

CAPITULO IV

INFORME SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL HEMISFERIO: El acceso a la información y el desarrollo económico³⁶⁰

A. Introducción

1. En el Informe Anual de 2003, la Oficina incluyó un capítulo titulado “Informe sobre el acceso a la información en el Hemisferio.”³⁶¹ En ese informe, el Relator Especial procuraba establecer un antecedente teórico del derecho al acceso a la información y afirmaba que “la garantía del acceso público a información en poder del Estado no sólo es una herramienta práctica que fortalece la democracia y las normas de derechos humanos y promueve la justicia socioeconómica, sino que es también un derecho humano protegido por el derecho internacional.”³⁶² Asimismo, en ese informe se proponía resumir “la situación actual de los Estados miembros en relación con el derecho a la libertad de información, en un esfuerzo por dejar constancia de la evolución de los Estados en esta esfera.”³⁶³

2. En junio de 2004, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución 2057, titulada “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. En esta Resolución se amplían los esfuerzos establecidos por la anterior resolución sobre la materia y se exhorta a los Estados miembros de la OEA a implementar las leyes u otras disposiciones que brinden a los ciudadanos un amplio acceso a la información pública. La Asamblea General encomendó al Relator Especial para la Libertad de Expresión “que continúe incluyendo en el Informe Anual de la CIDH un informe sobre la situación del acceso a la información pública en la región.”³⁶⁴

3. La Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión ha preparado este informe en cumplimiento del mandato establecido por la Asamblea General, y a los efectos de seguir contribuyendo con el debate sobre el tema. Al igual que en informes anteriores, se incluye primero un enfoque teórico de la cuestión y, luego, se actualiza la situación del acceso a la información en la región.

4. Aunque en informes anteriores se ha centrado la atención en la relevancia de las leyes sobre el acceso a la información para el fortalecimiento de los regímenes democráticos, en razón de que las mismas establecen un contexto que contribuye al

³⁶⁰ La preparación del presente capítulo fue posible gracias a la investigación y redacción preliminar de María Rosario Soraide Durán, recientemente egresada en ciencias políticas, con especialización en relaciones internacionales, de la Universidad Católica Argentina, quien fuera pasante en la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión en 2003. La Oficina le agradece su contribución. La Oficina también quisiera agradecer a Alberto Blanco, MS en estudios urbanos y planificación, del Massachusetts Institute of Technology (MIT); y a María Cavanaugh, Directora Gerente, Sovereign Ratings, Standard & Poor's, por sus aportes sobre algunos de los tópicos abordados en el presente Informe.

³⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2003, Vol. III. Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: *Informe sobre el acceso a la información en el hemisferio*, páginas 135-154.

³⁶² *Ibid.*, párr. 8.

³⁶³ *Ibid.*, párr. 5.

³⁶⁴ OEA, Resolución 2057 (XXXIV-O/04), *Acceso a la Información: Fortalecimiento de la Democracia*, párr. 7, al que se puede acceder en:

<http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=../documents/eng/documents.asp>.

establecimiento de políticas de transparencia, en el presente informe se argumentará en favor de las leyes sobre acceso a la información como una herramienta relevante para el desarrollo económico.

5. El presente informe se basa en la labor de instituciones internacionales, empresas privadas y autores de reconocimiento mundial. Teniendo en cuenta los argumentos que se mencionan más adelante, la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión piensa que es hora de redoblar los esfuerzos por fortalecer la libertad de expresión en general y el derecho al acceso a la información en particular, considerándolo, no sólo un derecho esencial en la esfera política, sino también un elemento crucial para el desarrollo económico.

B. El acceso a la información y el desarrollo económico

6. ¿Tienen las leyes sobre acceso a la información y su implementación algún efecto en el desarrollo económico de los países? La Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión concluye que la respuesta es afirmativa, como quedará probado en el presente informe desde tres puntos de vista diferentes. En primer lugar, el informe se centrará en la información como elemento esencial para el funcionamiento eficaz de los mercados. En segundo lugar, se analizará la incidencia del acceso a la información en la economía dentro del marco de los enfoques económicos desde el punto de vista de la gobernabilidad. Por último, en el presente estudio se procurará determinar si las leyes sobre acceso a la información podrían incidir en los resultados económicos en forma más indirecta, actuando en la percepción de las empresas que brindan evaluaciones sobre el riesgo país y la calificación soberana –dado que estas entidades consideran las cuestiones vinculadas a la gobernabilidad y el acceso a la información cuando asignan una calificación a los países.

1. Información y mercados

7. Para que un mercado funcione bien y en forma eficaz, es crucial que existan corrientes de información. Una información insuficiente aumenta los costos de transacción que limitan las oportunidades del mercado³⁶⁵ y, como observa Roumeen Islam:

una mayor información permite un mejor análisis y un mejor control y evaluación de los eventos que son importantes para el bienestar económico y social de los pueblos. Permite que quienes toman las decisiones económicas y políticas evalúen las oportunidades y gestionen mejor los riesgos. Permite la posibilidad de que las decisiones en los mercados económicos y políticos fomenten el bienestar social.³⁶⁶

8. Siguiendo con el argumento de Islam, la información que está a disposición de quienes toman las decisiones y el modo en que la usan son vitales para configurar sus expectativas, las cuales dan lugar a medidas particulares en la esfera económica que, a su vez, incidirán en los resultados subsiguientes. Varios estudios han demostrado que la información tiene efectos decisivos en los mercados de valores, los créditos bancarios, las tasas de interés e inclusive en la prevención y previsión de las crisis. Existe una correlación entre la disponibilidad de datos económicos y el buen funcionamiento de los mercados dado que aquellos permiten mejores decisiones de parte de inversores, consumidores y

³⁶⁵ Véase, Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 2002: instituciones para los mercados," publicado por Oxford University Press para el Banco Mundial, Nueva York, *Overview*.

³⁶⁶ Islam, Roumeen, "Do More Transparent Governments Govern Better?" Trabajo de Investigación de Políticas del Banco No. 3077, Banco Mundial, Washington D.C., Junio de 2003, pág. 2.

productores, pues los capacita para evaluar mejor las condiciones del mercado para sus productos.³⁶⁷

9. La información económicamente relevante podría incluir datos relacionados con precios, la publicación de los estados contables de las empresas, etc. Sin embargo, los agentes también necesitan información en relación con las leyes y reglamentos, los procesos gubernamentales, los organismos públicos, los contratos de compras del Estado, la implementación de políticas y sus consecuencias, etc., a efectos de adoptar decisiones económicas adecuadas. En este sentido, los gobiernos son actores centrales cuando se habla de la disponibilidad de información sustancial.

10. En el mismo sentido, Joseph Stiglitz, quien considera que la información es un bien público y reconoce que, al igual que otros bienes públicos, "... el gobierno tiene un papel importante en el suministro de información,"³⁶⁸ explica que, en las complejas economías modernas, los precios no comunican toda la información relevante. Los gobiernos en general recogen datos sustanciales sobre el crecimiento económico, la tasa de desempleo, la tasa de inflación, etc., pero esta información incide en la opinión de la población sobre el gobierno. Por ejemplo, si los datos demuestran una creciente desigualdad, los ciudadanos pueden cuestionar las políticas distributivas del gobierno. Por tanto, Stiglitz advierte que los gobiernos podrían verse inducidos a distorsionar o restringir la divulgación de esa información.³⁶⁹ Esta es una situación en que existen "asimetrías de información", lo que significa que no todas las partes interesadas tienen acceso a la misma cantidad de información.

11. Joseph Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence recibieron el Premio Nóbel de 2001 por sus estudios de las implicaciones económicas de las asimetrías de información y por preparar un cambio fundamental de paradigma en los estudios económicos: la Economía de la Información.³⁷⁰

12. Stiglitz usa el paradigma de la Economía de la Información para realizar una descripción análoga de las asimetrías de información que surgen en relación con los procesos políticos. Hace referencia a una asimetría de la información que existiría entre quienes gobiernan y aquellos a quienes éstos supuestamente debieran brindar servicios, concluyendo que la misma es similar a la que existe entre los gerentes de las empresas y los accionistas. Explica que, así como las asimetrías de información permiten que los gerentes de las empresas apliquen políticas convenientes para sus propios intereses y no para los intereses de los accionistas, esas asimetrías brindan a los funcionarios gubernamentales la posibilidad de optar por aplicar políticas orientadas a sus propios intereses y no a los de sus ciudadanos. Por último, Stiglitz concluye que "[l]as mejoras en la información y las normas que rigen su divulgación pueden reducir el alcance de estos abusos, tanto en los mercados como en los procesos políticos"³⁷¹ y que "una información mejor y más oportuna da lugar a una mejor y más eficaz asignación de recursos."³⁷²

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ Véase Stiglitz, Joseph, "Transparency in Government" in *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development*, Instituto del Banco Mundial, Washington D.C., Noviembre de 2002, pág. 28.

³⁶⁹ Ibid.

³⁷⁰ Por mayores detalles sobre este modelo, véase Stiglitz, Joseph, "Information and Change in the Paradigm in Economics;" Akerlof, George, "Behavioral Macroeconomics and Macroeconomic Behavior;" y Spence, Michael, "Signaling in Retrospect and the Structure of Markets," todo en *The American Economic Review*, Vol. 92, No. 3, Junio de 2002.

³⁷¹ Ibid, pág. 28.

³⁷² Ibid, pág. 35.

13. El Informe sobre el Desarrollo en 2002 del Banco Mundial, titulado “Instituciones para los mercados” llega a la misma conclusión.³⁷³ Además, este informe también aborda la teoría de que el acceso a la información podría representar una fuerza estabilizadora de los mercados financieros, dado que las corrientes de información “podrían atenuar la variabilidad y las crisis financieras mundiales”.³⁷⁴

14. Igualmente, en un capítulo titulado “Crecimiento e instituciones” de “Perspectivas de la economía mundial”, de abril de 2003, preparado por el Fondo Monetario Internacional, se observa que resulta más fácil atraer inversión extranjera directa a los países con un funcionamiento gubernamental más transparente y, gracias a esta corriente relativamente estable, pueden ser menos vulnerables a la interrupción repentina de los ingresos de capital, a las crisis en las cuentas de capital y a los efectos desestabilizadores del comportamiento de rebaño de los inversionistas internacionales.³⁷⁵ En una publicación de 2001, el FMI declaraba que “la falta de transparencia era una característica de la gestación de la crisis de México de 1994-95 y de la crisis de los mercados emergentes de 1997-98” debido a que “la insuficiencia de datos económicos ocultó las fragilidades de los sistemas financieros y la falta de claridad sobre las políticas gubernamentales y la formulación de las políticas contribuyó a una pérdida de confianza que en última instancia amenazó con socavar la estabilidad mundial”.³⁷⁶

15. En realidad, muchos apuntan a la falta de transparencia como una de las causas de las crisis financieras de Asia y Rusia de 1997 y 1998, que tuvieron graves efectos contaminantes en las economías occidentales.

16. Gastón Gelós y Shang-Jin Wei, por ejemplo, presentaron pruebas estadísticas de que, en general, los fondos internacionales prefieren retener más activos en los mercados que son más transparentes y que el comportamiento de rebaño tiene menos incidencia en los países con una mayor transparencia, en comparación con los más opacos.³⁷⁷ Hallaron evidencias que respaldan la opinión de que, durante la crisis de Rusia y –en menor medida– durante la crisis de Asia, los inversores internacionales tendían a retirarse más decididamente de los países que demostraron un mayor grado de opacidad.³⁷⁸

17. Don Tapscott y David Ticoll también examinaron las crisis de Asia y Rusia explicando que “los políticos, economistas y medios de comunicación occidentales identificaron la corrupción, el nepotismo y el favoritismo de las economías emergentes –junto con una administración empresarial deficiente– como los impulsores de la debacle. La falta de transparencia de las empresas, los bancos comerciales e inclusive los bancos centrales,

³⁷³ Véase Banco Mundial, “Informe sobre el Desarrollo Mundial 2002: instituciones para los mercados”, publicado por Oxford University Press para el Banco Mundial, Nueva York, pág. 189.

“...mejores flujos de información pueden mejorar la colocación de recursos...”

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Véase Fondo Monetario Internacional, “Perspectivas de la economía mundial”. Abril de 2003. Crecimiento e instituciones.” Washington, D.C., Capítulo 3: Crecimiento e instituciones; págs. 104-105.

³⁷⁶ Fondo Monetario Internacional, “Suplemento del Boletín del FMI”, Vol. 30, Washington D.C., septiembre de 2001, págs. 7-8.

³⁷⁷ Véase Gelós, R. Gastón y Wei, Shang-Jin, “Transparency and International Behavior,” Documento de trabajo del FMI 02/174, FMI, Washington, D.C., 2002, pág. 7: “El comportamiento de rebaño se define habitualmente como aquellas decisiones que toman los inversores, que no las tomarían si no observaran que otros participantes en el mercado las adoptan.”

³⁷⁸ Ibid.

fomentaron la crisis,³⁷⁹ agregando que esto determinó que el FMI proclamara que la transparencia es “la regla de oro de la economía globalizada”³⁸⁰ y empezara a supervisar los sistemas financieros y bancarios del mundo en desarrollo.

18. Reconociendo cómo un entorno económico y normativo transparente y estable da lugar también a la eficiencia en el sector privado, el FMI ahora fomenta la transparencia en las transacciones financieras que involucran a los presupuestos gubernamentales, los bancos centrales y el sector público en general. El FMI también brinda asistencia en relación con el mejoramiento de la contabilidad, las auditorías y los sistemas estadísticos.³⁸¹ En este sentido, las leyes sobre acceso a la información pueden contribuir al objetivo del FMI de fomentar la transparencia en las actividades del sector público y en el entorno en que estas se realizan, así como a un mejoramiento en la eficacia en la gestión de los recursos del Estado.³⁸²

19. Además, Tapscott y Ticoll enumeran lo que denominan “lecciones” aprendidas por la comunidad de política internacional en la crisis de Asia, en relación con el costo de la opacidad.

En primer lugar, la falta de transparencia, sumada a la corrupción y a la búsqueda del beneficio personal, puede causar profundas y prolongadas crisis económicas. En segundo lugar, la opacidad afecta a los negocios y eleva sus costos de transacción. Los inversores pierden confianza, se retiran de los mercados de capital y aumentan el precio que imponen a las empresas por los préstamos y las inversiones. En tercer lugar, la opacidad tiene costos para los contribuyentes –empresarios y consumidores- pues los gobiernos se ven obligados a intervenir con rescates financieros y redes de seguridad social, en tanto su costo de endeudamiento aumenta debido a la prima de riesgo por opacidad.³⁸³

2. Las instituciones y la gobernabilidad

20. La hipótesis de que las leyes sobre acceso a la información tienen una influencia positiva en los resultados económicos también está respaldada por abundantes publicaciones que explican la relevancia de los factores institucionales para el desempeño económico.

21. Rodrik y Subramanian explican que existen tres corrientes de pensamiento para abordar la causa de la gran diferencia de ingreso medio entre los países más ricos y los países más pobres del mundo.³⁸⁴ En primer lugar, existe una tendencia teórica que considera que la geografía es un factor clave.³⁸⁵ Un segundo punto de vista pone el acento en el comercio internacional como motor de la productividad y del aumento del ingreso. Por último,

³⁷⁹ Véase Tapscott, Don y Ticoll, David, “The Naked Corporation. How the Age of Transparency will Revolutionize Business,” Capítulo 2: *Transparency versus opacity: the battle*, Free Press, Nueva York, 2003.

³⁸⁰ La transparencia es, en realidad, uno de los principios en los que el FMI basa su asesoramiento de política, siendo estos: transparencia, simplicidad, rendición de cuentas y justicia, de acuerdo con la Nota sobre el papel del FMI en las cuestiones de la gobernabilidad, aprobada por su Directorio Ejecutivo el 25 de julio de 1997).

³⁸¹ Véase Fondo Monetario Internacional, “Good Governance. The IMF’s Role,” Washington D.C., enero de 1997.

³⁸² Véase FMI, *supra*, nota 16, pág. 116.

³⁸³ Véase Tapscott y Ticoll, *supra*, nota 20, pág. 51.

