texto establece que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de los alcances de esta disposición en el caso *Ivcher Bronstein*, en el cual dictó sentencia en 2001. El señor Baruch Ivcher Bronstein, cuya nacionalidad originaria era la israelí, llegó a Perú en 1970. En noviembre de 1984 le es otorgada la nacionalidad peruana y renuncia a la que tenía hasta entonces. Cabe señalar que para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos en Perú, se requería gozar de la nacionalidad peruana. A partir de 1985 el señor Bronstein empieza a comprar acciones del Canal 2, llegando a poseer en la década siguiente 53.95% de las mismas, además de ejercer los cargos de director y presidente del Directorio de la compañía.

En 1997, el programa *Contrapunto* del Canal 2 difundió una serie de reportajes sobre supuestas torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, denunciando ingresos millonarios percibidos por Vladimiro Montesinos, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú. Como resultado de los reportajes, el señor Ivcher fue objeto de acciones intimidatorias, llegando a quitársele la nacionalidad peruana. Dado que este último era un requisito para tener participación en la propiedad de medios de comunicación en Perú, y según da por probado la Corte Interamericana,

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

[...] [un juez] ordenó que se suspendiera el ejercicio de los derechos del señor Ivcher como accionista mayoritario y presidente de la Compañía y se revocara su nombramiento como director de la misma, se convocara judicialmente a una Junta General Extraordinaria de Accionistas para elegir un nuevo Directorio y se prohibiera la transferencia de las acciones de aquel. Además, otorgó la administración provisional de la empresa a los accionistas minoritarios, hasta que se nombrase un nuevo Directorio, retirando así al señor Ivcher Bronstein del control del Canal 2.³⁷

La Corte Interamericana añade que “ha constatado que, después de que los accionistas minoritarios de la Compañía asumieron la administración de esta, se prohibió el ingreso al Canal 2 de periodistas que laboraban en el programa *Contrapunto* y se modificó la línea informativa de dicho programa”,³⁸ lo cual lleva a la Corte a concluir que “[e]n el contexto de los hechos señalados [...] la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa *Contrapunto* del Canal 2 de la televisión peruana”.³⁹ Por ello, la Corte Interamericana determinó que se habían violado los numerales 1 y 3 del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otra forma de restricciones indirectas deriva de la concentración de los medios de comunicación. Es este un problema recurrente a nivel internacional, más allá del solo Sistema Interamericano. Ya sea debido a interferencias deliberadas de los Estados o por razones de economías de escala en el sistema de mercado, en los hechos en muchos países existe una concentración muy significativa de los medios de comunicación en escasas manos.

Cuando se trata de circunstancias del primer tipo descrito, es decir, de interferencias estatales deliberadas, la respuesta del Sistema Internacional de Derechos Humanos es clara, como se ha manifestado en numerosos informes de la Comisión Inter-

³⁷ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 160.

³⁸ *Ibidem*, párr. 161.

³⁹ *Ibidem*, párr. 162.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

mericana acerca de regímenes dictatoriales o de la jurisprudencia de la Corte en el recién mencionado caso *Ivcher Bronstein*.

Sin embargo, en la segunda hipótesis, relativa al desarrollo de los mercados, existe escaso desarrollo internacional. De partida, al regular la protección de la libertad de expresión, los instrumentos internacionales de derechos humanos no se refieren de manera específica a la concentración de los medios de comunicación. En el marco de la Convención Americana puede sostenerse que ello es tratado implícitamente en el numeral 3 del artículo 13, al referirse a la prohibición de la restricción de dicha libertad por vías o medios indirectos “encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. No obstante, ha sido a partir de 2000, con la adopción de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión por la Comisión, que esta segunda hipótesis ha comenzado a ser enfocada más explícitamente por el Sistema Interamericano.

Así, el principio 12 de la mencionada Declaración establece que “[l]os monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes anti-monopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”. No obstante, la complejidad del problema persiste, puesto que a menudo la determinación de lo que sea o no una concentración legítima será una cuestión de grado, para lo cual será necesario desarrollar criterios jurisprudenciales más precisos, lo cual aún no ha ocurrido, ya que el Sistema Interamericano prácticamente no ha conocido de casos de esta naturaleza.

Otro aspecto, complementario al anterior, a que se hace referencia en el principio 12, es que “[l]as asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”. Tal como el antes mencionado, se trata de un problema de envergadura significativa, consistente en determinar los alcances de una obligación positiva del Estado. En este aspecto, como en el anterior, es escaso el desarrollo a nivel de los órganos interamericanos, pudiendo resaltarse solo unos pocos ejemplos, como la atención que la Comisión le ha prestado en

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

años recientes a la cuestión de las radios comunitarias. Sobre este aspecto también se pronunció la Asamblea General de la OEA, al “[i]nstar a los Estados miembros a que consideren la importancia de incluir, en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos, normativa sobre la creación de medios de comunicación alternativos o comunitarios que asegure el funcionamiento independiente de los mismos, como una manera de ampliar la difusión de información y opiniones, fortaleciendo así la libertad de expresión”.⁴⁰

En un fallo de la Corte Interamericana de 2008, en el caso *Kimel*, se efectúa un pronunciamiento en la materia.⁴¹ Aunque el caso se refería de manera más directa a la cuestión de los alcances de la responsabilidad penal en materia de expresiones —por lo que lo analizaremos en el apartado respectivo—, cabe dejar constancia de que el Tribunal señaló que el Estado “no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”.⁴²

5. NORMAS DE DESACATO

Uno de los primeros temas de los que se hizo cargo el Sistema Interamericano con los procesos de transición fue el de las normas de desacato, a través de las cuales se confiere una protección especial —tanto mediante penas calificadas como por vías procesales— al honor de determinadas autoridades, bajo el supuesto de que con ello se protege el orden público. Como salta a la vista, se trata de un tema que apunta al núcleo central de procesos de transición de regímenes autoritarios a regímenes democráticos, puesto que en países con una larga tradición en el primer sentido

⁴⁰ Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación, AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), OEA, 5 de junio de 2007, párr. 7.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

⁴² *Ibidem*, párr. 57.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

se veía como normal que persistieran ciertas características del primer tipo de regímenes.

En mayo de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por el periodista Horacio Verbitsky, quien había sido condenado por el delito de desacato, al estimarse que había injuriado a Augusto César Belluscio, ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el cual el periodista se refería al señor Belluscio como “asqueroso” era delito de acuerdo con el Código Penal que establecía, en el artículo 244, el delito de desacato.

En el artículo del diario *Página 12*, titulado “Cicatrices de dos guerras”, el periodista utilizó la expresión “asqueroso” al referirse al ministro de la Corte Suprema, haciendo referencia a una entrevista dada por el señor Belluscio en la cual manifestó que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos ministros adicionales le “dio asco”. El reclamante alegó que con dicho término se refería al sentido de “que tiene asco”, como señalaba el ministro en su entrevista.

Después de que se agotaran todos los recursos contemplados en la legislación argentina para reclamar por la decisión que condenó al señor Verbitsky por desacato, este recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando la violación de, entre otros, el derecho a la libertad de expresión y la igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, respectivamente.

En nota de 15 de septiembre de 1992, el Gobierno argentino envió a la Comisión Interamericana una copia del proyecto de ley por el que propiciaba la derogación de la figura de desacato junto con sus fundamentos y antecedentes, iniciativa que permitió llegar a un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado de Argentina se comprometía a obtener la derogación del artículo 244 del Código Penal. Dicho artículo que consagraba la figura del desacato fue eliminado definitivamente con la ley 24.198 de 1994.⁴³

⁴³ Véase CIDH, Informe anual 1994, caso 11.102.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

Sin embargo, dado que se alcanzó una solución amistosa en el caso, la Comisión Interamericana no emitió una resolución final al respecto, en la que pudiera haber desarrollado su propio parecer acerca de la cuestión planteada. Atendida la importancia del tema, la Comisión decidió, en cambio, elaborar un informe sobre el mismo, dedicado de manera general a analizar la cuestión de la compatibilidad o no de las normas de desacato con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su informe,⁴⁴ la Comisión comienza definiendo las leyes de desacato como “una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales”.⁴⁵

La Comisión Interamericana reconoce que la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pero señala que sus restricciones deben incorporar las justas exigencias de una sociedad democrática. También destaca el “derecho de los ciudadanos a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad”. Añade que el debate político “generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos [...]”.⁴⁶

También enfatiza la Comisión que la información —sea que esta provenga de la prensa, de un particular o de un órgano estatal— es el más poderoso mecanismo de control, fiscalización y resguardo de la actuación del Estado. En este sentido, los órganos del Estado ejercitan una soberanía “delegada”, es decir, tal como lo expresa nuestra Constitución en su artículo 5, “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”. Así, como los encargados de la cosa pública no actúan por ellos mismos, sino que lo hacen en nombre de las personas, sus actos de-

⁴⁴ CIDH, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Informe anual 1994, pp. 209 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 218.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ben estar abiertos al control ciudadano. Es por ello que no parece legítimo que la propia autoridad genere mecanismos que vedan la posibilidad de que se le controle.