³⁸⁴ Véase Rodrik, Dani y Subramanian, Arvind, “La primacía de las instituciones (y lo que implica)” en *Finanzas y Desarrollo*, FMI, Washington D.C., Junio de 2003, págs. 31-34.

³⁸⁵ Los trabajos recientes de Pared Diamond y Jeffrey Sachs representan esta hipótesis.

una tercera argumentación se centra en las instituciones.³⁸⁶ Tras analizar las tres hipótesis, Rodrik y Subramanian concluyen que “la calidad de las instituciones predomina sobre todo lo demás”.³⁸⁷

22. ¿Qué son las “instituciones”? Este término ha sido objeto de definiciones diferentes.

23. Por ejemplo, el Premio Nobel de 1993, Douglass C. North, brinda una definición amplia, describiéndolas como las normas formales e informales que rigen las interrelaciones humanas o, en sus propias palabras: “las instituciones son las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente, son las restricciones diseñadas por el hombre para conformar la interrelación humana. En consecuencia, estructuran los incentivos del intercambio humano, sea político, social o económico.”³⁸⁸

24. Por otro lado, existen definiciones más precisas, que se centran en entidades orgánicas, dispositivos procesales y marcos de regulación específicos.³⁸⁹

25. A un nivel intermedio, existe una corriente de pensamiento que se centra en las percepciones y evaluaciones de las instituciones públicas, “especialmente acerca de cómo funcionan y cuál es su impacto en el comportamiento del sector privado.”³⁹⁰ De acuerdo con este punto de vista, “las instituciones se definen en términos de su grado de protección de los derechos de propiedad, el grado en que las leyes y reglamentos se aplican con ecuanimidad y el alcance de la corrupción.”³⁹¹ Este enfoque ha sido adoptado por muchos en recientes trabajos sobre las determinantes del desarrollo económico.

26. Existe una línea de investigación importante que evidencia la firme correlación entre buenas instituciones y desarrollo económico y crecimiento.

27. Por ejemplo, el FMI, en su *World Economic Outlook* de abril de 2003, llega a la conclusión de que existe una gran correlación entre la calidad institucional y el nivel de ingreso (PBI *per cápita*), el crecimiento económico (crecimiento del PBI), y una menor variabilidad del crecimiento (medido como desviación normal media de la tasa de crecimiento anual del PBI *per cápita*).³⁹² Y, como concluye Edison, “estas conclusiones sugieren que los resultados económicos podrían mejorar sustancialmente si los países en desarrollo fomentaran la calidad de las instituciones.”³⁹³

³⁸⁶ Este enfoque está estrechamente vinculado a Douglass C. North, y ha sido recientemente utilizado en estudios econométricos de autores como Daron Acemoglu, Simon Jonson y James Robinson.

³⁸⁷ Rodrik, Dani y Subramanian, Arvind, *supra*, nota 25, pág. 31.

³⁸⁸ North, Douglass C., “Institutions, Institutional Change and Economic Performance,” Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pág. 3.

³⁸⁹ Véase FMI, *supra*, nota 16, pág. 97.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Véase Edison, Hali, “¿Vínculos sólidos? ¿Cómo es la relación entre la calidad institucional y el desempeño económico?” (*Testing the links. How strong are the links between institutional quality and economic performance?*) en *Finanzas y Desarrollo*. FMI, Washington D.C., Junio de 2003, págs. 35- 37 (Este artículo se basa en el Capítulo 3 de “Perspectivas de la Economía Mundial del FMI. Abril de 2003. Crecimiento e Instituciones”, *supra*, nota 16).

³⁹² Véase FMI, *supra*, nota 16.

³⁹³ Véase Edison, *supra*, nota 32, pág. 35.

28. Habiendo reconocido el significado del buen gobierno y habiendo examinado cuál debe ser su papel en relación con este tema,³⁹⁴ el FMI ahora está empeñado en el fomento del buen gobierno en sus países miembros. El FMI limita su participación a los aspectos económicos del buen gobierno y contribuye a su consolidación a través del asesoramiento en políticas, la asistencia técnica y el fomento de la transparencia en las transacciones financieras que involucran el presupuesto del Estado, el Banco Central y el sector público en general.³⁹⁵ De manera que, reconociendo que la fragilidad de las instituciones obstaculiza el crecimiento y la implementación de políticas macroeconómicas efectivas, la mayoría de los programas actualmente respaldados por el FMI incluyen condiciones que procuran enfrentar la fragilidad institucional, combatir la corrupción, reducir otras formas de búsqueda del beneficio propio y fomentar la gobernabilidad.³⁹⁶

29. En la misma línea que el FMI, Kaufman y Kraay concluyen que, entre los países, existe una sólida correlación positiva entre la calidad de gobierno y el ingreso *per cápita*.³⁹⁷ Pero advierten que, si bien este efecto causal va de un mejor gobierno a un ingreso *per cápita* más elevado, no existe el mismo efecto en la dirección opuesta. Ellos subrayan la relevancia de la gobernabilidad para el desarrollo económico, pero niegan la hipótesis habitual de que mayores ingresos *per se* dan lugar a nuevos avances en términos de gobernabilidad, creando una especie de “círculo virtuoso.”³⁹⁸

- La calidad del gobierno: incluido el grado de corrupción, los derechos políticos, la eficiencia del sector público y la carga regulatoria.
- El grado de protección jurídica de la propiedad privada y la aplicación de las leyes correspondientes.
- Los límites (institucionales y de otra índole) impuestos a los líderes políticos.³⁹⁹

30. ¿Cómo se relacionan las leyes sobre acceso a la información con la perspectiva institucional sobre las determinantes del desempeño económico? La respuesta puede comprenderse mejor analizando la manera en que se mide la calidad institucional. De acuerdo con el FMI, los trabajos recientes en general consideran tres mediciones relativamente amplias de las instituciones.

31. No existen mediciones objetivas; por el contrario, las mismas resultan de percepciones subjetivas y evaluaciones de expertos de los países, o se basan en evaluaciones derivadas de encuestas realizadas por organizaciones internacionales u ONGs a las que responden los residentes de un determinado país.⁴⁰⁰

³⁹⁴ El 25 de julio de 1997, el Directorio Ejecutivo del FMI aprobó un documento titulado “The Role of the FMI in Governance Issues: Guidance Note”.

³⁹⁵ Véase FMI, *supra*, nota 22.

³⁹⁶ Véase FMI, *supra*, nota 16, pág. 116.

³⁹⁷ Véase Kaufmann, Daniel y Kray, Aart, “Growth Without Governance,” Documento de trabajo de investigación de políticas WPS 2928, Banco Mundial, Washington D.C., noviembre de 2002.

³⁹⁸ *Ibid.*, página 25 “...las mejoras en la calidad institucional o la gobernabilidad difícilmente ocurran meramente como consecuencia del desarrollo económico...”; “...en tanto las elites establecidas dentro de un país cosechen beneficios privados del *status quo* de baja calidad institucional, existen escasas razones para prever que mayores ingresos den lugar a demandas de mejor gobierno...”

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

32. La medición referida a la calidad del gobierno es conocida como “*índice agregado de gobernabilidad*”, y fue presentado en estudios de Kaufmann, Dari y Zoido-Lobaton.⁴⁰¹ Este enfoque se basa en una amplia definición de la gobernabilidad “como las tradiciones e instituciones por las cuales se ejerce la autoridad en un país”, incluidos “1) el proceso por el cual los gobiernos son seleccionados, controlados y sustituidos, 2) la capacidad del gobierno para efectivamente formular y ejecutar políticas coherentes, y 3) el respeto de los ciudadanos y del Estado por las instituciones que rigen las interacciones económicas y sociales entre ellos.”⁴⁰² Los datos derivan de indicadores construidos por distintas organizaciones internacionales, organismos políticos, empresas de calificación del riesgo de los países, grupos de estudio y ONGs⁴⁰³ y se organiza en seis grupos correspondientes a seis aspectos de la gobernabilidad. Los componentes de cada grupo son luego combinados dando lugar a seis indicadores agregados de la gobernabilidad:

- 1) Voz y rendición de cuentas. Ello incluye indicadores que cuantifican la medida en que los ciudadanos pueden participar en la elección de su gobierno y ejercen derechos políticos y libertades civiles. También tiene en cuenta mediciones de la independencia de los medios de comunicación, que “cumplen un importante papel de control de quienes ejercen la autoridad y los obligan a rendir cuentas por sus acciones.”⁴⁰⁴
- 2) La estabilidad política y la ausencia de violencia. Ello refiere a la probabilidad de que el gobierno no sea desestabilizado o derrocado por medios violentos o inconstitucionales.
- 3) La efectividad del gobierno. Ello incluye percepciones sobre la calidad de la prestación de los servicios públicos y el grado de competencia e independencia política de la administración pública, de la calidad de la burocracia y de la credibilidad del compromiso del gobierno con las políticas.
- 4) Calidad de la regulación: este indicador contiene mediciones de la incidencia de las políticas favorables al mercado (control de precios, insuficiente supervisión bancaria, carga causada por el exceso de regulaciones en el comercio exterior, fomento empresarial, etc.).⁴⁰⁵
- 5) Estado de derecho. Ello incluye indicadores que miden el grado en que los agentes confían en las normas de la sociedad y las cumplen, incluyendo percepciones de la incidencia de los delitos violentos y no violentos, la efectividad de la justicia y su previsibilidad y el cumplimiento de los contratos.
- 6) Control de la corrupción.⁴⁰⁶ Este indicador mide las percepciones de corrupción, convencionalmente entendida como “el ejercicio del poder público en beneficio privado.”⁴⁰⁷ La corrupción es considerada como una falla del gobierno porque la misma “es con frecuencia una manifestación de falta de respeto por parte del corruptor (habitualmente un ciudadano o

⁴⁰¹ Véase Kaufmann, Daniel, Kraay, Art y Zoido-Lobaton, Pablo, “Aggregating Governance Indicators,” Documento de trabajo de investigación de políticas, WPS 2195, Banco Mundial, Washington D.C., Octubre de 1999 y “Governance Matters,” Documento de trabajo de investigación de políticas, WPS 2196, Banco Mundial, Washington D.C., Octubre de 1999.

⁴⁰² Véase Kaufmann, Kraay y Zoido Lobaton, *supra*, nota 38, pág. 1.

⁴⁰³ Estas fuentes incluyen, por ejemplo, Political Risk Services (PRS Group), Standard & Poor's, Economist Intelligence Unit, Business Environment Risk Intelligence (BERI), Freedom House, Heritage Foundation, etc. Por una lista completa de estas fuentes y detalles sobre las variables que miden, véase Kaufmann, Kray, and Zoido-Lobaton, *supra*, nota 42, págs. 28-60; y Kaufmann, Daniel y Kray, Aart, *supra*, nota 38, pág. 8.

⁴⁰⁴ Véase Kaufmann, Daniel y Kray, Aart, *supra*, nota 38, pág. 6.

⁴⁰⁵ Esta categoría también es denominada “carga regulatoria” en algunos trabajos de Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton.

⁴⁰⁶ Esta categoría se llama también “Grafo”, en algunos trabajos de Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton.

⁴⁰⁷ Kauffman, D. y Kray, A., *supra*, nota 38, pág. 6

empresa privada) y el corrupto (habitualmente un funcionario público) por las normas que rigen su interacción.⁴⁰⁸

33. En un capítulo del Informe sobre Competitividad Mundial del Foro Económico Mundial 2003-2004, Daniel Kaufmann usa esos indicadores para demostrar la medida en que es importante la gobernabilidad, concluyendo que un país que mejora sustancialmente aspectos clave de la gobernabilidad puede esperar a largo plazo un espectacular incremento en el ingreso *per cápita* y en otras dimensiones sociales.⁴⁰⁹

34. La relación entre las leyes sobre acceso a la información y la calidad del gobierno puede comprenderse mejor si se tiene en cuenta alguna de las percepciones específicas que entran en el análisis basado en el indicador agregado de gobernabilidad. El componente de voz y rendición de cuentas, por ejemplo, incluye mediciones en las que están estrechamente relacionadas las leyes sobre acceso a la información, como la rendición democrática de cuentas, si las empresas son informadas de variaciones importantes en las normas y las políticas, la transparencia en el entorno empresarial y la transparencia en términos de la comunicación exitosa por parte de las intenciones del gobierno.⁴¹⁰

35. Además, la relevancia de las leyes sobre acceso a la información consideradas desde el punto de vista de la gobernabilidad también pueden abordarse desde un ángulo diferente. Los estudios que relacionan los factores de gobernabilidad con los resultados económicos habitualmente ponen de relieve su visión de que la corrupción es una falla de la calidad institucional, que tiene efectos adversos en el campo económico.

36. En realidad, el indicador agregado de gobernabilidad contiene mediciones relacionadas con la corrupción tales como: la corrupción entre funcionarios públicos, la efectividad de las iniciativas anticorrupción, la corrupción en el sistema político como “amenaza a la inversión extranjera”, la frecuencia de “pagos adicionales” para “lograr que se hagan las cosas”, los pagos irregulares y adicionales vinculados a los permisos de importación y exportación, las licencias de las empresas, los controles de cambio, el cálculo de impuestos, la protección policial o las solicitudes de préstamos, los efectos de la corrupción en el “atractivo del país para los negocios”, etc. Por lo tanto, las leyes sobre acceso a la información podrían reducir o prevenir la corrupción, disminuyendo sus efectos económicos adversos y mejorando el desempeño del país en cuanto al control del grupo referido a la corrupción en el indicador agregado de gobernabilidad.

37. Es hora de examinar lo que Mauro expresa cuando pregunta: “¿Por qué preocuparse por la corrupción?”⁴¹¹ En otras palabras, ¿por qué debe considerarse negativa la corrupción desde una perspectiva económica? Mauro, al examinar el comportamiento público corrupto, afirma que “desalienta la inversión, limita el crecimiento económico y altera la composición del gasto del Estado, con frecuencia en perjuicio del futuro crecimiento económico”.⁴¹² Es importante comprender cómo el concepto de conducta en busca del

⁴⁰⁸ Ibid, pág. 7.

⁴⁰⁹ Kaufmann, Daniel, “Governance Redux: The Empirical Challenge” en el *Informe sobre Competitividad Mundial 2003-2004*, Foro Económico Mundial, Ginebra.

⁴¹⁰ Por una lista detallada de las fuentes y los indicadores específicos utilizados para construir el indicador agregado de gobernabilidad, véase Kauffman, Aart, y Zoido-Lobaton, “Governance Matters,” *supra*, nota 42, págs. 28-60.

⁴¹¹ Véase Mauro, Paolo, “Why Worry about Corruption?,” en *Temas de Economía* No.6, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., febrero de 1997.

⁴¹² Ibid, pág. 3.

beneficio propio entra en su explicación.⁴¹³ Aunque algunas actividades que procuran un beneficio económico propio no son ilegales ni inmorales, sino que constituyen una competencia perfectamente legal por el beneficio económico (como el lobbying y la publicidad), otras son claramente ilegales (el soborno, la corrupción, los mercados negros, el contrabando, etc.).⁴¹⁴ Las actividades en busca del beneficio económico propio son llevadas a cabo, por ejemplo, por empresas que gastan importantes sumas de dinero tratando de convencer a los legisladores para que se les otorgue monopolios o se restrinja de alguna otra manera la competencia para obtener beneficios. Por otro lado, los burócratas y las autoridades tratan de posicionarse en un monopolio restringido donde puedan ser sobornadas por emitir licencias de importación, otorgar un subsidio, aprobar un gasto, etc.⁴¹⁵

38. Mauro enumera sintéticamente las consecuencias de la corrupción que causan una desaceleración del crecimiento económico:⁴¹⁶

- La corrupción como impuesto. Si el empresario interpreta la corrupción como un tipo de tributo, ello desalentará la inversión, desacelerando en consecuencia el crecimiento económico.⁴¹⁷ Y esto ocurre porque, si el soborno es un requisito previo para iniciar una empresa en el país, cabría esperar que los funcionarios públicos corruptos reclamen parte de los beneficios resultantes de la inversión. Además, inclusive si el empresario está dispuesto a invertir en esa economía, el producto marginal privado del capital disminuirá por los sobornos que deben ser pagados (actuando así como un impuesto al producto de la inversión), reduciendo también, de esta manera, la tasa de inversión. Mauro presenta pruebas sorprendentes del análisis de regresión, afirmando que, si un país mejorara su índice de corrupción en dos puntos, la inversión aumentaría en cuatro puntos, con lo que se mejoraría el empleo y el crecimiento económico.⁴¹⁸
- Mala asignación de talentos. Los más talentosos y capacitados pueden optar por llevar a cabo actividades en beneficio propio en lugar de actividades productivas.
- Menor efectividad de los aportes de la cooperación. Los aportes de la cooperación podrían orientarse a gastos improductivos del Estado.
- Pérdida de ingresos tributarios. Ello ocurre cuando la corrupción se ejerce a través de la evasión o la exención tributaria. Ello podría también tener consecuencias negativas en relación con asuntos presupuestarios.
- Disminución en la calidad de la infraestructura y de los servicios públicos, porque la corrupción se relaciona con los contratos de compras del Estado.

⁴¹³ Ibid , pág. 2. Aquí el beneficio se entiende que es económico, es decir, "el monto extraordinario que se paga (por encima del que se pagaría para cualquier otro destino mejor) a alguien o por algo útil cuya oferta está limitada por la naturaleza o por el ingenio humano".

⁴¹⁴ Coolidge, Jacqueline y Rose-Ackerman, Susan "High-level rent-seeking and corruption in African Regimes: Theory and Cases", Documento de trabajo de investigación de políticas, WPS 1780, Banco Mundial, Washington D.C., 1999; y Krueger, Anne, "The Political Economy of the Rent-Seeking Society" in *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 3, junio de 1974, pág. 291.

⁴¹⁵ Véase Mauro, *supra*, nota 52.

⁴¹⁶ Ibid, y Mauro, Paolo, "Corruption and Growth" en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 110, No.3, agosto de 1995, págs. 681-712.

⁴¹⁷ Véase también Shleifer, Andrei y Vishny, Robert W., "Corruption" en *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, No 3, agosto de 1993, págs.599-617. Estos autores agregan que la corrupción es aún más distorsionante y costosa que un impuesto debido a su ilegalidad y a la necesidad de mantener el secreto. "La exigencia del secreto puede apartar la inversión del país en los proyectos de mayor valor, como la salud y la educación, canalizándolos hacia proyectos posiblemente inútiles, como la defensa y la infraestructura, si estas últimas ofrecen mejores oportunidades para la corrupción secreta"; y "también puede determinar que los dirigentes de un país mantengan monopolios para evitar el ingreso y desalienten la innovación de terceros si ampliar la base de la elite puede sacar a luz las prácticas corruptas existentes." Pág. 616.

⁴¹⁸ Véase también Mauro, Paolo, *supra*, nota 52.

- Distorsión en la composición del gasto del Estado. Los funcionarios pueden optar por realizar gastos de acuerdo con la posibilidad de recibir sobornos y no basados en motivaciones relacionadas con el bienestar público.

39. Kaufmann y Kraay desagregan cuatro dimensiones diferentes de la corrupción: el soborno para la obtención de servicios; en las compras del Estado; en el proceso del presupuesto; y en la configuración de los marco político, jurídico y regulador.⁴¹⁹ Denominan a este último tipo de corrupción “secuestro del Estado”, que definen como “la influencia indebida e ilícita de la élite en el diseño de leyes, políticas y reglamentos del Estado.”⁴²⁰ El secuestro del Estado difiere de la visión típica de la corrupción como intento de incidir en la implementación de leyes y reglamentos mediante el soborno. Kaufmann y Kraay consideran que el secuestro del Estado es un importante desafío de la gobernabilidad porque, si una élite se beneficia del mal gobierno, “todo efecto posible del crecimiento del ingreso en la gobernabilidad podría verse contrarrestado por el efecto de la influencia negativa de la élite.”⁴²¹

40. Para comprender mejor la relevancia de las leyes sobre acceso a la información para el desarrollo económico, considerando a la corrupción como un elemento negativo, a esta altura es preciso recordar lo que ya se abordó extensamente en los capítulos dedicados al acceso a la información en anteriores informes de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión: que las leyes sobre acceso a la información contribuyen a prevenir y combatir las prácticas corruptas.⁴²² Esta afirmación ha sido respaldada no sólo por la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión sino también por el Informe de Desarrollo Mundial 2002 del Banco Mundial que subraya la importancia del acceso a la información al observar que:

para comprender y anticipar los movimientos del mercado, los inversores requieren información oportuna y precisa sobre los indicadores financieros de las empresas y datos macroeconómicos. De manera similar, la información sobre la propiedad de activos, los contratos del Estado y los gastos de los organismos públicos ayudan al público a controlar a los funcionarios estatales. La información sobre precios y normas de productos ayuda a los consumidores a seleccionar estos. Los registros de las inspecciones sanitarias, el desempeño de las escuelas y los datos sobre medio ambiente ayudan a los ciudadanos a tomar decisiones informadas en materia social.⁴²³

41. Además, este informe establece que “un acceso abierto a la información puede mejorar la gobernabilidad y reducir la corrupción”⁴²⁴ y que la corrupción socava el funcionamiento del mercado de tres maneras: 1) al actuar como impuesto –distorsionando las opciones entre actividades y reduciendo los beneficios resultantes de la inversión (tanto privada como pública); 2) al erosionar la competencia –dado que ésta depende de una

⁴¹⁹ Véase Kaufmann y Kraay, *supra*, nota 38.

⁴²⁰ *Ibid*, pág. 26. Una lectura recomendada para un mayor análisis del concepto de captación del estado y una categorización de las distintas formas de corrupción, es Hellman, Joel S., Jones, Geraint, y Kaufmann, Daniel, “Seize the State, Seize the Day. State Capture, Corruption and Influence in Transition” Documento de trabajo de investigación de políticas, WPS 2444, Banco Mundial, Washington D.C., setiembre de 2000.

⁴²¹ *Ibid*, pág. 27.

⁴²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2001, Vol. II, Informe de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo III: *Informe sobre la acción de habeas data y el derecho de acceso a la información en el Hemisferio*, e Informe Anual 2003, Vol. III, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: *Informe sobre el acceso a la información en el Hemisferio*.

⁴²³ Véase Banco Mundial, *supra*, nota 6, pág. 189.

⁴²⁴ *Ibid*, pág. 101.

constante incorporación de nuevas empresas, y cuando éstas deben pagar sobornos para poder empezar a funcionar en el mercado, muchas pueden decidir no ingresar, y 3) al erosionar la legitimidad del Estado y reducir su capacidad para crear instituciones que respalden a los mercados.

42. Por último, en el informe se afirma que “la falta de información alimenta la corrupción”, dado que:

sin información sobre los precios que supuestamente deben cobrarse por los servicios públicos... las personas no pueden determinar si se les está cobrando en exceso. Sin información sobre los detalles de los reglamentos, las personas son vulnerables al acoso burocrático y a la exigencia de sobornos. Sin una amplia información sobre el alcance del mal comportamiento público, es difícil que los ciudadanos sientan el disgusto contra la corrupción que es esencial para implementar reformas.⁴²⁵

43. Roumeen Islam analiza los efectos de la disponibilidad de información en la gobernabilidad a través de dos aspectos diferentes del tema: la manera en que la gobernabilidad se ve afectada por la disponibilidad de datos económicos básicos y la manera en que la gobernabilidad se ve afectada por el marco jurídico del país en relación con el acceso a la información.⁴²⁶

44. En primer lugar, la autora explica que, cuanto más datos existan, mejor será el gobierno: la mayor disponibilidad de datos sobre calidad permite que la ciudadanía juzgue las políticas gubernamentales, lo que incide en el apoyo que se da al gobierno y en la determinación de cuánto tiempo permanecerá éste en el poder. Esto obliga a los gobiernos a realizar una mejor rendición de cuentas. En otras palabras, “es más probable que las personas exijan a los gobiernos que gobiernen mejor, y que los gobiernos tengan mayor incentivo para así proceder.”⁴²⁷ Islam enumera otras razones para respaldar su afirmación de que la disponibilidad de datos incide en la gobernabilidad al declarar, por ejemplo, que mejora la coordinación entre los integrantes del gobierno, el diseño de las políticas, la formulación de objetivos y la evaluación de políticas alternativas. En cuanto a las leyes sobre acceso a la información, la autora subraya su importancia en el fomento de las corrientes de información y, en consecuencia, en el control del desempeño gubernamental por parte de la ciudadanía.

45. Los resultados a que llega Roumeen Islam tras una serie de regresiones estadísticas son sin duda útiles a los efectos del presente estudio. Por ejemplo, concluye que los gobiernos más transparentes⁴²⁸ funcionan mejor en una serie amplia de parámetros del indicador agregado de gobernabilidad que fue descrito previamente en este trabajo: voz y rendición de cuentas; efectividad del gobierno; calidad de la regulación; control de la corrupción; y estado de derecho. Además, Islam construye un índice del acceso a la información (con base en la adopción por el país de una ley sobre libertad de información), porque considera que, inclusive si los gobiernos publican datos económicos, esta información no sería suficiente para que las personas les juzguen y controlen, en tanto una ley de libertad de información brinda acceso a otros datos, aparte de los meramente económicos. Islam

⁴²⁵ Ibid, pág. 109.

⁴²⁶ Véase Islam, Roumeen, *supra*, nota 7.

⁴²⁷ Ibid, pág. 5.

⁴²⁸ Medidos de acuerdo con el grado y la frecuencia de la disponibilidad de datos, mediante un índice construido en base a variables representativas (tales como el PIB, el desempleo, las inversiones extranjeras directas, etc.) consideradas importantes para juzgar y controlar los resultados de la política económica. Este índice representa cuánta información económica están los gobiernos dispuestos a revelar.

concluye que la presencia de este tipo de leyes demuestra una correlación con el indicador agregado de gobernabilidad. La correlación no es sólo con el grupo de indicadores de “voz y rendición de cuentas” y “control de la corrupción”, sino también con la “calidad de la regulación” y la “efectividad del gobierno”, presentando la máxima correlación con el indicador de voz y rendición de cuentas.⁴²⁹ Por lo tanto, la autora concluye que una ley sobre libertad de información incide positivamente en la calidad del gobierno y que los “países que tienen leyes sobre libertad de información presentan muchas más probabilidades de ser bien gobernados.”⁴³⁰

46. Por tanto, de acuerdo con Roumeen Islam, así como el mayor grado de transparencia y las leyes de libertad de información contribuyen al buen gobierno y, como ha sido empíricamente comprobado, la gobernabilidad está correlacionada con el crecimiento, “mediante una extrapolación se registra una estrecha relación entre un mejor flujo de información y la aceleración del crecimiento de las economías.”⁴³¹

3. Impacto de los factores de gobernabilidad en la evaluación del riesgo

47. Los factores relacionados con la gobernabilidad también son aspectos considerados por las empresas que realizan las evaluaciones del riesgo país y las calificaciones soberanas. En efecto, el indicador agregado de gobernabilidad que se describió anteriormente se basa en varios indicadores institucionales de algunas de estas empresas.

48. Estas empresas se han posicionado claramente como actores fundamentales en el escenario económico internacional –donde los flujos de inversión extranjera directa y los movimientos de capital desempeñan un papel esencial- y sus evaluaciones inciden decisivamente en el volumen de inversión extranjera que cada país es capaz de atraer y retener, y en el costo de obtener créditos en los mercados financieros internacionales.

49. Unas cuantas de las variables institucionales que son factores en el análisis del riesgo país y en las calificaciones soberanas que realizan estas empresas se relacionan con las leyes sobre acceso a la información. Describiremos a continuación algunos ejemplos representativos.

50. *Political Risk Services (PRS Group)*, una de las principales entidades que realizan evaluaciones del riesgo país, produce la guía internacional *Country Risk Guide (ICRG)*. Esta guía califica 22 variables, agrupándolas en tres subcategorías: el índice de riesgo político, el índice de riesgo financiero y el índice de riesgo económico. Estos tres índices también se combinan para crear una calificación compuesta de riesgo político, financiero y económico. El índice de riesgo político consiste en 12 variables, incluida la rendición democrática de cuentas y la corrupción. De acuerdo con la metodología de la guía, cuanto mayor es el número de puntos que se asigna a un país, menor es el riesgo que existe. La calificación del riesgo político contribuye un 50% a la categoría compuesta y los índices financiero y económico contribuyen, cada uno, 25%.⁴³²

⁴²⁹ Véase Islam, Roumeen, *supra*, nota 7, pág. 33.

⁴³⁰ *Ibid*, pág. 32.

⁴³¹ *Ibid*, pág. 36.

⁴³² Véase www.icrgonline.com y Kaufmann, Aart, y Zoido-Lobaton, *supra*, nota 42, págs. 48 y 49.

51. *Business Environment Risk Intelligence (BERI)* construye una calificación relacionada con el ambiente empresarial, denominado *Business Risk Service*. El mismo está separado en tres índices, uno de los cuales, el índice de riesgo político, incluye una categoría que corresponde a la “mentalidad”, que a su vez incluye la xenofobia, el nacionalismo, la corrupción, el nepotismo, la voluntad de transigir, etc.⁴³³

52. La *Economist Intelligence Unit (EIU)*, que produce análisis y pronósticos de los entornos políticos, económicos y empresariales de distintos países, brinda su servicio de riesgo país y sus pronósticos de país que, entre sus mediciones, incluyen la transparencia/justicia (denominado “sistema jurídico” en los pronósticos de país) y la corrupción.⁴³⁴

53. *DRI/McGraw-Hill (DRI)* es una dependencia de *Standard & Poor's* que ofrece consultoría económica y servicios de información para empresas y encargados de adoptar decisiones financieras y gubernamentales en distintos países del mundo. En 1996, DRI lanzó el *Country Risk Review (CRR)*, una publicación trimestral sobre las evaluaciones del riesgo país. Entre las distintas fuentes de riesgo que enumera, se incluye la categoría “pérdidas y costos de la corrupción.”⁴³⁵

54. En la economía globalizada de hoy, las evaluaciones del riesgo país han alcanzado una gran relevancia en relación con la toma de decisiones sobre las opciones de inversión. Actores tales como los inversores institucionales, las empresas multinacionales, los bancos, los importadores y los exportadores, etc., consultan estas evaluaciones para calcular cómo los distintos factores de riesgo pueden incidir en sus actividades e inversiones, ahora y en el futuro.⁴³⁶

55. Empresas como *Standard & Poor's*, *Moody's* y *Fitch* también construyen calificaciones soberanas de crédito. Se trata de evaluaciones de la capacidad y voluntad del gobierno de pagar los servicios de su deuda en su totalidad y en plazo, y consisten en cálculos a futuro de las probabilidades de incumplimiento.⁴³⁷

56. El grado que se le asigna a un país en estas calificaciones no es asunto menor, dado que tiene efectos en el costo que debe enfrentar el gobierno para pedir recursos en préstamo en los mercados financieros internacionales. Cuanto mayor sea el grado de riesgo, mayor la tasa de interés que el país tiene que pagar por su endeudamiento, dadas las mayores probabilidades de incumplimiento.⁴³⁸ Ello contribuye, no sólo a un aumento en el

⁴³³ Véase Kaufmann, Aart, y Zoido-Lobaton, *supra*, nota 42, págs. 29 y 30.

⁴³⁴ *Ibid*, págs. 38 y 39.

⁴³⁵ *Ibid*, pág. 33.

⁴³⁶ Véase www.icrgonline.com.

⁴³⁷ Véase Beers, David T., Cavanaugh, Marie, y Ogawa, Takahira, “Sovereign Credit Ratings: A Primer,” *Standard & Poor's, Sovereigns*; 3 de abril de 2002.