Para asegurar una participación ciudadana eficaz, es crucial que la población se encuentre bien informada y que exista transparencia del quehacer público. Si es la propia autoridad la que niega o restringe severamente a los ciudadanos el derecho de crítica y control, no es posible resguardar adecuadamente una participación informada y que efectúe contribuciones relevantes.

Para realizar este control, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada coincide en que no hay nada mejor que la más plena y abierta crítica al funcionario público. Así lo expresaba James Madison, citado por el juez Brennan, al que, a su vez, se remite la Comisión: “Si tomamos en cuenta la naturaleza del gobierno republicano, nos daremos cuenta que el poder de censura lo posee la gente sobre el gobierno y no el gobierno sobre las personas”.⁴⁷

La Comisión sostiene que el argumento constantemente utilizado por los Estados de que “las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno” no es un argumento legítimo.⁴⁸ Cabe añadir que existe una jurisprudencia arraigada en América Latina en el sentido de establecer una especie de conexión automática entre las conductas tipificadas en la legislación penal y la afectación del orden público. En otras palabras, los tribunales ni siquiera entran a analizar si este último —bajo el concepto que de él tienen— ha sido o no efectivamente afectado, omitiendo cualquier ponderación de razonabilidad y proporcionalidad.

En concepto de la Comisión Interamericana, este tipo de legislación no es necesaria para asegurar el orden público y, por tanto, no se encuentra dentro de las limitaciones legítimas a la libertad de expresión. Las leyes de desacato contradicen el principio de que una democracia debidamente funcional constituye

⁴⁷ 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686, 1964.

⁴⁸ CIDH, Informe anual 1994, p. 212.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

la máxima garantía del orden público, añade la Comisión. En una línea de argumentación que encuentra antecedentes en el Sistema Europeo, la Comisión ha señalado que el término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2, debe considerarse como “algo más que útil, razonable o conveniente”.⁴⁹ Para que una limitación sea “necesaria”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión. Además, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo gubernamental propuesto. La “necesidad”, según lo ha sostenido la Corte Interamericana, importa la existencia de una “necesidad social imperiosa”, por lo que no puede invocarse cualquier argumento como medio para suprimir un “derecho garantizado por la convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”.⁵⁰ Si esto ocurre, la restricción aplicada no es legítima, ya que no existe ni una necesidad imperiosa, ni proporción alguna entre el fin perseguido —la protección del honor o el orden público— y el derecho limitado.

Es por ello que la Comisión sostiene que la protección brindada por las leyes de desacato a los funcionarios públicos no es coherente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. La aplicación de las leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos —que actúan en carácter oficial— les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. “Esta distinción [observa la Comisión] invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo”.⁵¹

Además, la Comisión, recogiendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, sostiene que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y colectiva. La Corte ha sostenido que si se restringe la libertad de expresión del indivi-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁰ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, *supra*, párr. 42.

⁵¹ CIDH, Informe anual 1994, p. 218.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

duo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. Hay, por tanto, dos dimensiones de la libertad de expresión que deben ser respetadas: por una parte, el no ser menoscabado e impedido de manifestar el propio pensamiento y, por otra, el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁵² Esta esfera pública de la libertad de expresión es especialmente importante cuando se trata de ejercer el derecho de todo ciudadano a fiscalizar a sus autoridades.

La Comisión establece que la protección que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público, concluyendo que las leyes de desacato no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática y que, por tanto, no resultan una restricción justificada a la libertad de expresión a luz del artículo 13 de la Convención Americana. Por esto, la amenaza de responsabilidad penal por deshonar la reputación de un funcionario público, inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, no puede utilizarse como método para suprimir a los adversarios políticos y la crítica al gobierno.

De acuerdo con lo señalado por la Comisión en su informe, la protección de la libre expresión carece de sentido si no se extiende a las opiniones que son generalmente aborrecidas. No hay contradicción alguna en reconocer la necesidad de una sociedad políticamente organizada, compuesta de órganos capaces de mantener el orden público y hacer cumplir las leyes, y una actitud vigilante respecto del Estado. La libertad de expresión no solo tiene una dimensión creativa, sino también un importante papel cautelar: debe comprendérsela como un instrumento indispensable para mantener los poderes del Estado bajo el escrutinio y crítica de sus ciudadanos. La Comisión subraya además que cuando la Convención Americana dispone en su artículo 13.2 que en materia de libertad de expresión podrán establecerse limitaciones bajo la forma de responsabilidades ulteriores, en la

⁵² Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, *supra*, párr. 30.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

medida en que ello sea necesario para alcanzar fines tales como la seguridad nacional y el orden público, se entiende que lo hace en el contexto de un sistema democrático.

La Corte Interamericana tuvo ocasión en 2005 de pronunciarse en un caso contencioso en que se habían aplicado normas de desacato. Se trataba del caso ya citado de Humberto Palamara Iribarne. El caso se originó en 1993, a raíz de que al señor Palamara, oficial retirado de la Marina de Chile que en esos momentos se desempeñaba como empleado civil contratado por la misma, se le prohibió publicar su libro *Ética y servicios de inteligencia*, referido a la necesidad de adecuar las tareas de inteligencia a ciertos parámetros éticos. El intento de publicar el libro, así como declaraciones hechas a la prensa, condujeron al procesamiento del señor Palamara por los delitos de incumplimiento de deberes militares y desobediencia, así como por el delito de desacato.⁵³

Por orden de un fiscal naval se incautaron los libros existentes en la imprenta, así como todos los archivos que contenían información sobre la publicación. Además, se incautaron los ejem-

⁵³ El delito de incumplimiento de deberes militares se habría configurado cuando el autor envió su libro a imprenta sin esperar una autorización de la Marina. A su vez, el delito de desobediencia se habría fundado en la negativa del señor Palamara de suspender la publicación una vez que fuera informado que ella había sido prohibida por estimarse por la Marina que su contenido atentaba contra la seguridad y defensa nacionales, así como por efectuar declaraciones a la prensa en circunstancias que se le había ordenado mantener reserva y no realizar comentarios críticos públicos respecto de los procesos judiciales que se seguían en su contra en relación con el libro. La sentencia respecto de estos delitos —incumplimiento de deberes militares y desobediencia— fue dictada en junio de 1994, condenándosele a penas privativas de libertad, las que fueron sustituidas en la misma sentencia por el beneficio de reclusión nocturna y penas accesorias. La sentencia de apelación, dictada en 1997, redujo las penas impuestas y reemplazó el beneficio de reclusión nocturna por el de remisión condicional de la pena, dejando al procesado sometido a control administrativo durante el lapso de un año. Además, revocó la sentencia de primera instancia en lo referido al delito de desobediencia fundado en las entrevistas de prensa hechas por Palamara, quien, a las alturas de 1997, ya había sido condenado en un proceso paralelo que se le siguiera por el delito de desacato, como se describe en el cuerpo principal de este trabajo. Posteriormente, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el señor Palamara contra la sentencia de apelación.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

plares que se encontraban en el domicilio del señor Palamara y se le obligó a borrar del disco duro de su computadora personal el texto del libro. Se ordenó su prisión preventiva, que se extendió por once días.

En lo que se refiere al delito de desacato, la Fiscalía Naval consideró que se había configurado mediante las declaraciones que realizó el señor Palamara a medios de comunicación, criticando el actuar de dicha Fiscalía en los procesos que se le seguían. La sentencia de primera instancia absolvió a Palamara, estimando que los antecedentes no habían sido idóneos ni suficientes para establecer el ilícito, ni se había probado un ánimo de ofender a persona alguna. Por su parte, la Corte Marcial de la Armada, conociendo en segunda instancia, revocó la sentencia en enero de 1995 y condenó a Palamara a 61 días de presidio menor y a penas accesorias. La Corte Suprema rechazó el recurso de queja presentado por la defensa y dejó la condena firme.