⁴³⁸ Véase Cantor, Richard y Packer, Frank, “Determinants and Impact of Sovereign Credit Ratings” en *Economic Policy Review*, donde figura un estudio sobre la influencia de las calificaciones soberanas en los costos del endeudamiento. Banco de la Reserva Federal de Nueva York, octubre de 1996, Vol.2, No. 2. Los autores afirman que las calificaciones del crédito soberano inciden en los diferenciales de los bonos soberanos: “Los rendimientos soberanos tienden a aumentar a medida que disminuye la calificación”, pág. 4. Llegan a la conclusión de que el efecto de los anuncios de las calificaciones no se diluye por la anticipación del mercado, puesto que estos anuncios afectan independientemente los diferenciales del mercado: cuando se producen variaciones en las calificaciones, estas son seguidas por variaciones estadísticamente sustanciales de los diferenciales de los bonos en la dirección prevista. También concluyen que el impacto de los anuncios de las calificaciones es muy sustancial en el grado especulativo soberano, pero estadísticamente insignificantes en el grado de inversión soberano; y que se ve un mayor efecto si el anuncio de la empresa confirma el de otra empresa o un anuncio de calificación anterior.

pago del interés de la deuda pública, sino también a un aumento en el costo mínimo del endeudamiento en el mercado financiero local. Además, dado el alto costo o la imposibilidad de obtener recursos en los mercados internacionales, el Estado se ve obligado a endeudarse localmente, lo que da lugar a un efecto de “desviación”: el gobierno recibe recursos que de otra manera estarían a disposición del sector privado, con lo que también hace que las tasas de interés locales suban. Todo esto tiene efectos negativos en la inversión, en el nivel de la actividad económica y en la tasa de crecimiento económico.

57. Una reducción en la calificación del país por parte de empresas tales como *Standard & Poor's* y *Fitch y Moody's*, también causa una reducción en los flujos de capital. Y ello es así porque la mayor parte de los inversionistas internacionales importantes –como los fondos de cobertura y los fondos de jubilaciones- operan dentro de normas que limitan sus inversiones a obligaciones de gobiernos soberanos o emisores privados que tienen asignada una “calificación de inversión”.

58. Además, las calificaciones soberanas inciden en las calificaciones de los prestatarios de la misma nacionalidad, y, por tanto, en su acceso a los mercados internacionales de capital. Las empresas raramente califican a un gobierno provincial, a un municipio o a una empresa privada con un grado mejor que el que asignan al país correspondiente.⁴³⁹ De acuerdo con *Fitch*, “las calificaciones soberanas forman un techo por encima del cual no es posible que otros prestatarios residentes de ese país se coloquen, de modo que es importante inclusive si el propio gobierno no quiere tener acceso a los mercados financieros mundiales: fija parámetros dentro de los cuales puede operar el sector privado.”⁴⁴⁰ *Standard & Poor's* explica que las calificaciones que se asignan a entidades de un país son, en la mayoría de los casos, las mismas que la calificación soberana o inferiores, aunque existen algunos casos específicos en que el grado de una entidad puede ser superior al asignado al soberano.⁴⁴¹

59. *Standard & Poor's* incluye en su metodología para la calificación soberana percepciones relacionadas con asuntos de la gobernabilidad y el acceso a la información. Por ejemplo, la transparencia en las decisiones como en los objetivos de política económica es una de las variables que la empresa tiene en cuenta en su evaluación del riesgo político, reconociendo que “la estabilidad, previsibilidad y transparencia de las instituciones políticas de los países son aspectos importantes al analizar los parámetros de la formulación de políticas económicas”.⁴⁴² La metodología también aborda factores tales como la puntualidad y transparencia del sector fiscal en la declaración de datos. Este último aspecto está incluido en otra categoría del análisis de la calificación soberana referido como “flexibilidad fiscal” y, como lo explica *Standard & Poor's* los puntajes más bajos corresponden a los países en que los recursos del gobierno no se gastan efectivamente “debido a la rigidez constitucionales, las presiones políticas o la corrupción”.⁴⁴³

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ Véase *Fitch*, “Sovereign Ratings, Rating Methodology.” 2002, pág. 2.

⁴⁴¹ Véase Beers, David T., Cavanaugh, Marie, y Ogawa, Takahira, *supra*, nota 78, pág.1.

⁴⁴² Ibid, pág. 4. El riesgo político es una de las 10 categorías analíticas en el perfil metodológico de la calificación soberana de *Standard & Poor's*.

⁴⁴³ Ibid, pág. 6.

60. En realidad, la publicación de *Standard & Poor's* aborda específicamente el impacto de los aspectos de gobernabilidad en la solvencia del gobierno.⁴⁴⁴ Explica que se tienen en cuenta los factores de gobernabilidad que se relacionan con la capacidad y disposición para cumplir con los servicios de la deuda cuando se analiza la probabilidad de incumplimiento de un Estado. El artículo presenta ejemplos en que una mejor gobernabilidad dio lugar a una mayor solvencia, y viceversa. La divulgación de información y la transparencia en asuntos fiscales, en la política monetaria y en el sector externo de la economía, son enumerados entre los aspectos de gobernabilidad que tienen consecuencias en la solvencia de los países.

61. En suma: un amplio número de variables entra en los distintos análisis del riesgo país y de la calificación soberana, y cada uno de ellos tiene un peso específico, de acuerdo con la importancia relativa de su incidencia en el riesgo. Algunos de los factores que se tienen en cuenta se vinculan al acceso a la información. En general, estos no son considerados entre los indicadores más críticos en la conformación de la evaluación de los países y realmente no se puede concluir que las mejoras en el acceso a la información resulten de por sí en un mejor grado de riesgo. Sin embargo, si un país desea alcanzar un mejoramiento del grado en su calificación o evitar una reducción del mismo, cuando diseña su estrategia general, sin duda podría tener en cuenta variables de la gobernabilidad tales como las enumeradas anteriormente –que podrían mejorarse mediante la aplicación de leyes sobre acceso a la información.

C. Conclusiones

62. En el presente informe, se han ilustrado desde distintos puntos de vista los posibles efectos de las leyes sobre el acceso a la información en la economía.

63. En primer lugar, se ha demostrado la relevancia económica de las leyes sobre acceso a la información considerando la importancia de las corrientes de información para el funcionamiento eficaz de los mercados. Una mejor información reduce los costos de transacción y da lugar a una mejor toma de decisiones y a una mejor asignación de recursos. También se ha subrayado la transparencia como elemento que ayuda a mitigar la volatilidad de los mercados financieros. Cuando los gobiernos controlan los datos con significado económico (que van desde medidas tales como el crecimiento económico o la tasa de inflación hasta la información sobre leyes, reglamentos, políticas, objetivos, etc.) la divulgación de esa información es crucial para los resultados económicos.

64. En segundo lugar, también se ha comprobado el efecto económico que pueden tener las leyes de acceso a la información abordando la cuestión desde el punto de vista de la gobernabilidad. En primer lugar, se ha explicado que el indicador agregado de gobernabilidad incluye, dentro del grupo de indicadores de “voz y rendición de cuentas”, variables a las que obviamente las leyes sobre acceso a la información contribuyen en forma positiva. Además, también se ha resaltado que las leyes sobre acceso a la información pueden ser consideradas herramientas para combatir las prácticas corruptas, reducir las oportunidades para este tipo de actividades –que tienen efectos económicos adversos- y para mejorar los resultados del país en el indicador de la gobernabilidad referente al “control

⁴⁴⁴ Véase Chambers, John Richter, Mónica, “Public Sector's Governance's Impact on Sovereigns' and Local Governments' Creditworthiness,” *Standard & Poor's*, 23 de junio de 2003, pág. 1: “La solvencia se define como la capacidad y voluntad de atender los servicios de la deuda en su totalidad y en plazo, sin recurrir a intercambios involuntarios u otras formas de alivio de la deuda”.

de la corrupción “. Además, se han presentado pruebas en relación a cierta correlación entre las leyes de libre información y los indicadores de la “calidad en la regulación” y “efectividad del gobierno”. Para concluir, si un avance en la gobernabilidad da lugar a mejores resultados económicos y si las leyes sobre acceso a la información permiten lograr mejoras en distintas dimensiones del gobierno, de ello se deriva que tales leyes representan un aporte positivo al desarrollo económico.

65. Por último, en este estudio se aborda asimismo el hecho de que las empresas que brindan evaluaciones del riesgo país y calificaciones soberanas, también consideran aspectos de la gobernabilidad al asignar una calificación a un país determinado. Teniendo esto en cuenta, podría decirse que las leyes sobre acceso a la información inciden también en forma más indirecta en los resultados económicos. Estas leyes pueden actuar en la percepción que tienen las empresas de la gobernabilidad e incidir en sus evaluaciones, lo que a su vez tiene implicaciones económicas fundamentales. Estas evaluaciones afectan el nivel de inversión que atrae y retiene una economía así como el costo de solicitar créditos, tanto para el Estado como para los agentes privados.

D. Acceso a la información en los Estados miembros: Actualización del Informe Anual 2003

66. La Asamblea General de la OEA resolvió, en el párrafo 7 de la Resolución 2057 titulada “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, encomendar al Relator Especial para la Libertad de Expresión que “continúe incluyendo en el Informe Anual de la CIDH un informe sobre la situación del acceso a la información pública en la región.”⁴⁴⁵ De acuerdo con este mandato, en un empeño por registrar la evolución de los Estados en esta esfera en 2004, en esta sección del presente informe se resumirá la situación actualizada de los Estados miembros en relación con el derecho al acceso a la información.

67. Con este fin, el 7 de setiembre de 2004, y de acuerdo con el procedimiento aprobado para el Informe Anual de 2001 y 2003, se envió una carta oficial a las misiones permanentes de los Estados miembros de la OEA solicitándoles una actualización de la información previamente enviada a la Oficina en relación con la legislación, jurisprudencia y prácticas vigentes en cuanto al acceso a la información en sus países, dentro de un plazo de 30 días. La información enviada por los Estados se incorporó a la investigación realizada en otras fuentes como medios de comunicación y las organizaciones no gubernamentales a efectos de elaborar un panorama general de la situación imperante en cada Estado miembro.

68. El Relator Especial incluye en este informe anual sólo las leyes que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos aprobaron en 2004 en relación con el derecho al acceso a la información. En este sentido, Ecuador⁴⁴⁶ y República

⁴⁴⁵ OEA, AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), párr., 6 y 7.

⁴⁴⁶ La “Ley Orgánica de transparencia y Acceso a la Información Pública” fue promulgada por el Presidente de Ecuador el 10 de mayo de 2004 y entró en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial el 18 de mayo de 2004. El Relator Especial difundió un comunicado de prensa, el 21 de mayo de 2004, reconociendo la promulgación de leyes sobre el acceso a la información como importante paso que contribuye a la transparencia en la acción gubernamental. Además, el Relator Especial subrayó que estas leyes deben ir también acompañadas de reglamentaciones e interpretaciones adecuadas para implementarlas. Véase <http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=129&IID=1>. Asimismo, recibimos información de que el 25 de octubre de 2004 concluyó la reglamentación de la ley, que fue enviada a una serie de instituciones del Ecuador para recoger su opinión. Véase: <http://www.presidencia.gov.ec/noticias.asp?noid=3825>.

Dominicana⁴⁴⁷ aprobaron leyes relacionadas con este derecho, lo que demuestra que el tema del acceso a la información siguió mereciendo atención en 2004.

69. La Oficina ha recibido información de otros Estados (Argentina⁴⁴⁸, Bolivia⁴⁴⁹, Guatemala⁴⁵⁰, Honduras⁴⁵¹, Nicaragua⁴⁵², Paraguay⁴⁵³, y Uruguay⁴⁵⁴) en el sentido de que actualmente están examinando leyes similares y de que la sociedad civil se mantiene vigilante en la observancia de los progresos de los Estados.

70. Además, el 1 de setiembre de 2004, el Estado de Panamá dictó el Decreto Ejecutivo 335 que deroga el Decreto Ejecutivo 124 del 21 de mayo de 2002. La Oficina del Relator Especial, en el Informe Anual de 2003, había expresado su preocupación en relación con algunos artículos reglamentarios del Decreto Ejecutivo 124.⁴⁵⁵ La Oficina también recibió información en el sentido de que el 4 de enero de 2004 entró en vigencia la Ley sobre Acceso a la Información de Jamaica y que se está implementando gradualmente, previéndose su implementación plena para junio de 2005. Actualmente rige para 20 ministerios y organismos.

71. En cuanto al plazo otorgado a los Estados miembros para suministrar la información solicitada en la carta oficial del 7 de setiembre de 2004, la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión sólo recibió información de Colombia, El Salvador, Panamá y Perú, entre todos los Estados miembros de la OEA. El Relator Especial aprecia

⁴⁴⁷ El 15 de julio de 2004, se aprobó la Ley No. 200-04 ("Ley General de Libre Acceso a la Información Pública"). La Oficina del Relator Especial ha examinado esta Ley y, aunque reconoce la importancia de las leyes sobre acceso a la información, le preocupa el requisito de expresar el motivo para solicitar información, como lo establece el Artículo 7(d) de la Ley. La Oficina es consciente de que existe un proyecto de reglamento para implementar la Ley, y espera que esta nueva legislación adecúe la Ley para garantizar el respeto por los principios del acceso a la información.

⁴⁴⁸ La Cámara de Representantes del Congreso argentino aprobó un proyecto de ley sobre acceso a la información en mayo de 2003, y lo envió al Senado para su consideración. El 1 de octubre de 2004, el Senado aprobó el proyecto de ley con escasas enmiendas y lo reenvió a la Cámara de Representantes para que considerase las enmiendas. La Cámara puede vetar las enmiendas por una mayoría especial de dos tercios de votos de los representantes. La Oficina del Relator Especial ha examinado el proyecto de ley y se siente profundamente preocupada por los cambios aprobados por el Senado. En particular, la Oficina observa con preocupación que el proyecto de ley no establece la divulgación pública como principio de la información, incorporando nuevas excepciones a dicha divulgación pública. Asimismo, observa que, al requerir que el solicitante exprese la razón del pedido de información, y al asignar al formulario de solicitud el carácter de declaración jurada, se plantea el peligro de restringir el acceso a la información. La Oficina también se siente preocupada por la fijación de cargos, que pueden variar de acuerdo con las razones brindadas para solicitar el acceso a la información, y que podría también restringir este acceso. Por último, la Oficina observa la ambigüedad del concepto de información pública en el proyecto de ley, que permite que los ciudadanos pidan información a cualquier institución que tenga un interés público, una utilidad general, un bien común o sirvan a una función pública o tengan información pública. En consecuencia, la ambigüedad del concepto podría hacer inaplicable la ley o socavar su sentido como ley de acceso a la información pública. Véase también el Informe Anual 2003, *supra* 2, párrs. 62-67.

⁴⁴⁹ El "Decreto Supremo de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental" aprobado en enero de 2004, está siendo debatido en un todo debido a las críticas que mereció por falta de amplitud. Además, se encuentra en proceso de consulta y examen un proyecto de ley sobre acceso a la información elaborado por la Delegación Presidencial Anticorrupción. Véase: <http://www.redinter.org/inforid/en-foco/1.htm>.

⁴⁵⁰ Véase Informe Anual 2003, *supra* 2, párrs. 128-134.

⁴⁵¹ El 26 de octubre de 2004, la Cámara Legislativa de Honduras dio entrada al proyecto de ley sobre Acceso a la Información en poder del Estado, elaborado por C-Libre. Véase: <http://probidad.org/index.php?seccion=comunicados/2004/011.html>. Véase también Informe Anual 2003, *supra*, párrs. 135-139.

⁴⁵² El proyecto de ley está a estudio de la Comisión de Justicia de la Asamblea General de Nicaragua. Véase Informe Anual 2003, *supra* 2, párr. 149-156. Véase también: <http://probidad.org/regional/index.php?seccion=legislacion/2001/042.html>.

⁴⁵³ Asociación Interamericana de Prensa, Comunicado de Prensa: la AIP se mantiene alerta en relación con el reglamento y el uso de las leyes sobre acceso efectivo a la información pública, 5 de noviembre de 2004.

⁴⁵⁴ Véase el Informe Anual 2003, *supra* 2, párrs. 189-195. Véase también: <http://probidad.org/regional/index.php?seccion=legislacion/2002/041.html>

⁴⁵⁵ Véase Informe Anual 2003, *supra* 2, párr. 163-164.

mucho los esfuerzos de estos Estados para reunir la información solicitada, y exhorta a todos los Estados miembros de la OEA a colaborar en la preparación de futuros estudios de esta Oficina, a fin de dar cumplimiento a su mandato y aprovechar mejor las conclusiones que de ellos se derivan. El Relator Especial también quisiera observar que toda la información recibida después del plazo será examinada por la Oficina oportunamente.

72. Como lo ha expresado la Oficina del Relator Especial en informes anteriores, desde el 2001, la cuestión del acceso a la información ha generado mayor debate entre las sociedades civiles de los Estados miembros y varios Estados han adoptado medidas positivas hacia la implementación de este derecho. Sin embargo, es importante insistir en que los Estados miembros tienen que demostrar mayor voluntad política para abocarse en la enmienda de su legislación y garantizar que sus sociedades ejerzan plenamente la libertad de expresión e información. La democracia exige una amplia libertad de expresión y eso no se logra si en nuestros países siguen vigentes mecanismos que impiden el ejercicio generalizado de ese derecho.

CAPÍTULO V

VIOLACIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: EL IMPACTO DE LA CONCENTRACIÓN EN LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL⁴⁵⁶

A. Introducción

1. Continuando su estudio sobre las violaciones indirectas a la libertad de expresión, la Relatoría para la Libertad de Expresión ha desarrollado el siguiente informe acerca de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social y su impacto sobre la libre circulación de ideas. El presente estudio intenta recoger una aproximación inicial sobre este tema considerando que merece especial atención y proponiendo esfuerzos conjuntos para que los Estados miembros desarrollen medidas sobre esta materia.

2. En los últimos años la Relatoría ha venido recibiendo continuas denuncias en relación con ciertas prácticas monopólicas y oligopólicas respecto de la propiedad de los medios de comunicación social en algunos de los Estados miembros.⁴⁵⁷ En efecto, en su anterior informe anual del año 2003, la Relatoría para la Libertad de Expresión insistió que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación es una práctica que conspira contra la democracia y la pluralidad al impedir la expresión diversa de los distintos sectores de la sociedad.⁴⁵⁸

3. El presente informe está dividido en dos partes. En la primera parte realizamos la revisión y precisión de algunas cuestiones conceptuales básicas sobre la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social y la libertad de expresión, ya que ello nos permitirá luego, en la segunda parte, evaluar en qué medida se afecta este derecho humano por este fenómeno, y por ende elaborar un aporte más certero para la búsqueda de soluciones. La segunda parte está dedicada al análisis de los principales problemas que se han venido planteando en los ámbitos europeo e interamericano en relación con la concentración en la propiedad de los medios de comunicación, para luego exponer algunas conclusiones a manera de balance sobre los principales desafíos que plantea este fenómeno, para formular sugerencias y recomendaciones que procuren contribuir a superarlo.

⁴⁵⁶ Este capítulo fue preparado y redactado por Carlos J. Zelada, reciente egresado del programa de Maestría en Derecho en la Universidad de Harvard y abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien desarrolló la presente investigación durante su estancia como pasante en la Relatoría para la Libertad de Expresión en el año 2004. La Oficina agradece su valiosa contribución.

⁴⁵⁷ Ver: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Guatemala, p. 87, par. 120; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Volumen II. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Guatemala, p. 43, par. 114-117 / Honduras, p. 54, par. 155; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, pp. 20-21, par. 20 / Guatemala, p. 139, par. 55; Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala. Capítulo VII: La Situación de la Libertad de Expresión, pp. 193-195, par. 415-419; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio / Estados Unidos, pp. 41-42, par. 107 / Honduras, p. 60, par. 184 / México, Anexo 7: Comunicados de Prensa, PREN/89/03: Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Libertad de Expresión al finalizar su visita oficial a México, p. 301.

⁴⁵⁸ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, pp. 16-17, par. 17.

4. En esta dirección, el presente informe pretende propiciar una corriente de opinión favorable a la plena vigencia de la libertad de expresión, reafirmando que su ejercicio no sólo constituye una de las expresiones de la dignidad humana, sino también una de las bases esenciales del sistema democrático. El análisis aquí contenido podrá complementarse en un futuro con estudios concretos sobre situaciones determinadas.

B. PRIMERA PARTE: Cuestiones Básicas

1. Violaciones Directas e Indirectas a la Libertad de Expresión

5. En su anterior informe⁴⁵⁹, la Relatoría para la Libertad de Expresión señaló que, en cuanto a las violaciones a la libertad de expresión, con frecuencia se configuran conductas que a lo largo del tiempo se han considerado formas “típicas” de violación a este derecho. Todas estas son medidas que de manera “directa” han sido concebidas para restringir el ejercicio de la libertad de expresión.

6. Tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éstas tienen lugar cuando,

[...] por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones, y en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental.⁴⁶⁰

7. El asesinato de periodistas se encuentra también dentro de este género. La mayor parte de los instrumentos referidos a la libertad de expresión, tanto en el marco nacional e internacional, han sido concebidos en estos términos.

8. Con el tiempo, sin embargo, han aparecido formas “indirectas” de coartar la libertad de expresión. Al respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en el artículo 13.3 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.

9. Estas medidas, a diferencia de las anteriores, no han sido diseñadas estrictamente para restringir la libertad de expresión. En efecto, éstas *per se* no configuran una violación de este derecho. No obstante ello, sus efectos generan un impacto adverso en la libre circulación de ideas que con frecuencia es poco investigado y, por ende, más difícil de descubrir. La concentración en la propiedad de los medios de comunicación responde a esta caracterización de formas o amenazas indirectas contra la libertad de expresión.

⁴⁵⁹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de la Publicidad Oficial, pp. 187-209.

⁴⁶⁰ Corte IDH, Colegiación Obligatoria de Periodistas [en adelante: Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas] (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985, par. 53.

2. La Libertad de Expresión como Fundamento para la Pluralidad en la Información

10. Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces difícilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como “pluralidad” o “diversidad” en la información.

11. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que,

[l]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.⁴⁶¹

12. De la misma forma, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA en el año 2000 señala al inicio de su principio 1 que,

La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, **un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.**⁴⁶²

13. En el mismo sentido, en el año 2001, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, suscribieron una declaración conjunta donde manifestaron que,

La promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad en las ondas de radiodifusión;

Las entidades y órganos gubernamentales que regulan la radiodifusión deben estar constituidos de manera de estar protegidos [sic] contra las injerencias políticas y comerciales.⁴⁶³

14. La pluralidad denota el carácter esencial de la libertad de expresión para la vigencia de un régimen democrático. La libertad de expresión es condición para la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en los sistemas políticos. En ese sentido, la libre circulación de ideas

⁴⁶¹ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Ob. Cit., par. 70. El resaltado pertenece a la sentencia original.

⁴⁶² El resaltado es nuestro.

⁴⁶³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Volumen II. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 5: Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta: Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo, pp. 167-168.

se garantiza “cuando el ciudadano se encuentra en la posición de poderse formar un juicio sobre las cuestiones decisivas y cuando sabe lo bastante de la conducta de los gobernantes para poder aprobar o rechazar su gestión. Las libertades de expresión e información garantizan la existencia de una opinión pública libre y plural, siendo condición inexcusable para la existencia de una sociedad plural y democrática, sin la cual es impensable el respeto a la libertad de conciencia y a la dignidad de la persona”.⁴⁶⁴

15. En efecto, los medios de comunicación permiten que los individuos puedan formar su propia opinión política y luego comparar la suya con la de otros. Solamente cuando el individuo es informado podrá evaluar y libremente adherirse a una u otra postura dentro del espectro político. Precisamente, la necesidad de mayor información, junto a la libertad para poder expresar e intercambiar opiniones, tienen una vital importancia en los procesos de toma de decisiones en los que los distintos miembros de la sociedad participan. El ejercicio de la libertad de expresión por parte de los ciudadanos de un Estado depende directamente de que los medios de comunicación provean información de manera libre e independiente.

16. Es importante que los medios de comunicación social “en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión [pues] [s]on los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.”⁴⁶⁵

17. Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad.⁴⁶⁶ La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes.

18. En efecto, si estos medios están controlados por un número reducido de individuos o sectores sociales, o bien por uno solo, se genera una carencia de pluralidad que impide el funcionamiento de la democracia. La democracia requiere del enfrentamiento de ideas, del debate y de la discusión. Cuando este debate es inexistente o se encuentra debilitado porque las fuentes de información son limitadas, se ataca “el pilar principal del funcionamiento democrático”.⁴⁶⁷

19. Tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

⁴⁶⁴ Juan Jose Solozabal, Aspectos Constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. En: Revista Española de Derecho Constitucional No. 23, 1988, p. 141.

⁴⁶⁵ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Volumen III. Informe de la Relatoria para la Libertad de Expresión, Capítulo II: Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, p. 33, par. 53.

⁴⁶⁶ Ibid, Loc. Cit.

⁴⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Justicia e Inclusión Social: Los Desafíos de la Democracia en Guatemala. Capítulo VII: La Situación de la Libertad de Expresión, p. 195, par. 419.

[...] la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.⁴⁶⁸

20. Pero la libertad de expresión implica además que los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a diversas fuentes de información, incluyendo opiniones e ideas, así como a una variedad de expresiones artísticas y culturales. Como se ha apuntado, “en un sentido amplio, la cultura ejerce una importante influencia sobre la sociedad, sentando las bases sobre las que construimos nuestras opiniones”.⁴⁶⁹ La uniformidad en los medios de comunicación social fortalece el conformismo y desalienta la evaluación de otras perspectivas y opiniones.

21. Como se desarrollará posteriormente, así se viene entendiendo el problema dentro del sistema europeo. Dentro de este marco regional, los instrumentos nacionales e internacionales que inicialmente fueron utilizados para denunciar violaciones directas únicamente, han sido reinterpretados con singular eficacia a fin de combatir estas nuevas formas de restricción de la libertad de expresión.

3. La Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social

a. Introducción

22. Es frecuente encontrar que los diversos competidores en un mercado realicen distintas operaciones –tales como fusiones y adquisiciones- con el fin de mejorar su posición en él y alcanzar a un mayor número de consumidores de sus productos. En muchos casos el número de competidores dentro de un mercado es bastante reducido. Este fenómeno puede darse de forma natural, otras veces, sin embargo, es producto de operaciones que buscan concentrar el manejo del mercado en manos de unos pocos. En el segundo caso estamos ante lo que se ha denominado “concentración”, un fenómeno que no es ajeno al mercado de los medios de comunicación social.

23. Por un lado, existe una intensa lucha entre los medios de comunicación por mantener la atención de su público (lector, televidente o radio oyente). En efecto, la competencia entre los diferentes medios de comunicación es muchas veces la responsable del modo en que las informaciones son presentadas al público, pudiéndose privilegiar el formato (por ejemplo publicitario o sensacionalista) antes que el contenido. A pesar de las grandes cantidades de información procesadas en las salas de prensa de diarios, estaciones de radio y de televisión, el público en ciertos casos tiene la impresión de leer, escuchar o ver los mismos titulares en todo lugar. En algunas ocasiones ello se debe a que estos medios tan sólo repiten la información que ha sido previamente provista por las agencias de noticias

⁴⁶⁸ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Ob. Cit., par. 56.

⁴⁶⁹ Council of Europe. Media diversity in Europe. Report prepared by the AP-MD (Advisory Panel to the Council of Europe Steering Committee on the Mass Media (CDMM) on media concentration, pluralism and diversity questions). Strasbourg, Diciembre 2002, par. 12. Texto Original: “culture in a broad sense influences society in subtle ways, building the basis on which we form our opinions”.

Disponibile en

[http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/5_Documentary_Resources/2_Thematic_documentation/Media_pluralism/H_APMD\(2003\)001%20E%20Media%20Diversity.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/e/human_rights/media/5_Documentary_Resources/2_Thematic_documentation/Media_pluralism/H_APMD(2003)001%20E%20Media%20Diversity.asp#TopOfPage).

locales o extranjeras. En otras oportunidades, los medios de comunicación simplemente centran su atención en un número limitado de eventos a los que se ha dado prioridad sobre otros.

24. Por otro lado, la concentración en los medios de comunicación no es un fenómeno nuevo dentro de las sociedades contemporáneas. Como ha sido señalado en un reciente estudio en el ámbito europeo, “lo nuevo es más bien ‘la incestuosa relación que se ha desarrollado entre la política y los medios de comunicación social’. Los políticos usan (y abusan) de los medios de comunicación para promocionar sus intereses políticos. Hoy, es virtualmente imposible conseguir el poder sin la ayuda de los medios de comunicación. Los propietarios de los medios de comunicación, de otro lado, utilizan su posición para promover y defender sus propios intereses políticos, tomando ventaja de los políticos de turno para hacer realidad sus propios intereses empresariales. Al responder pues quiénes son los grandes propietarios de los medios de comunicación responderemos la interrogante de quién maneja los hilos del poder”.⁴⁷⁰

25. Dadas estas razones, la Relatoría expresa su preocupación por el peligro que representan los esquemas de concentración en la propiedad de los medios de comunicación para la formación de la opinión pública.

b. Dimensiones Económicas

26. La concentración es un fenómeno de naturaleza fundamentalmente económica. Cuando la concentración no es adecuadamente regulada en un determinado sector, ésta deviene en oligopolios, o en casos extremos, en monopolios. La concentración encierra un fenómeno paradójico para la eficiencia de los mercados. Por un lado, ella reduce el número de participantes en los mismos, pero por otro, ella permite la existencia de unidades económicas más grandes, las cuáles en muchos casos se encuentran financiera y estructuralmente mejor equipadas para afrontar las demandas y riesgos de una economía globalizada.

27. La concentración puede darse de modo vertical. En estos casos la integración se produce a través de una empresa que controla al conjunto de entidades económicas independientes en los distintos niveles de producción de un producto. Por ejemplo, en el caso de los medios de comunicación social, cuando una misma empresa controla las demás compañías que (1) producen (periódicos, revistas, libros, películas y estudios de producción de televisión), (2) distribuyen (redes de distribución local y empresas de cable) y (3) difunden (empresas telefónicas, sistemas de cable y satélite) la información a los consumidores.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Sandra B. Hrvatin. Citizens before Corporations, p. 33. En: Round Table on Media Pluralism, Zagreb (Croatia), 28 Noviembre 2003. Challenges and Opportunities for Media Diversity and Pluralism: Controlling Concentrations and Ensuring Transparency. Organized by the Institute for International Relations, Zagreb and Media Division, and the Council of Europe. Texto Original: “Media concentration is not a new phenomenon characteristic of modern societies. What is actually new is an almost “incestuous relationship between politics and the media.” Politicians use (and abuse) media for their own political promotion. Today it is virtually impossible to seize power without the help from the media. Media owners, on the other hand, use media in their possession to promote and advocate their own political standpoints, and exploit politicians to realize their private (corporate) interests. By answering the question of who the biggest media owners are we answer the question of who holds the reins of power.”

Disponible en

http://www.imo.hr/culture/conf/medconf02/Media_Diversity_and_Pluralism.pdf.

⁴⁷¹ El ejemplo ha sido tomado de Ben H. Bagdikian. The Media Monopoly (6th Edition, 2000), pp. xvi-xvii.

28. La concentración también puede darse de modo horizontal, cuando se fusionan las diferentes empresas en un mismo nivel de producción. Por ejemplo, cuando una misma empresa controla todas o la mayor parte de redes de distribución de información a los consumidores en un determinado espacio, impidiendo que otros competidores desarrollen sus actividades. Aún cuando los competidores existan, estos no pueden competir con la empresa más grande, pues tarde o temprano comenzarán a tener pérdidas, precisamente por la posición dominante de la misma en el mercado.

c. Dimensiones Políticas

29. La concentración encierra también una dimensión política. Bajo ciertas circunstancias, el dominio de una empresa en el mercado puede ser de gran interés para ciertos grupos en la sociedad. Por ejemplo, el Estado puede colocar diferentes trabas administrativas para impedir el acceso de nuevos competidores al mercado de la comunicación social. Ello es de especial importancia para los competidores ya presentes en el mercado. Estos mecanismos, comúnmente denominados como formas de “censura estructural”, representan una grave amenaza para la libertad de expresión.