La Corte aplicó criterios previamente desarrollados por su propia jurisprudencia y la del Sistema Europeo, señalando que

[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales.⁵⁴

En este sentido, era de esperar que se exigiera un mayor umbral de tolerancia a la Fiscalía Naval, no por la calidad del sujeto en particular, sino por las actuaciones que llevaba a cabo, que eran de interés público.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra*, párr. 83. Los casos que cita la Corte son los de *Ricardo Canese vs. Paraguay*, *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica* e *Ivcher Bronstein vs. Perú* —de los que conociera ella misma—, así como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los casos *Feldek vs. Eslovaquia*, 2001, *Sürek vs. Turquía*, 1999 y *Özdemir y otros vs. Turquía*, 2006.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

En cuanto a la legalidad de la restricción, la Corte enfatizó la necesidad de que la limitación a un derecho sea proporcional al interés que la justifica, interfiriendo de la menor manera posible en el goce de la libertad de expresión.⁵⁵ En este sentido, la Corte estimó que “la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para [una sociedad democrática], restringiendo innecesariamente a la libertad de pensamiento y de expresión”.⁵⁶

La sentencia agrega que una adecuación de la normativa interna, como lo exige el artículo 2 de la Convención Americana, solo se satisface cuando la reforma se realiza y abarca todas las normas que impiden el ejercicio del respectivo derecho o libertad. Al respecto, observó que las reformas llevadas a cabo en Chile no habían incluido la normativa de desacato en la legislación militar, que era precisamente la que se le había aplicado al señor Palamara. Por otra parte, si bien la Corte valoró que durante la tramitación del proceso Chile hubiera realizado una modificación legal que derogó las normas de desacato en la ley penal ordinaria —Código Penal—, llamó la atención sobre el hecho de que se mantuviera vigente en ese ordenamiento la figura de amenaza a las mismas autoridades que previamente eran el sujeto pasivo del desacato, caracterizada por ser una figura ambigua y poco limitada en cuanto a su aplicación. Exigió, por tanto, una aclaración al Estado de Chile en cuanto al alcance de esta norma en caso de que decidiera mantenerla. Al hacer esto último, la Corte fue más lejos que la Comisión, que no había formulado reparos respecto de la reforma al Código Penal chileno.

Cabe subrayar, por último, que el principal órgano político de la OEA, la Asamblea General, llamó a los Estados en 2007 a seguir los parámetros de los órganos de derechos humanos, derogando las normativas de desacato, “[t]eniendo presentes los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra*, párr. 86.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 88.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

manos (CIDH), de 2000, que se refiere a la despenalización del desacato”.⁵⁷

6. OTRAS FORMAS DE RESPONSABILIDADES ULTERIORES

El tema revisado en el apartado anterior, es decir, el de las normas de desacato, corresponde a una de las formas más evidentes de afectar la libertad de expresión bajo los estándares interamericanos. Sin embargo, con ello solo se ha confrontado uno de los muchos aspectos referidos al alcance de las responsabilidades ulteriores, aunque uno muy importante. Otros temas conciernen a la cuestión de la relevancia del interés público para determinar la legitimidad de determinadas expresiones, los alcances legítimos del uso del derecho penal para sancionar expresiones y al uso del estándar de la “real malicia”. A continuación revisaremos el tratamiento dado por el Sistema Interamericano a estos aspectos.

6.1. La relevancia del interés público

Las normas de desacato ya nos remitían a la relevancia del interés público en el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, lo hacían en su forma más extrema, al tratarse de normas que establecían *a priori* un tratamiento privilegiado para ciertas autoridades. Subsisten, no obstante, problemas adicionales. En efecto, incluso en un sistema jurídico en el que se hayan derogado las normas de desacato, las autoridades continuarán recibiendo un determinado nivel de protección a su honor y privacidad. Otra cuestión se refiere al tratamiento que corresponde darle a la protección del honor y la privacidad de particulares y cómo incide en ello el interés público envuelto.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos mencionados, es decir, el de la situación de las autoridades al margen de las normas de desacato, la Comisión y la Corte Interamericana han venido desarrollando de manera consistente la tesis de que

⁵⁷ AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), cit., preámbulo.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

el mayor nivel de escrutinio a que se hacen merecedoras las autoridades en un sistema democrático vuelve crucial la presencia o no de un interés público en el caso específico para determinar si podríamos o no estar en una situación en la que, conforme a los estándares interamericanos, pudiera sancionarse al emisor de las expresiones respectivas.

Cuando los órganos de derechos humanos del Sistema Interamericano aluden al interés público no lo hacen refiriéndose a la acepción histórica del concepto, que lo asimilaba a interés estatal y que, consecuentemente, lo entendía como una limitación a los derechos humanos. Dichos órganos lo entienden, en cambio, como el interés de la ciudadanía por tomar parte en el quehacer de los asuntos públicos. Esto implica, entre otros aspectos, el fomento del debate público, de la transparencia en la actividad de los organismos del Estado, del control por parte de la ciudadanía respecto de tal actividad y, en general, de la participación ciudadana.

El punto es que la derogación de las normas de desacato por sí sola no asegura un estado de cosas adecuado a los estándares interamericanos. Resulta perfectamente posible que aun sin tales normas, las autoridades reciban un tratamiento que impida un adecuado escrutinio de la ciudadanía. La presencia de un interés público, entonces, implica que el alcance legítimo de las expresiones es mucho mayor que sin tal presencia. Un debate acalorado y unas expresiones que de otro modo podrían considerarse como atentatorias contra el honor o la privacidad, pueden no serlo si existe un interés público involucrado.

Aunque ha habido una serie de hitos en el tratamiento de este asunto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son dos sentencias de la Corte, ambas de 2004, las que han venido a marcar el terreno de manera sistemática al respecto. Se trata de los fallos recaídos en los casos *Ricardo Canese vs. Paraguay*⁵⁸ y *Mauricio Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.⁵⁹ En ambos, la Corte Interamericana consideró que las sentencias penales condenatorias

⁵⁸ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra*.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

dictadas a nivel interno —que no aplicaban normas de desacato, sino normas penales comunes— infringían la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fundamentalmente considerando el interés público que envolvía las aseveraciones realizadas por los señores Canese y Herrera Ulloa.

El caso *Canese* trataba de un candidato presidencial que en el fragor de la campaña había acusado al por ese entonces presidente de la República —Juan Carlos Wasmosy— y candidato a la reelección, de actos de corrupción relacionados con la construcción de la represa de Itaipú, señalando que “Wasmosy [...] pasó desde el estado de quiebra a la más espectacular riqueza, gracias al apoyo que le brindó la familia del dictador, y que le permitió ser presidente de CONEMPA [Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas], el consorcio que gozó el monopolio por parte paraguayana, de las obras civiles principales de Itaipú”. También señaló que “[e]n la práctica el Ing. Wasmosy fue el prestanombre de la familia Stroessner en CONEMPA, empresa que pasaba dividendos importantes al dictador”.⁶⁰ Alfredo Stroessner era el dictador paraguayo en la época en que fue levantada la represa. Canese efectuó sus aseveraciones en circunstancias en que el Congreso Nacional paraguayo tramitaba un expediente denominado “Investigación sobre corrupción en Itaipú”, en el cual se involucraba a Juan Carlos Wasmosy y a CONEMPA.⁶¹

El proceso se extendió en Paraguay durante casi una década, expidiéndose sentencias condenatorias en materia penal por los tribunales de primera y segunda instancia. Además, durante la tramitación del proceso, Canese se vio impedido a viajar fuera de Paraguay —como se lo requerían sus actividades laborales— en una serie de ocasiones. Cuando el caso se encontraba pendiente en la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de Paraguay dictó sentencia absolviendo a Ricardo Canese.