30. Este fenómeno se repite con frecuencia en los casos de concentración vertical, donde por ejemplo toda la maquinaria de producción y distribución de diarios se encuentra en manos de unas cuantas empresas, haciendo casi imposible el acceso al mercado de nuevos competidores. Como ha sido señalado, “la concentración eleva las barreras de entrada de nuevas empresas en el mercado, y por lo tanto, desalienta la competencia. La interdependencia entre la política y los medios de comunicación tiende a bloquear todo esfuerzo para regular este fenómeno [...] la concentración es así un claro peligro para el pluralismo y la diversidad en los medios de comunicación”.⁴⁷²

31. También se puede plantear esta amenaza cuando las empresas estatales o públicas deciden retirar sus inversiones en publicidad en diarios así como en estaciones de radio y televisión.⁴⁷³ En algunos mercados pequeños, la independencia económica puede verse afectada por la presencia de concentraciones. Para proteger los mercados en general y a los medios de comunicación social en particular, se han introducido algunos mecanismos regulatorios proponiendo, por ejemplo, porcentajes límite en el accionariado de una empresa.

d. Precisiones Conceptuales

32. Aunque no existe una definición última, existen importantes aportes en el ámbito europeo que han permitido alcanzar cierto consenso en cuanto a la definición de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social. Entre todas las propuestas referidas dentro de este marco, ha sido la definición “operativa” del Consejo de Europa la que alcanza mayor aceptación. Esta señala que,

En relación con la concentración en los medios de comunicación, la noción de pluralismo debe entenderse como un espacio dentro del cual se desarrolla una amplia gama de valores sociales,

⁴⁷² OSCE, Representative on Freedom of the Media. The Impact of Media Concentration on Professional Journalism (2003), p. 30. Texto Original: “concentration raises the entry barriers for new companies and is thus stifling competition. The interdependency of politics and the media tends to block any form of creative media policy [...] Concentration is also a clear and present danger to media pluralism and diversity.”

⁴⁷³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V: Violaciones Indirectas de la Libertad de Expresión: Asignación Discriminatoria de la Publicidad Oficial, Loc. Cit.

políticos y culturales, opiniones, información e intereses, que encuentran un espacio de difusión a través de los medios de comunicación. El pluralismo puede ser de naturaleza interna, como un espacio dentro del cual se desarrollan una amplia gama de valores sociales, políticos y culturales, opiniones, información e intereses, que encuentran difusión dentro de una determinada organización dedicada a los medios de comunicación. El pluralismo también puede ser de naturaleza externa, a través de un número diverso de organizaciones dedicadas a los medios de comunicación, cada una expresando un particular punto de vista.⁴⁷⁴

33. Esta definición de concentración en los medios de comunicación es denominada de “naturaleza negativa”, precisamente porque se contrapone a la idea de pluralidad en la difusión de ideas.⁴⁷⁵ La concentración es concebida entonces como la negación de la pluralidad, marca distintiva de la libertad de expresión en este ámbito. Dentro de este marco, se ha señalado que “sin pluralidad de voces y opiniones, los medios de comunicación masiva no pueden desarrollar un papel positivo dentro de una democracia” dado que “el pluralismo es una regla fundamental dentro de las políticas [...] vinculadas a los medios de comunicación social”.⁴⁷⁶

34. De acuerdo con un reciente estudio en el marco de la OSCE⁴⁷⁷, la anterior definición nos provee dos pautas importantes. Primero, que la concentración de propiedad en los medios de comunicación no puede determinarse a través de factores económicos tradicionales como la propiedad solamente. Segundo, si bien el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación social deben ser protegidos, puede permitirse cierto nivel de concentración en la medida que éste permita a las empresas dedicadas a los medios de comunicación brindar mejores servicios en el mercado.

35. No obstante ello, dentro del marco europeo también se advierte que aún cuando puedan esperarse algunas consecuencias positivas debidas a la concentración, éstas serán posibles únicamente si existe independencia de la información que se brinda al público. En ese sentido, “aunque la concentración en los medios de comunicación social tiene algunas ventajas (tales como la preservación de aquellas empresas dedicadas a las comunicaciones que son amenazadas con cierre, o el establecimiento de grupos económicos capaces de afrontar la competencia en mercados internacionales, etc.), el fenómeno de la concentración económica, en especial cuando se refiere a los medios de comunicación social, puede alcanzar un límite más allá del cual la pluralidad de las fuentes de información (libertad de expresión e información) puede verse amenazada.”⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Council of Europe. Pluralism and Media Concentrations in the Internal Market. The Green Paper (1992). Texto Original: “In relation to media concentrations, the notion of pluralism is understood to mean the scope for a wide range of social, political and cultural values, opinions, information and interests to find expresión through media. Pluralism may be internal in nature, with a wide range of social, political and cultural values, opinions, information and interests finding expresión within one media organisation, or external in nature, through a number of such organisations, each expressing a particular point of view.”

⁴⁷⁵ OSCE. The Impact of Media Concentration ..., Ob. Cit., p. 30.

⁴⁷⁶ Council of Europe, Media Diversity ..., Ob. Cit., Executive Summary, par. 10. Texto Original: “without plurality of voices and opinions in the media, the media cannot fulfill their contributory role in democracy [...] Pluralism is thus a basic general rule of European media policy.”

⁴⁷⁷ OSCE. The Impact of Media Concentration ..., Ob. Cit., pp. 30-32.

⁴⁷⁸ Council of Europe. Committee of Experts on Media Concentrations and Pluralism. Citado por: OSCE. The impact of Media Concentration ..., Ob. Cit., p. 31. Texto Original: “Although concentration in the mass media sector has some advantages (the preservation of media enterprises threatened with closure, the establishment of groups capable of confronting international competition, etc), the phenomenon of media concentrations, in particular as regards its multimedia form, may reach a threshold beyond with pluralism of information sources (freedom of information and expression) may be threatened.”

36. En el ámbito del sistema interamericano se distinguen importantes esfuerzos en cuanto a esta perspectiva. La Relatoría para la Libertad de Expresión ha manifestado que “es indispensable para el ejercicio de la libre expresión la pluralidad de medios y la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar [...] en aras de dar una plena garantía al ejercicio de la libertad de expresión e información a toda la sociedad [...]”⁴⁷⁹ De la misma forma, la Relatoría ha manifestado que “las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.⁴⁸⁰

37. Asimismo y con ocasión de la declaración conjunta suscrita en el año 2001 por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, se señaló que “[d]eben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación.”⁴⁸¹

38. De igual modo, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA en el año 2000 señala al inicio de su principio 12 que:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos.

39. De la misma forma, el principio 5 señala en su parte final que:

Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, así como la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

40. No se pueden obviar ciertas consideraciones necesarias en virtud de la naturaleza misma de cada medio de comunicación. En los casos de los medios electrónicos, la administración del espectro radioeléctrico por parte del Estado supone una actividad positiva del Estado -la concesión de las frecuencias radioeléctricas-, que puede incidir directamente en la mayor o menor concentración de los medios de comunicación. Esto no

⁴⁷⁹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 7: Comunicados de Prensa, PREN/89/03: Observaciones Preliminares del Relator Especial para la Libertad de Expresión al finalizar su visita oficial a México, p. 301.

Anteriormente la Relatoría había manifestado que “[l]a existencia de prácticas monopólicas en los medios de comunicación tanto en el ámbito de la televisión como también de la radio o la prensa escrita, no es compatible con el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.” Ver: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 2: Comunicados de Prensa, PREN/24/00: Evaluación Preliminar sobre la Libertad de Expresión en Guatemala, p. 139, par. 20.

⁴⁸⁰ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 7: Comunicados de Prensa, PREN/91/03: Al Finalizar Su Visita Oficial a Honduras, El Relator Especial para la Libertad de Expresión Insta al Estado a Eliminar la Colegiación Obligatoria de Periodistas y el Delito de Desacato, p. 309.

⁴⁸¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Volumen II. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 5: Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión, Declaración Conjunta, Ob. Cit., p. 168.

sucede en los casos de la prensa escrita, por ejemplo, donde lo que priva es una actividad negativa del Estado.

C. SEGUNDA PARTE: La Concentración Económica en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social en el Marco Europeo e Interamericano

1. La Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación Social y los Instrumentos Internacionales

41. En los primeros esfuerzos por legislar en materia de derechos humanos en relación con los medios de comunicación, la libertad de expresión fue entendida como el derecho a tener un sistema de prensa escrita libre de influencias gubernamentales. El mayor temor era, precisamente, el que los gobiernos ejerciesen formas de censura previa sobre la prensa escrita. Cuando la radio y la televisión se incorporaron al campo de las comunicaciones, este derecho se extendió progresivamente al interior de estos sectores. Todos estos temores, sin embargo, se encontraban referidos en términos de violaciones directas a la libertad de expresión.⁴⁸²

42. Haciendo un recuento de los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos relacionados a la libertad de expresión tanto en el ámbito universal como regional que de alguna forma tratan el fenómeno de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social observamos que éste, como hemos referido, se vincula más bien a las formas indirectas de violación a la libertad de expresión.

43. Como veremos a continuación, a excepción de la Convención Americana, ninguno de los instrumentos generales –ya sea dentro del marco universal o regional- recoge de manera explícita esta perspectiva. De alguna forma, sin embargo, es posible encontrar ciertos matices referidos a la pluralidad en los demás instrumentos. En la esfera regional, algunos de estos han recogido este aspecto, sobretudo en el ámbito europeo.

⁴⁸² Francisco Fernández Segado, *El Sistema Constitucional Español* (1991), p. 318. La libertad de expresión ha sido reconocida por diversos documentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales “a la letra” adoptan una posición “unificadora” en relación con el contenido de la libertad de expresión, sin diferenciarla de la libertad de información. Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, recogen el derecho a la libertad de expresión formulado básicamente en estos términos. Los instrumentos regionales dentro de los sistemas europeo e interamericano estaban pensados además fundamentalmente para las violaciones de naturaleza directa en contra de este derecho. La teoría constitucional más reciente, sin embargo, tiende a distinguir entre ambos derechos, asumiendo una postura “dual” que afirma que estos son manifestaciones genéricas de un derecho a la libre comunicación.

En estos documentos se acoge entonces una concepción unitaria de la libertad de expresión, que en sentido amplio incluiría tanto la libre comunicación de ideas y opiniones, así como la libertad de información que tiene por objeto la transmisión de hechos o datos.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC 5/85, ha reconocido que la libertad de expresión tiene una naturaleza dual, la cual implica una dimensión individual y otra social: “31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier [...] procedimiento’, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. [...] 32. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.”

44. No hay mayores indicadores de este aspecto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)⁴⁸³, o en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).⁴⁸⁴

45. Podemos encontrar una formulación más detallada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que indica en su artículo 19. 2 que,

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir **informaciones e ideas de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.⁴⁸⁵

46. En el ámbito regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) es un importante referente. En efecto el artículo 10 de este instrumento precisa que,

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía, o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

47. Finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) señala en su artículo 13. 1 que,

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas **de toda índole**, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.⁴⁸⁶

48. Cabe destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos posee un elemento distintivo en su artículo 13.3, el único entre los instrumentos generales que expresamente condena las violaciones a la libertad de expresión por medios indirectos. Éste expresa lo siguiente,

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

⁴⁸³ La cual señala en su artículo IV que "Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio."

⁴⁸⁴ La misma que indica lo siguiente en su artículo 19 que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

⁴⁸⁵ El resaltado es nuestro.

⁴⁸⁶ El resaltado es nuestro.

49. Como veremos en la sección referida a la jurisprudencia en el sistema interamericano, la Corte Interamericana ha podido desarrollar algunos de los problemas que la concentración refiere para la libre circulación de ideas.

50. Ninguna de las provisiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales refiere expresamente a un derecho a la pluralidad y diversidad en los medios de comunicación social. Sin embargo, se encuentra ampliamente aceptado dentro de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que sin medios de comunicación libres e independientes los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto a expresión, opinión e información pueden verse peligrosamente limitados.

51. Debemos señalar además que la membresía al interior de la Unión Europea se encuentra condicionada al cumplimiento de ciertos estándares democráticos, incluyendo los referidos a la libertad de expresión. Precisamente, el artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea incorpora las provisiones de la Convención Europea de Derechos Humanos como principios generales de Derecho Comunitario Europeo,

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

52. El vacío legal en el marco del Consejo de Europa ha sido parcialmente cubierto al adoptarse dentro del marco de la Unión Europea la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el mismo que señala que la libertad y pluralidad en los medios de comunicación social deben respetarse. De esta forma, la inclusión de la pluralidad como elemento de la libertad de expresión en el marco de la Unión Europea, así como en las normas generales de libre competencia van introduciendo una importante pauta metodológica para la legislación nacional y regional. En efecto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) señala en su artículo 11 que,

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

53. En 1997, dentro del marco de la OSCE, reconociendo el rol fundamental de la libertad de expresión para las democracias europeas, fue creada la Oficina del Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación. En su mandato se reconoce lo siguiente:

Los Estados parte reafirman los principios y obligaciones que han adquirido en cuanto a la libertad en los medios de comunicación social. En particular reafirman que la libertad de expresión es un derecho humano fundamental internacionalmente reconocido, que es un componente básico de una sociedad democrática, y que los medios de comunicación libres, independientes y plurales son esenciales para una sociedad libre y abierta, así como para los sistemas de gobierno que rinden cuentas de sus actos.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ OSCE, Mandate of the OSCE Representative on Freedom of the Media. Decision No. 193 of the Permanent Council of 5 November 1997. Texto Original: "The participating States reaffirm the principles and commitments they have adhered to in the field of free media. They recall in particular that freedom of expresión is a fundamental and internationally recognized human right and basic component of a democratic society and that free, independent and pluralistic media are essential to a free and open society and accountable systems of government."

54. De la misma manera, en el año 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Precisamente, al crear la Relatoría, la Comisión buscó estimular de manera preferente la conciencia por el pleno respeto a la libertad de expresión e información en el hemisferio, considerando el papel fundamental que ésta juega en la consolidación y desarrollo del sistema democrático y en la denuncia y protección de los demás derechos humanos.

55. Bajo sus auspicios se preparó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, antes referida y cuyo principio 12 se refiere explícitamente a la concentración económica en los medios de comunicación social.

2. La Experiencia Europea

a. La Jurisprudencia en el Sistema Europeo

56. En esta región, es el artículo 10⁴⁸⁸ de la Convención Europea de Derechos Humanos el que provee el marco básico para el pluralismo en los medios de comunicación social. Los casos que serán examinados a continuación son solamente algunos de los disponibles en la amplia jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

57. Como ya hemos señalado, el texto del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene referencia explícita alguna en relación con la diversidad o pluralidad en los medios de comunicación como elementos de la libertad de expresión. Esta aproximación se ha logrado únicamente a través de interpretaciones que la Corte Europea de Derechos Humanos ha realizado del referido artículo 10.

58. En algunas oportunidades la Corte ha hecho referencia a las libertades de “radiodifusión” y de “prensa” dentro de este contexto. En ambos casos, las referencias partían de la segunda oración del párrafo primero del artículo 10. Inicialmente, la Corte Europea interpretó el artículo 10.1 estableciendo que la libertad de radiodifusión (*broadcasting*) derivaba de la libertad de expresión así como de la libertad de empresa, es decir, de la libertad para desarrollar privadamente actividades de radiodifusión.⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Artículo 10:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber ingerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, 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 confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

⁴⁸⁹ Esta perspectiva es contraria a la aproximación “funcional” que las libertades en materia de comunicación social han tenido bajo las cortes constitucionales en Alemania e Italia. De manera general, en dentro de este nivel la libertad de radiodifusión es percibida como “una libertad que sirve a otros fines”, es decir como un derecho de naturaleza “funcional”. Esto se basa en la idea de que la libertad de radiodifusión, como otras libertades en el campo de la comunicación social, están dirigidas a asegurar la libertad de información y por lo tanto deben permitir el acceso público y la libre información, en interés de la democracia. No se establece conexión alguna con alguna de las libertades empresariales. Para estas cortes constitucionales, la libertad en los medios de comunicación implica que la sociedad debe tener acceso a un sistema de comunicaciones libre que provea información balanceada, objetiva y variada, tal como exige el régimen democrático. El principio fundante es que un sistema libre de esta naturaleza garantiza la diversidad en los medios de comunicación. El Estado se encuentra obligado a tomar

59. Las sentencias posteriores de la Corte muestran una tendencia a expresar las libertades vinculadas a los medios de comunicación social como parte de un derecho individual a la libertad de expresión establecido en el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

60. Una aproximación más funcional de estas libertades, es decir tomándolas como medios de promoción de la libertad de información y del sistema democrático en estricto, también ha sido aplicada de manera reciente pero en conexión con el párrafo segundo del artículo 10. En efecto, bajo el marco del artículo 10.2 la Corte ha venido señalando la importancia de la pluralidad en la libertad de expresión como elemento decisivo para la consolidación de la democracia.