La Corte Interamericana valoró este último hecho, no obstante lo cual estimó que correspondía continuar con el proceso, habida cuenta de las violaciones a las que se refería la demanda interpuesta ante ella. Al señalar que la condena penal y las

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*, *supra*, párr. 69.7.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 69.4.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

restricciones impuestas al señor Canese resultaban infundadas a la luz de la Convención Americana, la Corte tuvo en especial consideración el que las declaraciones concernían a asuntos de interés público, que estaban siendo objeto de una investigación parlamentaria y que se referían a una figura pública.⁶²

El caso *Herrera Ulloa* se refería a un periodista que había efectuado varios reportajes acerca de alegaciones de corrupción de un diplomático honorario de Costa Rica en Europa. En lo sustancial, los reportajes reproducían lo ya publicado en Europa por diversos medios de comunicación. Mauricio Herrera Ulloa intentó también obtener la versión del diplomático, sin que este accediera a darle una entrevista. El periodista fue condenado en sede criminal en Costa Rica por estos reportajes. La Corte Interamericana, declarando dicha condena incompatible con la Convención Americana, sostuvo que “[...] es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención [Americana], de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático”.⁶³ Añade el Tribunal que “[...] este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”.⁶⁴

Lo anterior también guarda relación con la posibilidad de que la ciudadanía se forme una opinión adecuada acerca de las personas que desempeñan funciones públicas. Ello resalta especialmente cuando se trata de cargos de elección popular. Como no

⁶² *Ibidem*, párrs. 92 y 94.

⁶³ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 128.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 129.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nos hallamos en un terreno de fronteras rígidas, otro aspecto relevante es la forma en que los funcionarios públicos se presentan a sí mismos ante la opinión pública. Así, por ejemplo, si un funcionario público o un candidato a un cargo de elección popular presenta como un eje central de su perfil sus valores familiares, es razonable concluir que el nivel de exposición legítimo de su vida familiar será más amplio que si no fuera él mismo quien lo hubiera llevado a la arena pública.

La Corte Interamericana también ha precisado que la situación de personas particulares a las que se refieren determinadas expresiones se ve afectada por la presencia o no de un interés público. Al respecto, en el caso *Canese*, la Corte señaló que “la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático”.⁶⁵

6.2. El uso del derecho penal

Existe una situación en la cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos resuelve de manera inequívoca la cuestión de si el derecho penal puede o no emplearse en relación con expresiones. Se trata de la hipótesis regulada en el artículo 13.5, referido a la incitación a la violencia o a la discriminación. Dicha disposición establece que “[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

La Convención ha dedicado un tratamiento especial a esta situación, habida cuenta de su gravedad. Algunos han argumentado que esta disposición autorizaría la censura previa de las expresiones a las que ella se refiere. En este sentido, Faúndez Ledesma ha apuntado que “[e]n una interpretación que no compartimos,

⁶⁵ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, *supra*, párr. 100.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

la Comisión Interamericana ha llegado a sugerir que la prohibición de la propaganda de guerra, así como de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal, prevista en el artículo 13, número 5, de la Convención Americana, debe entenderse en armonía con el inciso 1 del mismo artículo, que rechaza de plano la censura y solo prescribe el establecimiento de responsabilidades ulteriores”.⁶⁶

Un análisis sistemático del tratamiento que la Convención Americana da a la libertad de expresión, sin embargo, conduce a una conclusión diferente: lo que hace el artículo 13.5 es señalar que los Estados deberán sancionar las referidas expresiones. El texto en inglés de la Convención es más claro en este sentido, al disponer que tales incitaciones “*shall be considered as offenses punishable by law*”. De cualquier modo, la cuestión central no es la literalidad del texto, sino el sistema de abordaje de la libertad de expresión y la censura previa en la Convención.

En efecto, el artículo 13.2 prohíbe la censura previa de las expresiones. En la única hipótesis en que la Convención autoriza la censura previa —para la protección de la infancia y la adolescencia, cosa que lleva a cabo el inciso 4 de la misma disposición—, no solo lo hace expresamente, sino que además señala que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2. Ninguna referencia o remisión de este tipo contiene el inciso 5 del artículo 13.

Aunque ni la Comisión ni la Corte Interamericana han decidido casos contenciosos en que hayan adoptado decisiones específicas sobre este tema, lo cierto es que de la manera en que la Corte ha tratado la cuestión de la censura previa desde la opinión consultiva 5 se desprende que ella no ha interpretado el inciso 5 referido como autorizando la censura previa. Es así como tanto en esa opinión consultiva como en el caso de “La Última Tentación de Cristo”, la Corte ha señalado perentoriamente que, conforme a la Convención Americana, todas las medidas preventivas de las expresiones quedan prohibidas, indicando como única ex-

⁶⁶ Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, UNAM, 2004 (he omitido una referencia de pie de página contenida en el texto original).

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cepción la protección de la infancia y la adolescencia. En consecuencia, no procede la censura previa para las incitaciones que menciona el artículo 5.⁶⁷

Ahora bien, ¿cuál es la situación respecto de todas aquellas otras expresiones no cubiertas por el artículo 13.5 de la Convención Americana? Tanto la Comisión como la Corte consideran que el derecho penal es una herramienta sumamente gravosa, cuya aplicación puede acarrear efectos restrictivos de gran envergadura para el ejercicio de la libertad de expresión. Sin embargo, en el estado actual de la jurisprudencia interamericana, la Comisión y la Corte no extraen las mismas conclusiones a partir de dicha constatación. Así, mientras que la Comisión ha interpretado la Convención Americana en el sentido de que esta —salvo la hipótesis de incitación a la violencia o a la discriminación antes mencionada— excluye el uso del derecho penal en materia de expresiones referidas a funcionarios públicos o a particulares que de modo voluntario participen en cuestiones de interés público, la Corte la ha entendido como limitando significativamente su empleo, pero no excluyéndolo por completo.

La Comisión ha sostenido la tesis mencionada desde el Informe sobre Leyes de Desacato, antes citado, cuando planteó lo siguiente:

En la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión e información es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad

⁶⁷ El hecho de que ni aun bajo las graves circunstancias caracterizadas en el inciso 5 de la Convención permita la censura previa refuerza, además, el argumento de que ella no es procedente respecto de otro tipo de afectaciones a derechos, como la honra o la intimidad de las personas, que han sido los más frecuentemente invocados para perseguir la censura de expresiones en algunos países de Latinoamérica en los últimos años. Si ni para cuestiones de tanta gravedad como las mencionadas incitaciones la Convención reconoce la legitimidad de la censura previa, mal podría entenderse que ella la autoriza para esas otras infracciones, que, pudiendo llegar también a ser graves, son usualmente de menor entidad que aquellas.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de la violencia anárquica.⁶⁸

Posteriormente, la Comisión ha reafirmado esta idea en numerosas oportunidades. En especial, resalta su incorporación en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión que la CIDH emitió en el 2000, donde se establece que “[...] la protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” (principio 10).

Refiriéndose a esta materia, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión —creada por la CIDH en 1998—⁶⁹ ha sostenido que “la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático”, enfatizando la necesidad de que “se quite de la esfera penal los delitos de calumnias e injurias cuando son utilizados para proteger el discurso crítico a la administración pública”.⁷⁰

La Corte Interamericana, por su parte, no ha formulado una interpretación tan concluyente de la Convención respecto de esta materia. Si bien la Corte ha acogido todas las demandas interpuestas por la Comisión referidas a personas sancionadas

⁶⁸ CIDH, Informe sobre Leyes de Desacato, *cit.*, p. 222.

⁶⁹ La Relatoría para la Protección de la Libertad de Expresión se inscribe dentro de una serie de relatorías temáticas especiales que la Comisión ha creado en la década de los noventa y en la actual. Se trata de la relatoría que ha desarrollado la labor más intensa, al ser la única cuyo relator no es un comisionado, sino un funcionario dedicado a tiempo completo a esta materia, así como la única que cuenta con un equipo profesional propio.

⁷⁰ Las citas están tomadas de Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La libertad de expresión en las américas. Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, San José de Costa Rica, 2003, pp. 102-103.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

penalmente por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos y —como citáramos anteriormente a propósito de la sentencia recaída en el caso *Herrera Ulloa*— ha señalado que la protección del honor debe ser inferior cuando se trata de asuntos públicos en los que intervienen ya sean funcionarios o particulares; no ha establecido, en cambio, que la sanción penal deba excluirse en estas hipótesis. En otras palabras, en casos específicos, la Corte ha hallado una aplicación desproporcionada de la sanción penal, pero sin llegar a señalar que esta se encuentre excluida *per se* por la Convención Americana en relación con materias de interés público. Así ocurrió en los casos *Herrera Ulloa* y *Canese*, antes comentados, así como en el de *Humberto Palamara Iribarne* —posterior a los dos recién mencionados—, en el que la Corte reiteró que “el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”,⁷¹ pero sin excluirlo del todo, indicando que en el caso específico “se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática”.⁷²

En la sentencia dictada en el caso *Kimel*, del que hemos hecho mención brevemente, el asunto volvió a plantearse, siendo objeto de un análisis especial en dos votos concurrentes, elaborados por los jueces Diego García Sayán y Sergio García Ramírez. El caso se refería a las expresiones de Eduardo Kimel en un libro de su autoría en relación con la investigación judicial del asesinato de cinco sacerdotes palotinos, perpetrado en Argentina durante la dictadura militar. El libro, titulado *La masacre de San Patricio* se publicó años después de concluida la dictadura. Kimel, que es historiador, periodista y escritor, señaló en dicha publicación que el juez a cargo del proceso

realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y las balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿Se quería realmente llegar a una pista que condujera a los víctima-

⁷¹ Corte IDH. *Caso Humberto Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra*, párr. 79.