61. Los casos que figuran a continuación han sido seleccionados para ilustrar la interpretación que la Corte Europea viene haciendo del derecho a libertad de expresión dentro del marco de pluralidad al que venimos haciendo referencia en este informe.⁴⁹⁰

62. Un primer caso especialmente representativo en el marco europeo es *Lentia Informationsverein y otros v. Austria* (Sentencia del 24 de noviembre de 1993). En este caso, la Corte abordó una serie de peticiones planteadas por personas naturales y jurídicas en contra de Austria en relación con presuntas violaciones del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso, los peticionarios habían sido denegados de establecer estaciones de radio y televisión en Austria pues bajo las normas internas vigentes ese derecho se encontraba restringido a la Corporación Austriaca de Radiodifusión (*Austrian Broadcasting Corporation*). Los demandantes alegaban que ello constituía un monopolio, figura que indicaban era incompatible con el artículo 10 de la Convención Europea.

63. La Corte consideró inicialmente que las denegaciones de las solicitudes de constitución de estaciones de radio y televisión configuraban “interferencias” con el derecho de los peticionarios a impartir información e ideas. Pero ello no era suficiente para determinar la violación del artículo 10 del Convenio Europeo. La cuestión de fondo consistía en determinar si esta interferencia en el ejercicio de este derecho se encontraba justificada, precisamente, dentro del marco de la libertad de expresión.

64. En su petición los demandantes alegaron que el monopolio instaurado en favor de la Corporación Austriaca de Radiodifusión iba en detrimento del pluralismo y la diversidad artística. Afirmaban así que “el verdadero avance hacia la diversidad de opiniones y a la diversidad se alcanzaría solamente mediante una variedad de estaciones y programas”.⁴⁹¹

medidas regulatorias que aseguren del modo más amplio un marco de medios de comunicación privados, si es que por razones prácticas esta variedad no se ha alcanzado en los hechos.

⁴⁹⁰ El texto completo de estos casos puede examinarse en el sitio de la Corte Europea de Derechos Humanos en Internet, disponible en <http://www.echr.coe.int/>.

Algunos de los casos que se mencionan en el presente informe se encuentran resumidos en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III: Jurisprudencia, Sección A: Resumen de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión, pp. 103-130, par. 1-72.

⁴⁹¹ Texto Original: 31. [...] the rules in force in Austria, and in particular the monopoly of the Austrian Broadcasting Corporation, essentially reflect the authorities' wish to secure political control of the audio visual industry, to the detriment of pluralism and artistic freedom. 37. [...] to protect public opinion from manipulation it was by no means necessary to have a public monopoly [...] On the contrary, true progress towards attaining diversity of opinion and objectivity was to be achieved only by

65. En su momento, la Corte consideró que el monopolio establecido en Austria era incompatible con el artículo 10 de la Convención:

La Corte ha señalado frecuentemente el rol fundamental de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, en particular donde, a través de la prensa, ella sirve para impartir información e ideas de interés general, las mismas que el público sobretodo, tiene el derecho a recibir [...] Tal fin no puede ser alcanzado satisfactoriamente a menos que se base en el principio de pluralismo, del cual el Estado es el principal garante.

De todos los mecanismos diseñados para asegurar el respeto de estos valores, es el monopolio público el que impone las mayores restricciones en la libertad de expresión, en este caso haciendo imposible las transmisiones a menos que sean a través de la estación nacional y, en algunos casos, y de manera muy limitada a través de una estación de cable local. El carácter restrictivo de tal medida significa que esta sólo puede justificarse por una necesidad imperante.

[...]

la Corte considera que las interferencias en este caso no son proporcionales al propósito perseguido y que de este manera, no son necesarias para una sociedad democrática.⁴⁹²

66. Desde entonces y de manera muy constante, la Corte ha venido destacando el rol que la libertad de expresión y en especial el pluralismo juegan dentro de una sociedad democrática. Por ejemplo, en el caso *Piermont v. Francia* (Sentencia del 27 de abril de 1995)⁴⁹³ la Corte señaló que,

[...] la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, y una de las condiciones básicas para su progreso. De acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 10 esta resulta aplicable no sólo a la "información" o a las "ideas" que son recibidas de manera favorable o que son consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, chocan o causan conflicto. Estos son los requisitos del pluralismo, la tolerancia y la apertura sin las cuales no puede existir una "sociedad democrática".⁴⁹⁴

67. De la misma forma, en *Perna v. Italia* (Sentencia del 6 de mayo de 2003), la Corte enfatizó que,

providing a variety of stations and programs [...] 38. this is a pretext for a policy which, by eliminating all competition, seeks above all to guarantee to the Austrian Broadcasting Corporation advertising revenue, at the expense of the principle of free enterprise.

⁴⁹² Texto Original: 38. The Court has frequently stressed the fundamental role of freedom of expression in a democratic society, in particular where, through the press, it serves to impart information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive [...] Such an undertaking cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism, of which the State is the ultimate guarantor. 39. Of all the means of ensuring that these values are respected, a public monopoly is the one which imposes the greatest restrictions on the freedom of expression, namely the total impossibility of broadcasting otherwise than through a national station and, in some cases, to a very limited extent through a local cable station. The far-reaching character of such restriction means that they can only be justified where they correspond to a pressing need, 43. The Court considers that the interferences in issue were disproportionate to the aim pursued and were, accordingly, not necessary in a democratic society.

⁴⁹³ El resumen del caso puede encontrarse en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III, Sección A: Resumen de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión: Jurisprudencia, pp. 108-109, par. 18-19.

⁴⁹⁴ Texto Original: "76. [...] freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.⁴⁹⁵

68. En los asuntos *Castells v. España* (Sentencia del 23 de abril de 1992)⁴⁹⁶, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia* (Sentencia del 25 de junio de 1992), *Bladet Tromsø y Stensaas v. Noruega* (Sentencia del 20 de mayo de 1999)⁴⁹⁷, *Fressoz y Roire v. Francia* (Sentencia del 21 de enero de 1999), *Janowski v. Polonia* (Sentencia del 21 de enero de 1999), y *Scharsach y News Verlagsgesellschaft* (Sentencia del 13 de noviembre de 2003), la Corte ha continuado reafirmando los principios, antes mencionados, en especial el rol fundamental que los medios de comunicación cumplen como guardián público (*public watchdog*) dentro del sistema democrático.

69. En estos fallos más recientes, la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido privilegiando el rol que los medios de comunicación social ejercen en un contexto social, político, cultural y democrático. Esto ha sido realizado fundamentalmente a través de lo previsto en el artículo 10.2.

70. Como se ha señalado “[l]a Corte Europea de Derechos Humanos considera, a la luz del artículo 10.2 del Convenio, que existe un profundo interés público en mantener un sistema de radio y televisión plural [...] El artículo 10 del Convenio no sólo contiene un derecho individual a la libertad de los medios de comunicación, sino que también provee de una obligación de garantía del pluralismo en las opiniones y de la diversidad cultural en los medios de comunicación en interés de una democracia funcional y de la libertad de información para todos. El pluralismo es así la regla general básica de las políticas europeas en esta materia”.⁴⁹⁸

b. La Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación en Europa: Marco Institucional

⁴⁹⁵ Texto original: 39. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.

⁴⁹⁶ El resumen del caso puede encontrarse en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III, Sección A: Resumen de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión: Jurisprudencia, pp. 120-121, par. 44-46.

⁴⁹⁷ El resumen del caso puede encontrarse en: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Volumen III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III, Sección A: Resumen de la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la Libertad de Expresión: Jurisprudencia, pp. 122-124, par. 51-53.

⁴⁹⁸ Council of Europe. Media diversity ..., Ob. Cit., par. 10. Texto Original : "The European Court of Justice considers that, in the light of Article 10.2 of the Convention, there is a compelling public interest in the maintenance of a pluralistic radio and television system, which justifies restrictions on fundamental freedoms. Article 10 of the Convention accordingly not only enshrines an individual right to media freedom, but also entails a duty to guarantee pluralism of opinion and cultural diversity of the media in the interests of a functioning democracy and of freedom of information for all. Pluralism is thus a basic general rule of European media policy."

71. El concepto de pluralismo como parte de la libertad de expresión ha sido reconocido tanto en el Consejo de Europa como en el nivel de la Unión Europea. Mientras que la mayor parte de decisiones del Consejo de Europa se han mantenido solamente como lineamientos políticos basados en principios generales, las directivas de la Unión Europea, una vez ratificadas por los parlamentos nacionales, se convierten en normas vinculantes para sus miembros.

La Unión Europea

72. El concepto que la Unión Europea viene manejando se enmarca dentro de la obligación de garantizar la diversidad cultural en Europa. Es por esta razón que en 1989 la directiva comunitaria “Televisión sin Fronteras” (*Television Without Frontiers*, TWF) fue introducida. A través de ella la Comisión Europea requería a las empresas de radiodifusión que al menos el cincuenta por ciento de sus programas transmitidos sea de origen europeo. Sin embargo, esta medida no fue tan bien recibida por los gobiernos europeos. En efecto, aún cuando las autoridades nacionales deseaban limitar el proceso de concentración económica, ellas también perseguían otros objetivos, como la preservación de sus mercados internos.⁴⁹⁹

73. El dilema de los Estados de la Unión radica en buscar un equilibrio entre un adecuado nivel de concentración que les permita proteger sus mercados locales de radiodifusión y la necesidad de definir un límite para la concentración de manera que se preserve el pluralismo en la información.

74. Hacia 1990, el Parlamento Europeo publicó la resolución denominada *Media Takeovers and Mergers* (OJ C 68/137-138. 15), donde se hacía especial énfasis en la necesidad de establecer restricciones para el sector de los medios de comunicación no sólo por razones económicas sino sobretodo como un mecanismo de garantía de la pluralidad en la información y la libertad de prensa.

75. Sin embargo, dentro de este marco se han suscitado algunos conflictos de competencia. Por ejemplo, el Libro Verde de la Comisión Europea titulado “*Pluralism and Media Concentration in the Single Market*” (1992) definió el sector de los medios de comunicación social como parte de las “industrias de servicios de la Unión Europea”, y por lo tanto sujetó su control a los órganos de la Unión Europea encargados de velar por la no concentración económica en la región, así como a las “*Rules of the Single European Market*”. Bajo estos instrumentos, se restringe la intervención de la Unión en la propiedad de los medios de comunicación sólo cuando se garantice que las medidas a tomarse promuevan una mayor eficiencia de los mercados internos. El enfoque no es el pluralismo.

76. En este sentido, las normas internas destinadas a garantizar la pluralidad en los medios de comunicación son consideradas por la Comisión Europea como una obstrucción para lograr un mercado de las telecomunicaciones eficiente y único para Europa. Precisamente, en el mencionado Libro Verde la Comisión afirmó que la salvaguarda del

⁴⁹⁹ Existe una gran presión de parte de algunos órganos reguladores para declarar esta medida como ilegal dentro del marco de la Unión Europea. El propósito de ello es lograr que las telecomunicaciones sean consideradas como una actividad comercial común, sujeta a los acuerdos de libre comercio en el marco del GATT y hoy la OMC. De allí el interés de la Unión Europea por procurar tener un marco común en estos temas para todos los Estados europeos lo antes posible. Una versión más actualizada de la directiva TWF está siendo actualmente estudiada a esos fines.

pluralismo en los medios de comunicación no es un objetivo de la Comunidad ni un ámbito que se encuentre dentro de su jurisdicción.

77. El Parlamento Europeo reafirmó su postura en 1994 con la resolución *On the Comisión Green Paper "Pluralism and Media Concentration in the Internal Market"* (OJ C 44/179. 14). Sin embargo, existe una amplia resistencia de los Estados miembros en aceptar un marco común en materia de concentración económica para los medios de comunicación. El Parlamento Europeo continuó sus negociaciones insistiendo en los peligros que la concentración representa para el pluralismo en la información. Como resultado la Comisión sometió a debate una nueva directiva denominada *Media Ownership*.

78. Finalmente, en el año 2003 el asunto volvió a discutirse como parte de la agenda de ambas instituciones. La aproximación de la Comisión fue nuevamente que la regulación en el campo de los medios de comunicación es de estricta naturaleza económica y por ende dependiente de los criterios propios del derecho de la competencia. Esto ha generado una amplia reacción por parte del Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y la OSCE, quienes consideran que la aproximación debe ser la que privilegie la pluralidad en función a su relación con la libertad de expresión.

El Consejo de Europa

79. El Consejo de Europa ha venido realizando importantes esfuerzos para reglamentar algunos aspectos vinculados con la libertad de expresión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La meta dentro de este marco es lograr una armonización de principios que pueda brindar un marco común a los Estados europeos. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos refiere el tema de la concentración económica de manera directa.

80. El Consejo de Europa inició sus primeros debates en torno a la concentración económica en 1989. La meta era pues, tal como fue en el caso de "Televisión sin Fronteras", el poder arribar a algunos acuerdos políticos que permitiesen construir una plataforma para lograr acuerdos comunes de regulación para el futuro. Para ello se constituyó el *Council of Europe Steering Committee on the Mass Media* (CDMM). Inicialmente el proyecto consistió en examinar la pluralidad dentro del marco común de las regulaciones en materia de los medios de comunicación social y su propiedad en cada país miembro. Una serie de cuestionarios fueron distribuidos entre los Estados miembros a fin de lograr este propósito. Sin embargo, la metodología empleada fue duramente criticada, lo que finalmente provocó el fracaso del proyecto.

81. No obstante ello, el Consejo de Europa ha logrado publicar algunos estudios, estadísticas e informes que examinan el asunto de la concentración económica en los medios de comunicación social. Tan sólo en una ocasión se adoptó un texto regulatorio titulado *Recommendation on transparency* de 1994.

82. El Consejo de Europa ha puesto en marcha un interesante mecanismo de supervisión a través de una red de delegados nacionales en cada Estado miembro que reportan sobre las estructuras y regulaciones en los medios de comunicación relevantes a la concentración económica. Un *Comité de Expertos del Consejo* analiza y desarrolla el material provisto por los delegados nacionales. El comité puede sugerir medidas al CDMM y a otros miembros del Consejo, incluido el Consejo de Ministros, que es el responsable de las

políticas en materia de los medios de comunicación. Sin embargo, este órgano es de naturaleza temporal y puede ser disuelto en cualquier momento.

83. Como ya hemos visto, en el marco de la Unión Europea, la aproximación hacia los temas vinculados a los medios de comunicación es algo distinta, más lejana de la dimensión de derechos humanos que es propia del Consejo de Europa. La Unión Europea percibe el problema dentro del marco de la integración económica y el establecimiento de un mercado común interno.

84. Esta visión, sin embargo, no rivaliza con los fines del Consejo de Europa. Por ejemplo, ya desde fines de la década del ochenta, el Parlamento Europeo viene promoviendo iniciativas para detener el rápido crecimiento de la concentración económica en los medios de comunicación, pero desde la perspectiva de la pluralidad como elemento esencial de la identidad europea. El conflicto suscitado con la Comisión Europea sin embargo, ha venido obstaculizando mayores avances.

3. La Experiencia Interamericana

a. La Jurisprudencia en el Sistema Interamericano

85. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha podido desarrollar tangencialmente, en algunas ocasiones, este tema a través de su jurisprudencia. En efecto, algunas de sus decisiones y opiniones consultivas contienen referencias en relación con la pluralidad y la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social.

86. En el ámbito interamericano destaca la Opinión Consultiva OC 5/85, del 13 de noviembre de 1985, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que:

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

[...]

Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas u opiniones”.⁵⁰⁰

87. Asimismo, en la misma Opinión Consultiva, la Corte puntualizó en cuanto a las violaciones “indirectas” a la libertad de expresión que,

El artículo 13.2 tiene también que interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que es el más explícito en prohibir restricciones a la libertad de expresión mediante “vías o

⁵⁰⁰ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Ob. Cit., par. 34 y 56.

medios indirectos ... encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Ni la Convención Europea ni el Pacto contienen una disposición comparable.

[...]

El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles ... particulares" que produzcan el mismo resultado [...] Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación o la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los "controles ... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.

[...]

el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.⁵⁰¹

88. Cabe reiterar que parte del principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA señala que:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos.