⁷² *Ibidem*, párr. 88.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

rios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos, el juez [...] cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto.⁷³

Por tales dichos, Kimel fue condenado por los tribunales argentinos por el delito de calumnia.

Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Estado efectuó un reconocimiento parcial de responsabilidad, incluyendo lo referido al artículo 13 de la Convención Americana sobre libertad de expresión. La Corte valoró positivamente dicho reconocimiento, pero consideró pertinente, no obstante, entrar al fondo del asunto a fin de establecer “los hechos y los elementos de fondo relevantes, así como las correspondientes consecuencias, toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del señor Kimel, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”.⁷⁴

Al entrar al análisis de este caso, la Corte Interamericana señaló que

[n]o estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. [...].⁷⁵

⁷³ Tomado de Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 42.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 28.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 78.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En cambio, la Corte se aboca a estudiar ciertas bases para determinar si la aplicación del derecho penal en el caso concreto, constituye o no una violación a la Convención Americana, apuntando que para tal efecto ella seguirá los siguientes pasos:

[...] i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión.⁷⁶

La Corte consideró que la regulación penal argentina, tal como le fuera aplicada al señor Kimel no satisfacía los parámetros recién mencionados, por lo que estimó configurada la violación del artículo 13 de la Convención, entre otros derechos.

El voto concurrente del juez García Sayán concuerda con el parecer mayoritario de la Corte sobre la compatibilidad del uso del derecho penal con la Convención Americana en materia de libertad de expresión. Lo que hace dicho voto es explayarse más latamente al respecto, proporcionando fundamentos adicionales. Anota así que

La dicotomía vía civil/vía penal como supuesto *divortium aquarum* del respeto o no de la libertad de expresión en el ejercicio de las “responsabilidades ulteriores” a que se refiere el artículo 13 de la Convención es rechazada por la Corte en esta sentencia. Si bien para el caso la Corte deja establecido que se abusó del poder punitivo del Estado, el Tribunal deja establecido que “el instrumento penal es idóneo porque sirve al fin de salvaguardar, a través de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo” (párr. 71). Es más [añade el juez García Sayán], la Corte

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 58.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

enfatisa que el Estado tiene que dotar a la sociedad de los medios para “establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito” (párr. 75).⁷⁷

Agrega el voto en comentario que “[d]ada la necesidad de garantizar, simultáneamente, la libertad de expresión y el derecho a la honra, la Corte deja establecido que «...el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana» (párr. 77)”,⁷⁸ concluyendo que “[e]n la medida en que se produzca lo que la Corte denomina «graves lesiones», correspondería el uso de la vía penal”.

Este último comentario del voto en análisis, sin embargo, a mi parecer, no interpreta adecuadamente la sentencia de mayoría, puesto que lo que esta señala es que, reuniéndose determinadas exigencias, puede emplearse la herramienta penal, pero no que los Estados estén obligados a utilizarla en tales situaciones, como parece desprenderse del voto del juez García Sayán. En este sentido, no puede asimilarse lo sostenido por la Corte a la regulación del artículo 13.5 —al que antes hemos hecho mención—, que exige la prohibición de determinadas expresiones.

Por su parte, el voto concurrente del juez García Ramírez pone énfasis en el uso moderado del derecho penal. En primer lugar, lo hace en términos generales:

[...] es preciso indagar la forma racional de prevenir y combatir la violación de los derechos. Con alguna frecuencia —cuyo crecimiento debiera ser motivo de alarma, y en ocasiones lo es de complacencia, con escasa memoria histórica y grave error de previsión— se acude a la vía penal para enfrentar conductas ilícitas. Y dentro de esa vía, se opta por las medidas más rigurosas, que pudieran ser

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, voto concurrente del juez García Sayán, párr. 19.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 21.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

inmoderadas o excesivas en general y en particular y que a menudo resultan ineficaces y contraproducentes. En suma: desproporcionadas si se acepta que debe existir proporcionalidad —que es, en esencia, racionalidad— entre la restricción autorizada y la medida que se aplica al amparo de aquella. Por supuesto, el expediente penal se halla al alcance de la sociedad y del Estado para combatir las afectaciones más graves de los bienes públicos y privados, que no pueden ser protegidos con instrumentos y reacciones menos rigurosos. Pero el acceso a ese expediente del control social no significa, en modo alguno, que sea el único practicable, ni el primero en la escena, ni el más adecuado en todos los casos.⁷⁹

Enseguida, refiriéndose a la materia del derecho a la libertad de expresión y el empleo del derecho penal a su respecto, aunque el juez García Ramírez no se pronuncia abiertamente por la incompatibilidad de su uso en lo relativo a injurias y calumnias —y por lo mismo, no se trata de un voto disidente, sino de uno concurrente—, deja planteado el problema —al que ya se había referido en el caso *Herrera Ulloa*—, observando que “antes de discurrir sobre la mejor o peor formulación de tipos penales con los que se pretende combatir los excesos en el ejercicio del derecho a la expresión por parte de periodistas —que fue el tema en *Herrera Ulloa*, y vuelve a serlo, en alguna medida, en *Kimel*—, es preciso resolver si la vía penal constituye el medio adecuado —por único, necesario o siquiera conveniente— para proveer la reacción jurídica que merece una conducta indebida en este ámbito”,⁸⁰ apuntando que “la vía penal no es ese medio adecuado y admisible. Para afirmarlo tomó en cuenta que existen otros medios de control y reacción menos restrictivos o lesivos del derecho que se pretende afectar y con los que es posible lograr el mismo fin, en forma que resulta: a) consecuente con el derecho del ofendido por el agravio, y b) suficiente para acreditar el reproche social, que constituye un cauce para la satisfacción del agraviado”. Agrega el juez García Ramírez que “[s]i la vía penal no es ese medio adecuado, su empleo contravendrá la exigencia de «necesidad» que invoca el artículo 13.2, el imperativo de «interés

⁷⁹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 16.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 18.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

general» que menciona el artículo 30 y las razones vinculadas a la «seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común» que menciona el artículo 32. Esa vía será, por lo tanto, incompatible con la Convención Americana y deberá ser reconsiderada”.⁸¹

Por lo anterior —concluye el voto del juez García Ramírez—, será necesario determinar si es necesario recurrir a la solución penal o si será suficiente confrontar estas situaciones mediante el establecimiento de otros tipos de responsabilidades, a través del empleo de mecanismos de carácter civil o administrativo, como ya se hace a propósito de numerosos supuestos de conducta ilícita.⁸²

En conclusión, la Comisión ha planteado la necesidad de derogar las sanciones penales cuando se trate de funcionarios públicos o de expresiones formuladas a propósito de asuntos de interés público. La Corte no ha llegado a plantearse en tales términos, aunque sí ha acotado significativamente las posibilidades de emplear legítimamente las sanciones penales en la materia, atendiendo especialmente a la cuestión del interés público que pueda hallarse envuelto en cada caso.

Cabe considerar, finalmente, que en la resolución de 2007 de la Asamblea General de la OEA sobre Libertad de Expresión, a la cual ya hemos hecho mención, aunque con un lenguaje diplomático, “se invita” a los Estados a seguir las recomendaciones de la Relatoría de la CIDH en la materia, en el sentido de regular injurias y calumnias “en el ámbito exclusivo del derecho civil”.⁸³

6.3. La doctrina de la real malicia

La Comisión Interamericana y su Relatoría para la Libertad de Expresión han planteado la necesidad de que se adopte la real malicia como estándar para aquellos casos en que los presuntamente afectados por expresiones son funcionarios públicos o figuras públicas. La Comisión ha planteado esto incluso en varias

⁸¹ Ambas citas son de *ibidem*, párr. 19.

⁸² *Ibidem*, párr. 20.

⁸³ AG/RES. 2287 (XXXVII-O/07), *cit.*, párr. 12.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

demandas interpuestas ante la Corte, pero esta no se ha pronunciado al respecto, basando sus decisiones en otros parámetros.

Conforme a la doctrina de la real malicia, una persona solo podría ser sancionada por expresiones emitidas respecto de funcionarios públicos o particulares que intervienen en asuntos públicos cuando haya actuado con despreocupación temeraria acerca de la veracidad o falsedad de sus dichos o haya emitido su expresión de manera deliberada a sabiendas de que lo señalado era falso. Esta doctrina, de origen estadounidense, formulada a partir del caso *New York Times vs. Sullivan*,⁸⁴ es claramente contraria a la que tradicionalmente impera en los países de América Latina, donde suele prevalecer la exigencia de que quien emite las expresiones pruebe la veracidad de las mismas, a través de la llamada *exceptio veritatis*. Conforme describe esta doctrina un exrelator sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, “se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que, en el caso concreto, el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la veracidad de la información”, añadiendo que, por ello, las “fallasen la investigación periodística, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer *reckless disregard* [despreocupación temeraria]”.⁸⁵

Ya desde su Informe sobre Leyes de Desacato, la Comisión indicó la inadecuación de la *exceptio veritatis* respecto de los estándares interamericanos, señalando que “[i]nclusive las leyes que permiten esgrimir la verdad como defensa inhiben inevitablemente el libre flujo de ideas y opiniones al transferir la carga

⁸⁴ 376 US 255, 84 S.Ct., 710, 11 L.Ed.2d.686, 1964. El *Caso Sullivan* se refería específicamente a los funcionarios públicos; la jurisprudencia posterior extendió la aplicación de esta doctrina a las figuras públicas envueltas en temas de interés general. Véase *Associated Press vs. Walker*, 18 L.Ed.2d. 1094, 1967 y *Curtis Publishing Co. vs. Butts*, 388 US., 130, 87 S. Ct., 1975.

⁸⁵ Eduardo A. Bertoni, *New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina”, en Bertoni, Eduardo A.; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabricio y Gullco, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, p. 75.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

de la prueba al que expresa sus opiniones”.⁸⁶ Ello resulta especialmente gravoso cuando las expresiones se refieren a funcionarios públicos, puesto que estos suelen encontrarse en una posición superior a la de un particular que expresa opiniones respecto de esos.

Por lo demás, cuando se trata no de juicios de hecho sino de juicios de valor, la *exceptio veritatis* resulta completamente inoperante, por resultar imposible probar la veracidad de lo señalado. La Comisión ha notado a este respecto que “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”.⁸⁷

La Corte ha concordado en casos sometidos a su conocimiento que la *exceptio veritatis* resultaba inadecuada. Así, en la sentencia recaída en el caso *Herrera Ulloa*, estableció que el juez de la jurisdicción interna “sostuvo que la *exceptio veritatis* invocada por el querellado debía ser desechada porque este no logró probar la veracidad de los hechos atribuidos por diversos periódicos europeos al señor Félix Przedborski, sino que solo pudo demostrar que «el querellante fue cuestionado a nivel periodístico en Europa». Esto significa [añade la Corte Interamericana] que el juzgador no aceptó la excepción mencionada porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas; exigencia que entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión [...]”.⁸⁸

Sin embargo, hasta hace poco tiempo, la Comisión en general no se refería expresamente a la real malicia. En rigor, quien primero lo hizo de manera explícita fue el relator especial en la materia, cuando señalara que aunque en el informe de la Comisión sobre las leyes de desacato “no se hace mención expresa a la doctrina de la real malicia, es posible concluir que esta es aceptada por la Comisión, a partir del momento en que se reconoce el principio de mayor escrutinio de las figuras públicas y se afirma

⁸⁶ CIDH, “Informe sobre Leyes de Desacato”, *supra*, p. 223.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *supra*, párr. 132.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

que la *exceptio veritatis* no es una defensa suficiente para garantizar adecuadamente la libertad de expresión”.⁸⁹

En su demanda ante la Corte en el caso *Canese*, la Comisión se refiere a la necesidad de emplear el estándar de la real malicia. Así, señala que

[1]a no punibilidad debería establecerse en el caso de manifestaciones realizadas en el ámbito de cuestiones de interés público, como puede ser la contienda electoral. En estos casos se pueden aplicar acciones civiles siempre que se cumpla con el estándar de la real malicia, es decir, se debe probar que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de dañar o tuvo pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas. La sanción penal como consecuencia de expresiones de interés público resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Convención. Existen otros medios menos restrictivos mediante los cuales las personas involucradas en asuntos de interés público pueden defender su reputación frente a ataques infundados.⁹⁰

En la misma línea de invocar la aplicación de esta doctrina, en la demanda interpuesta por la Comisión en el caso *Herrera Ulloa*, se señaló que

[1]as acciones judiciales por difamación, calumnias e injurias, interpuestas por funcionarios públicos o personas privadas involucradas voluntariamente en asuntos de interés público, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia, el cual revierte la carga de la prueba, de manera que el deber de demostrar que el comunicador tuvo intención de infligir daño o actuó con pleno conocimiento de que estaba difundiendo noticias falsas recae en el supuesto afectado.⁹¹

Por su parte, los representantes de la víctima ante la Corte observaron que “las acciones por difamación, calumnias e inju-

⁸⁹ Los cinco primeros informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión, *supra*, p. 99.

⁹⁰ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, *supra*, párr. 72.h (mencionando lo citado como parte de los alegatos de la Comisión).

⁹¹ Corte IDH. *Caso Mauricio Herrera Ulloa*, *supra*, párr. 101.4.c, que cita a la Comisión.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

rias, interpuestas por funcionarios públicos, no deben tramitarse en la vía penal sino en la civil, aplicando el estándar de la real malicia”,⁹² agregando que “la difusión de información relacionada con las actividades de un funcionario público sobre temas de interés público solo podría acarrear responsabilidad civil, en caso de existir dolo manifiesto en aplicación de la mencionada doctrina de la real malicia”.⁹³

En el caso *Kimel*, que ya analizamos, la Corte establece como estándar que

[e]n el marco de la libertad de información [...] existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes.⁹⁴

Según se aprecia, al fundamentar su decisión en el caso *Kimel*, la Corte Interamericana omite toda referencia a la real malicia, a la que tampoco ha aludido en forma expresa en otras oportunidades.

7. UN BALANCE SOBRE CENSURA PREVIA Y RESPONSABILIDADES ULTERIORES

Conviene preguntarse ahora si la distinción entre censura previa y responsabilidades ulteriores resulta realmente significativa en el contexto del Sistema Interamericano o si ella es, en cambio, más bien superflua, en la medida en que una y otras se ciñen a parámetros estrictos dentro del mencionado sistema.

⁹² *Ibidem*, párr. 102.5.c, que hace referencia a la posición de dichos representantes.

⁹³ *Ibidem*, párr. 102.5.e.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra*, párr. 79.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un exrelator de Libertad de Expresión de la CIDH se lo ha planteado mediante la siguiente pregunta: ¿puede la aplicación de responsabilidades ulteriores equiparar en sus consecuencias a la censura previa?, observando que “si se considera beneficioso que el ordenamiento jurídico impida el control previo de una determinada expresión para así garantizar el libre flujo de ideas en el mercado o el descubrimiento de la «verdad», no se explican los motivos que, simultáneamente, se «amenace» con la persecución privada o estatal a quien se pronunció libremente, porque ello genera inhibiciones en las personas que posiblemente conducirían a que las ideas no fluyan libremente ni se llegue al conocimiento de la verdad”.⁹⁵ Añade el autor que “[u]na posición intermedia que podría permitir salir de este laberinto parece encontrarse en fórmulas como las que prescribe el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: censura previa nunca, responsabilidades ulteriores solo en ciertos casos y bajo ciertas condiciones”.⁹⁶

Como hemos revisado en los párrafos precedentes, uno de los ejes de la discusión acerca de lo que constituye censura previa está dado por la delimitación de las responsabilidades ulteriores. Más aún, hemos sostenido que en el Sistema Interamericano rige una situación nítida de bipolaridad, de acuerdo con la cual no existe un tercer ámbito distinto de la censura previa y las responsabilidades ulteriores.

A veces se objeta, sin embargo, que este énfasis en la mencionada distinción oscurece el hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores también posee un efecto preventivo. En efecto, un sistema tal, especialmente si posee carácter penal, pero aun si solo es de naturaleza civil, persigue prevenir la comisión de determinadas conductas.

Esta objeción ya fue planteada por Roscoe Pound, cuando apuntara que la distinción entre las medidas de censura

[y] la declaración de un tribunal de que una amenazada publicación envuelve una violación gruesa y palpable de derechos privados

⁹⁵ Bertoni, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 31.

⁹⁶ *Idem*.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

para los cuales una acción de daños y perjuicios no sería solución, seguida por un proceso por *contempt* en caso de violación, no es muy sustancial. No puede negarse que para la mayoría esas limitaciones pueden reconciliarse con la doctrina de que está prohibida toda interferencia preventiva con la publicación. Pero esta doctrina hace que la garantía [de la libertad de expresión] sea meramente formal [...].⁹⁷

Desde luego, desde el punto de vista del Sistema Universal de Derechos Humanos en general y del Sistema Interamericano en particular, no ha sido pasada por alto la relevancia de reglamentar adecuadamente la regulación de las responsabilidades ulteriores en materia de libertad de expresión. Como ya hemos visto, la propia Corte Interamericana ha acometido la tarea de precisar en qué consisten esas responsabilidades ulteriores. Además, en lo relativo a la Comisión Interamericana, ella se ha abocado a la revisión de diversas normativas referentes a dichas responsabilidades, especialmente las denominadas “normas de desacato”, de las que ya se ha hecho mención. Asimismo, los referidos órganos interamericanos de derechos humanos han revisado otras normativas que establecen responsabilidades ulteriores en materia de expresión y opinión. De hecho, la Comisión ha planteado la necesidad de sacar estas materias del ámbito penal, por lo desmedida que resulta esta herramienta para lidiar con esos asuntos.

La única excepción que ha reconocido la Comisión se funda en el numeral 5 del artículo 13 de la Convención, que, como hemos señalado, establece la necesidad de prohibir la propaganda a favor de la guerra y ciertas incitaciones a la violencia basadas en consideraciones discriminatorias. Por otra parte, regulaciones civiles desproporcionadas que, por ejemplo, establezcan indemnizaciones multimillonarias y sin distinción para medios de comunicación grandes o pequeños financieramente pueden producir también un efecto muy gravoso sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

⁹⁷ Pound, Roscoe, “Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality”, en *Harvard Law Review*, vol. 29, núm. 6, abr, 1916, pp. 640-682; la referencia es de pp. 653-655; *cit.*, por Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 584.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha desarrollado latamente en la jurisprudencia de Estados Unidos, las responsabilidades ulteriores, cuando son demasiado gravosas para la libertad de expresión, producen un *chilling effect*, es decir, un efecto de “enfriamiento” de las expresiones y del debate público. Bajo tales circunstancias podría ocurrir que los medios de comunicación o personas naturales no emitan determinadas expresiones, por temor a las sanciones que ello les acarrearía.

A ello cabe añadir que un sistema de responsabilidades ulteriores que comprenda normas vagas, por ejemplo, las que incluyan tipos penales en blanco —pero no solo ellas—, pueden resultar igualmente lesivas para la libertad de expresión, impidiendo en la práctica una libre formulación de las ideas. Tal ha sido el caso en Chile de muchas normas contenidas en la Ley de Seguridad del Estado.

Habidas las consideraciones recién expuestas, ¿no será ocioso, entonces, continuar poniendo énfasis en el problema de la censura previa y en su distinción con las responsabilidades ulteriores? ¿No se tratará, además, de un fenómeno marginal en la actualidad que, por lo mismo, no merece mayor atención?

Hay que tener en cuenta que lo que aquí se plantea no es poner énfasis en la cuestión de la censura previa *en desmedro* de la atención que se preste a la forma en que se halle regulado el sistema de responsabilidades ulteriores. No se trata, por cierto, de poner énfasis en la censura previa y al mismo tiempo entregar una suerte de “cheque en blanco” a los Estados en lo referido a dichas responsabilidades. Sin embargo, la distinción conceptual entre censura previa y responsabilidades ulteriores, así como la relevancia autónoma que la cuestión de la censura previa posee subsisten por las razones que paso a explicar.

El hecho de que un sistema de responsabilidades ulteriores tenga también un efecto disuasivo no significa que sea conceptualmente asimilable a la censura previa, cuyo núcleo, por definición, consiste en su carácter preventivo. Los sistemas jurídicos comprenden numerosos tipos de medidas cautelares que no son conceptualmente asimilables a las sanciones *a posteriori*. Como señala Bickel, “una restricción previa, por contraste [con las responsabilidades ulteriores] y por definición, da una sanción

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

inmediata e irreversible. Si puede decirse que una amenaza de sanciones penales o civiles después de la publicación «enfría» la expresión, una restricción previa la «congela», al menos por un tiempo”.⁹⁸

Además, en el caso de las responsabilidades ulteriores, la decisión última de ponerse o no en una posición de riesgo y emitir o no la expresión recae en el —potencial— emisor y no en un órgano estatal.

Aunque el efecto disuasivo que puede llegar a producir el sistema de responsabilidades ulteriores sea enorme, no puede disolverse en un todo común con la censura previa. Esto solo generaría confusión y desprotección para la libertad de expresión. En efecto, mientras que tratándose de la censura previa su prohibición en tiempos de normalidad constitucional es absoluta bajo el Sistema Interamericano, lo propio no acontece en relación con las responsabilidades ulteriores, respecto de las cuales lo que impone la normativa interamericana es ceñirlas a ciertos parámetros. Situar a estas últimas como parte de un *continuum* con la censura previa significaría restarle importancia y perentoriedad a la prohibición de esta última y haría desaparecer el parámetro más claro en la materia.

Pero además, desechar esta distinción tendría efectos perjudiciales para el propio sistema de responsabilidades ulteriores. Dejar de lado la prohibición perentoria de la censura muy probablemente conduciría también a una relajación del escrutinio y revisión crítica de las sanciones *a posteriori*. Eliminado el parámetro más elemental, la fuerza de los demás parámetros tendería a diluirse.

8. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La fuente del derecho de acceso a la información pública en el Sistema Interamericano se encuentra, según lo ha desarrollado su propia jurisprudencia, en el artículo 13.1 de la Convención

⁹⁸ Bickel, Alexander, *The Morality of Consent*, Yale University Press, 1975, p. 61; cit. por Toller, Fernando M., *op. cit.*, p. 585.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Americana, que señala que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Como hemos señalado, se trata de una disposición idéntica a la contenida en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin que en el contexto de este último instrumento, sin embargo, se haya arribado a una interpretación tan concluyente como la alcanzada en la jurisprudencia del Sistema Interamericano.

En efecto, durante mucho tiempo la interpretación predominante de estas y otras disposiciones análogas por los órganos internacionales de derechos humanos —incluidos los del Sistema Interamericano— ha consistido en sostener que ella prohíbe al Estado interferir en la libre circulación de ideas y otras formas de expresión, pero sin que de ellos se dedujera que se imponía al Estado una obligación positiva de poner a disposición de la ciudadanía la información que obra en su poder. A título ilustrativo, algunas maneras de hacer efectivas disposiciones de esta índole consistirían en el libre acceso de los periodistas a potenciales fuentes de información, así como la libertad de investigación académica.

Aunque la opinión consultiva 5 de la Corte Interamericana no se refería propiamente —como ya hemos visto— al derecho de acceso a la información pública, sino a la colegiación obligatoria de periodistas, ella ha constituido también en lo relativo a ese derecho una base importante para la argumentación posterior desarrollada por la jurisprudencia. Así, la OC-5 enfatiza en diversos pasajes la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión: una individual, referida al desarrollo de la autonomía personal, y otra social, concerniente al papel central que la libertad de expresión desempeña en un sistema democrático de gobierno. En esta segunda dimensión es que se sitúa —entre otros alcances— el acceso a la información pública, de la manera en que lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia ulterior del Sistema Interamericano (la OC-5 no se refiere explícitamente a ella).

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

La ampliación de la interpretación de la norma relativa a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas comenzó —tanto a nivel interno de los Estados como a nivel del Sistema Interamericano— con la institución del *habeas data*. Esta institución —garantizada en una serie de constituciones políticas americanas— permite acceder a información en poder del Estado que afecte al individuo reclamante. A través de este mecanismo incluso se ha podido obtener información en América Latina sobre archivos secretos de las antiguas dictaduras.⁹⁹

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un paso significativo en la consideración del derecho de acceso a la información pública, en el caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*.¹⁰⁰ En dicho fallo, el mencionado Tribunal interpreta el artículo 13.1 de la Convención Americana en términos de incluir ese derecho.

El caso se originó a raíz de la negativa del Estado de brindar a tres personas la información que solicitaban del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, que se refería a un proyecto de deforestación en el sur de Chile. La Corte resalta la gran discusión pública que el proyecto produjo en Chile, debido al impacto ambiental que podía tener.

De acuerdo con lo señalado en el juicio ante la Corte Interamericana por una abogada del Comité de Inversiones Extranjeras, dicho organismo “consideró de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de ma-

⁹⁹ Esto sucedió, por ejemplo, en Paraguay, donde a raíz de un *habeas data* interpuesto ante los tribunales locales por una víctima de torturas de la dictadura de Stroessner, se abrió la puerta para el descubrimiento de una serie de archivos de dicho régimen. Ello permitió comprobar que un gran número de personas desaparecidas había estado en poder de la policía paraguaya antes de su desaparición. También consta allí la entrega de personas por parte de la policía paraguaya a organismos de inteligencia argentinos y chilenos, personas que posteriormente desaparecieron. Véase International Human Rights Law Group y Comité de Iglesias, *Tortura en Paraguay: pasado y presente*, Asunción, Ediciones del Comité de Iglesias, 1993.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en [Chile]”.¹⁰¹ La Corte también deja constancia de que el Comité de Inversiones Extranjeras no adoptó una decisión escrita en la cual fundamentara la negativa de entregar la información solicitada respecto de varios puntos. Ya en el proceso seguido en la Corte Interamericana, la persona que se había desempeñado como vicepresidente ejecutivo del mencionado Comité por la época en que se pidieron los archivos señaló que “[...] «la entrega de aquellos antecedentes iba contra el interés colectivo», el cual era «el desarrollo del país»”, añadiendo que “[e]l Comité y el vicepresidente definían qué era de interés colectivo”¹⁰² y que hasta 2002 el Comité de Inversiones Extranjeras “mantuvo el criterio de entregar solo información de la cual era titular”.¹⁰³

El núcleo de la tesis de la Corte Interamericana se despliega en el párrafo 77 de la sentencia, cuando establece el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública, a partir de la interpretación que realiza del artículo 13 de la Convención Americana. Así, la Corte señala:

En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.

La Corte añade que

[D]icha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal,

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 48.b.4 (declaración de Liliana Macchiavello Martini).

¹⁰² *Ibidem*, párr. 57.20.a.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 57.21.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.¹⁰⁴

Estas dos dimensiones ya habían sido mencionadas por la Corte Interamericana en numerosas ocasiones a partir de la opinión consultiva 5, pero no había tenido oportunidad de pronunciarse anteriormente al caso *Claude* acerca de las implicaciones que ello pudiera tener para el acceso a la información pública.

Para fundamentar su interpretación, la Corte recoge una serie de antecedentes de *soft law*, a nivel de los distintos sistemas internacionales, así como elementos estrechamente relacionados con el acceso a la información pública tanto de fuentes internacionales como de sistemas jurídicos internos, como una manera de dar sustento a su innovadora tesis. De este modo, la Corte hace referencia a una serie de resoluciones de la Asamblea General de la OEA, a la Carta Democrática Interamericana —que no se refiere expresamente al derecho de acceso a la información, sino a los principios de transparencia y probidad de la gestión pública—, y a la Convención de la ONU en materia de corrupción, entre otros antecedentes. También se refiere el fallo a algunas resoluciones de la Asamblea Parlamentaria en Europa y a los avances en el reconocimiento de este derecho a nivel interno de algunos Estados.

En el terreno argumentativo, la sentencia destaca la centralidad de la democracia representativa en el Sistema Interamericano, la estrecha conexión entre dicho sistema político y la libertad de expresión, y el papel que desempeñan los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, para detenerse enseguida en el control de las autoridades públicas por parte de la ciudadanía. Todo ello lleva a la Corte a concluir que la regulación de la libertad de expresión por parte del Sistema Interamericano

¹⁰⁴ *Idem*.

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

y en particular la libertad de buscar informaciones consagrada en el artículo 13.1 de la Convención Americana incluyen el derecho de acceder a la información de que dispone el Estado, con independencia de si esa información se refiere a quien pretende obtenerla.

Posteriormente, el fallo señala que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”,¹⁰⁵ añadiendo más adelante que “el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales [...], crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”.¹⁰⁶ En este sentido, el fallo sigue con respecto del derecho de acceso a la información pública la misma lógica que la regulación de las restricciones en relación con la libertad de expresión en general, debiendo estas hallarse establecidas por ley y ser necesarias en una sociedad democrática. Dado que por la época en que ocurrieron los hechos del caso no existía ley en la materia en Chile, la Corte entiende que se procedió sin base justificada al respecto, por lo que establece que Chile vulneró la libertad de expresión de los reclamantes. La sentencia se refiere además a otras alegadas violaciones de derechos, que no revisaremos aquí.

La sentencia se convierte así en un hito, no solo a nivel interamericano sino mundial, al sostener de manera inequívoca el carácter de derecho fundamental atribuido al derecho de acceso a la información pública. Las legislaciones de algunos países de América han incorporado de manera paulatina este derecho en los últimos años, pero se trata todavía de un proceso en su etapa inicial. La sentencia comentada, por lo mismo, probablemente

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 92.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 98.

El tratamiento de la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

contribuya al fortalecimiento y expansión de estas iniciativas legislativas a nivel interno de los Estados.

Sobre esta materia, también los órganos políticos de la OEA han llamado la atención acerca de la necesidad de establecer mecanismos internos que aseguren debidamente tal derecho.¹⁰⁷

9. CONCLUSIONES

Desde sus inicios, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha prestado una atención especial a la protección del derecho a la libertad de expresión. En la época en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era el único órgano del Sistema, ello se produjo tanto a través de la confrontación de las transgresiones que se producían a este derecho en el contexto de regímenes autoritarios, como en la labor desarrollada por la Comisión a fin de establecer las bases normativas en la materia. Como hemos dicho, en sus primeros años de labores, la Comisión elaboró un Proyecto de Convención en la materia, que a la postre serviría de base para la regulación de este derecho por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual resultaría ser más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU e incluso que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Una vez establecida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta continuaría fortaleciendo el trabajo en la materia. Así, su opinión consultiva 5, de mediados de la década de los ochenta, fijaría las bases interpretativas de la Convención Americana sobre este tema, y lo hizo de una manera que fortaleció aún más los alcances de este derecho.

Posteriormente, al producirse los procesos de tránsito a la democracia en prácticamente la totalidad de los países de la región, la Comisión y la Corte aplicarían a una serie de problemas espe-

¹⁰⁷ AG/RES. 2252 (XXXV-O/06) y AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07), ambas tituladas "Acceso a la información pública: Fortalecimiento de la democracia".

ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

cíficos los criterios interpretativos generales que habían venido desarrollando. Entre estos se cuentan los alcances de la censura judicial de diversas formas de expresión, las normas de desacato y, en general, las diversas modalidades del establecimiento de responsabilidades ulteriores en la materia y, más recientemente, el derecho de acceso a la información pública. Estos desarrollos han dado lugar a un tratamiento sistemático de la libertad de expresión por parte de los dos órganos mencionados.

Lo anterior no implica, sin embargo, que las legislaciones internas de los Estados de la OEA sean un reflejo de los estándares interamericanos. Es cierto que en materias tales como la censura administrativa, las normas de desacato y el acceso a la información pública han producido transformaciones al nivel interno de los países, pero se trata de procesos de adecuación dispares, con algunos países mucho más cerca que otros de los parámetros contenidos en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana basada en ella.

La Relatoría de la Comisión en la materia ha intentado dar un seguimiento más global al asunto, revisando los ordenamientos internos en la materia y su grado de adecuación a los estándares interamericanos, así como interactuando con los poderes ejecutivo y legislativo en una serie de países procurando alcanzar reformas. Esta ha sido también una contribución de importancia.

No obstante, la distancia entre las regulaciones locales y las interamericanas continúa siendo grande en no pocos Estados, por lo que buena parte de la tarea de protección efectiva del derecho a la libertad de expresión en América está todavía pendiente de ser llevada a cabo.