89. En cuanto a la pluralidad como parte de la libertad de expresión en el caso *Baruch Ivcher*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que,

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias.⁵⁰²

90. Asimismo, en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, la Corte destacó que,

Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.⁵⁰³

⁵⁰¹ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, Ob. Cit., par. 47, 48 y 69.

⁵⁰² Corte IDH, Caso *Baruch Ivcher v. Perú*, par. 148. En su demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Baruch Ivcher Bronstein contra la República del Perú*, Caso 11.762, p. 27, la Comisión señaló que "La libre circulación de ideas y noticias no es concebida sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto de los medios de comunicación. No basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquellos que se dedican profesionalmente a la comunicación social puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio."

⁵⁰³ Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia del 2 de Julio de 2004, par. 116.

b. La Concentración en la Propiedad de los Medios de Comunicación en las Américas en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión

91. El Principio 12 de la Declaración de Principios elaborada por la Relatoría en el año 2000 señala que:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. **En ningún caso esas leyes deber ser exclusivas para los medios de comunicación.**⁵⁰⁴

92. La Relatoría puntualiza que la última frase debe leerse e interpretarse integralmente tomando en cuenta el objeto y fin del principio 12, el mismo que enfatiza la inconsistencia de los monopolios y oligopolios en los medios de comunicación social con la libertad de expresión y los parámetros democráticos que aseguran una distribución equitativa en la propiedad de los mismos.

93. El principio 12 fundamenta su lógica en el entendimiento que si los monopolios y oligopolios existen en los medios de comunicación social, sólo un pequeño número de individuos o sectores sociales podría ejercer control sobre las informaciones que se brindan a la sociedad. De esta forma los individuos podrían verse privados de recibir información proveniente de otras fuentes.

94. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA considera que esta provisión no limita en manera alguna la obligación del Estado de garantizar a través de la legislación la pluralidad en la propiedad de los medios, por cuanto los monopolios y oligopolios “conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. Sin embargo, la Relatoría considera que el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas. No se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión. En todo caso, a la luz del principio 12 los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión.

D. Conclusiones

0. La Relatoría reitera que la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos de los Estados miembros, y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

0. Las continuas denuncias recibidas por la Relatoría en relación con prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social de la región indican que existe una grave preocupación en distintos sectores de la sociedad civil en

⁵⁰⁴ El resaltado es nuestro.

relación con el impacto que el fenómeno de la concentración en la propiedad de los medios de comunicación puede representar para garantizar el pluralismo como uno de los elementos esenciales de la libertad de expresión.

0. La Relatoría para la Libertad de Expresión recomienda a los Estados miembros de la OEA que desarrollen medidas que impidan las prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social, así como mecanismos efectivos para ponerlas en efecto. Dichas medidas y mecanismos deberán ser compatibles con el marco previsto por el artículo 13 de la Convención y el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

0. La Relatoría para la Libertad de Expresión considera que es importante desarrollar un marco jurídico que establezca claras directrices que planteen criterios de balance entre la eficiencia de los mercados de radiodifusión y la pluralidad de la información. El establecimiento de mecanismos de supervisión de estas directrices será fundamental para garantizar la pluralidad de la información que se brinda a la sociedad.

0. La Relatoría para la Libertad de Expresión seguirá revisando la evolución de estas prácticas.

CAPÍTULO VI

LEYES DE DESACATO Y DIFAMACIÓN CRIMINAL

A. Introducción

1. Desde su creación, la Relatoría ha prestado especial atención a las limitaciones que, para el pleno ejercicio de la libertad de expresión, pueden presentarse como consecuencia de la aplicación de las leyes de desacato y difamación criminal en el hemisferio. Cada bienio,⁵⁰⁵ la Relatoría elabora un análisis sobre el avance de las recomendaciones de años anteriores, en particular, respecto de la derogación y reformas legales tendientes a la adopción, en el ámbito interno, de los estándares establecidos por el sistema interamericano en materia de libertad de expresión. Es intención de la Relatoría continuar con este seguimiento cada dos años, pues se considera que se trata de un período prudencial para permitir a los Estados miembros emprender o avanzar en los procesos legislativos necesarios para dichos procesos de reforma y derogación.

2. En el último bienio, pocos países han dado pasos firmes tendientes a la derogación de la figura del desacato. En algunos Estados, se han estancado los procesos legislativos de reforma o se han dado interpretaciones jurisprudenciales restrictivas. En otros se han dictado interpretaciones jurisprudenciales que han reconocido la incompatibilidad de esta figura con las garantías debidas a la libertad de expresión, pero dichas decisiones no se han reflejado en reformas legislativas. No obstante, si bien los procesos de derogación exitosos de las leyes de desacato no han sido la norma en el hemisferio, aquellos países en los que se han concretado, la eliminación de dicha figura ha significado un avance muy importante hacia la creación de un ambiente favorable al pleno ejercicio de la libertad de expresión.

3. Por otra parte, preocupa a la Relatoría que se continúe utilizando los llamados “delitos contra el honor”, con los mismos fines del desacato, es decir, para acallar la crítica. Esto se hace evidente en un uso difundido de estas figuras, en muchos países del hemisferio, por parte de funcionarios públicos. El impacto favorable que podría tener la derogación del delito de desacato podría verse reducido por la existencia de una legislación sobre delitos contra el honor que no esté acorde con las garantías mínimas necesarias para que no se dé un efecto intimidatorio que restrinja el libre debate de ideas, así como por una interpretación jurisprudencial restrictiva.

4. Durante el año 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó dos sentencias en las que declaró la violación a la libertad de expresión en un par de casos relacionados con procesos por difamación penal. Por lo tanto, en esta oportunidad, tras retomar los argumentos teóricos a favor de la derogación de las leyes de desacato y de las reformas a la legislación en materia de protección al honor, la Relatoría expone los argumentos de dicho tribunal en ambos casos. Finalmente, y como es costumbre, se hace una reseña de los avances que se han dado en algunos países en torno a este tema, y que han sido reportados a la Relatoría.

B. Fundamento Teórico

⁵⁰⁵ Ver informes anuales de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 1998, 2000 y 2002.

1. Responsabilidades ulteriores a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos

5. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la libertad de expresión y establece una lista más reducida de restricciones posibles a ese derecho en comparación con otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁵⁰⁶.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

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

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

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

(...).

6. La lectura e interpretación de este artículo permiten establecer que la adopción de responsabilidades ulteriores debe fundamentarse en leyes claras y previamente adoptadas, debe perseguir fines legítimos acordes con este artículo y ser necesarias para satisfacer un interés público imperativo⁵⁰⁷.

7. Las leyes que establezcan responsabilidades ulteriores han de ser los suficientemente explícitas para garantizar a los individuos un margen de certeza respecto de las posibles responsabilidades de sus expresiones⁵⁰⁸. La ambigüedad o falta de claridad puede crear un margen de incertidumbre que podría inhibir a las personas de manifestar opiniones o informaciones y de participar activamente en el debate democrático.

8. El criterio de necesidad ha de interpretarse en el marco de una sociedad democrática⁵⁰⁹, que requiere y se nutre de un debate amplio de ideas y opiniones. Por lo tanto, dichas responsabilidades deben establecerse cuando no sea posible proteger el

⁵⁰⁶ Corteidh, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, parr. 45.

⁵⁰⁷ (Cfr.) Corteidh. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 2, parr. 46. y CIDH, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. (1995) 17 de febrero de 1995.

⁵⁰⁸ (Cfr.) Article 19, *Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation*, (Principios sobre Libertad de Expresión y Protección de la Reputación), Londres, Julio 2000, en: www.article19.org, Principio 1.1.

⁵⁰⁹ (Cfr.) Corteidh. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, cfr. supra nota 2., Parr. 46., Corte Europea de Derechos Humanos, *The Sunday Times*, 26 de abril de 1979. Serie A. No. 30 parr. 59, Article 19, *Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation*, supra nota 4, principio 1.3.

derecho legítimo a la reputación por medio de otro mecanismo menos restrictivo y tomando en cuenta un criterio de proporcionalidad.

9. El artículo 13.3 también ofrece un límite importante al establecimiento de responsabilidades ulteriores, pues éstas no deben convertirse en mecanismos indirectos tendientes a impedir la circulación de ideas y opiniones⁵¹⁰. Por el contrario, el libre debate democrático y el pluralismo exigen un margen de tolerancia a la manifestación de ideas, informaciones y opiniones que puedan considerarse ofensivas, particularmente respecto de la función pública y de quienes la ejercen.

10. La protección al honor se ve sujeta a las consideraciones anteriores, las cuáles encuentran eco en el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, elaborada por la Relatoría y adoptada en el año 2000 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

11. Introduce este principio, de manera clara, el llamado sistema de protección dual del honor, según el cual los funcionarios públicos y las personas públicas, se han expuesto voluntariamente a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, y en aras del control social necesario para un eficiente y adecuado ejercicio de los poderes del Estado, han de ser más tolerantes a la crítica. La protección al honor en estos casos ha de darse en sede civil, en virtud de que la sanción penal podría inhibir el control de la función pública necesario en una sociedad democrática. Este principio adopta, además, el estándar de la doctrina de la real malicia (*actual malice*), que considera que las sanciones a las expresiones sobre funcionarios públicos han de ser civiles, y únicamente en los casos en los que se difunda información falsa a sabiendas de ese carácter, con la intención expresa de causar daño o con un grosero menosprecio por la verdad⁵¹¹. De ahí que, a la luz de este principio y de los preceptos que lo sustentan, la imposición de las sanciones penales a las ofensas contra funcionarios públicos relacionadas con el ejercicio de sus funciones sería contraria a los criterios de necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática.

2. Incompatibilidad de las leyes de desacato con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos

12. La figura del desacato se encuentra contemplada en varios códigos penales del hemisferio, y consiste en la sanción penal de las ofensas a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. En algunos casos se considera incluso, una figura de acción pública, es decir, que la persecución penal corresponde a los órganos acusadores del Estado (ministerios públicos, fiscalías o procuradurías). Este delito supone, por lo tanto, que todo el sistema represivo estatal se active para sancionar a quienes critican a funcionarios públicos y su gestión, lo cual es a todas luces contrario al principio democrático del control de quienes ejercen los poderes del Estado.

⁵¹⁰ Corteidh, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, (Cfr). supra nota 2, parr. 47.

⁵¹¹ (Cfr). CIDH, Informe Anual 2000. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II, Apend. B.

13. En el año de 1995⁵¹², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió un informe en el que señaló que las leyes que establecen el delito de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues encontró que no son acordes con el criterio de necesidad y que los fines que persiguen no son legítimos. La CIDH concluyó que ese tipo de normas se prestan para abuso como un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares, y reprimen el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas⁵¹³

14. Las leyes de desacato otorgan una protección a los funcionarios públicos de la que no disponen el resto de integrantes de una sociedad, e invierte el principio democrático que procura la sujeción del gobierno –y en consecuencia, de los funcionarios públicos- al escrutinio público, para prevenir o controlar el abuso del poder. Los ciudadanos tienen derecho de criticar y examinar las actitudes de los funcionarios en lo que se relaciona con su función pública. Este tipo de leyes, pueden tener un efecto disuasivo en quienes desean participar en el debate público por temor a acciones judiciales o a las sanciones, particularmente cuando no distinguen entre los hechos y los juicios de valor. La posibilidad de probar la verdad, al transferir la carga de la prueba a quien se manifiesta, no reduce este efecto, especialmente en los casos de los juicios de valor que no admiten prueba⁵¹⁴. En palabras de la Comisión “(...) la amenaza de responsabilidad penal por deshonrar la reputación de un funcionario público inclusive como expresión de un juicio de valor o una opinión, puede utilizarse como método para suprimir la crítica y los adversarios políticos”. Según la argumentación de la Comisión, el orden público encuentra su máxima garantía en una democracia funcional, por lo tanto, defender la figura de desacato en aras de la preservación del orden público contradice la lógica que sustenta la protección de la libertad de expresión y pensamiento en la Convención Americana⁵¹⁵.

15. Desde su creación, la Relatoría ha analizado el problema de las leyes de desacato por el peligro de que se conviertan en un mecanismo para silenciar el debate pluralista y democrático en torno de la gestión pública. El principio 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión se aboca a este problema:

11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “*leyes de desacato*” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

16. Las preocupaciones de la Comisión y de la Relatoría son compartidas por otros organismos intergubernamentales, y organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, que se han manifestado en el mismo sentido y han abogado por la derogación de estas leyes⁵¹⁶. A pesar de esto, en varios Estados de las Américas sobreviven estas normas.

⁵¹² En el marco de una solución amistosa resuelta el 20 de setiembre de 1994 respecto de una denuncia del periodista Horacio Verbitsky en contra de la República Argentina por haber sido condenado por el delito de desacato, las partes solicitaron a la Comisión que se pronunciara sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la figura penal de desacato y la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵¹³ CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Supra* nota 3.

⁵¹⁴ *Ibid.*, *supra* nota 3.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ En 1999 el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, junto con su homólogo de la OSCE, el Relator sobre Libertad de Medios de Comunicación, y el Relator para la libertad de expresión de la CIDH, se manifestaron a favor de la revisión de estas leyes por parte de los Estados. En el 2001, el Relator de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión se manifestó sobre este tema, así como el Banco Mundial en su informe anual sobre desarrollo de 2002, También se han manifestado organizaciones como la Sociedad Interamericana de Prensa, por medio de la

3. Los delitos de difamación (injurias, calumnias, etc.)

17. En sus informes anteriores, la Relatoría ha señalado su preocupación respecto del uso de las leyes de difamación criminal, entre ellas las figuras de injuria y calumnia, con el mismo propósito del desacato. Estas figuras, se refieren, en general, a la manifestación de expresiones que afecten el honor de una persona o a la falsa imputación de delitos. En el hemisferio, la práctica ha demostrado que muchos funcionarios públicos recurren al uso de estas figuras como un mecanismo para desincentivar la crítica. Tal como lo ha señalado la Relatoría en informes anteriores, "la posibilidad del abuso de tales leyes por parte de los funcionarios públicos para silenciar las opiniones críticas es tan grande en el caso de estas leyes como en el de las leyes de desacato".⁵¹⁷

18. La protección al honor, en abstracto, puede considerarse como un fin legítimo. Sin embargo, cuando el aparato represivo del Estado se dirige, por medio de una sanción penal, contra las expresiones sobre asuntos de interés público, la legitimidad de la sanción penal se diluye ya sea porque no existe un interés social imperativo que la justifique, o porque se convierte en una respuesta desproporcionada o, incluso, en una restricción indirecta⁵¹⁸.

19. Desde el punto de vista de la dogmática penal, el desacato no es sino una calumnia o injuria en la que el sujeto pasivo es, necesariamente, un funcionario público. Esta especificidad no se da en el caso de otros delitos contra el honor, aunque la aplicación de estas figuras pueden incluir a funcionarios públicos, personas públicas o en general, cuando se traten de expresiones sobre asuntos de interés público⁵¹⁹. Es evidente que la consideración sobre los efectos que pueda tener la sanción penal han sido determinantes en las decisiones de los órganos del sistema interamericano, en tanto ésta puede desincentivar el intercambio de opiniones y el libre debate democrático. De ahí que se desprenda la necesidad de la despenalización de las críticas a funcionarios públicos, figuras públicas o sobre asuntos de interés público⁵²⁰. Al respecto, la Comisión ha señalado:

[S]i se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica {...}.

declaración de Chapultepec, Artículo XIX, con sus Principios sobre Libertad de Expresión y Protección de la Reputación. Asimismo, en el 2002, una serie de organizaciones firmaron una declaración en invitando a los Estados a derogar leyes que limitaran la crítica y en contra de una mayor protección al honor de funcionarios públicos. Entre esas organizaciones se encontraban: Alliance of Independent Journalists, de Indonesia, la Association de Journalistes du Burkina; Canadian Journalists for Free Expresión, Canadá; Center for Human Rights and Democratic Studies, Nepal; Center for Media Freedom and Responsibility, Filipinas, Centro Nacional de Comunicación Social, México; Committee to Protect Journalists, Estados Unidos; Ethiopian Free Press Journalists Association, Etiopía; Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Canada; Fee Media Movement, Sri Lanka; Freedom House, Estados Unidos; Freedom of Expresión Institute, Sudáfrica; Independent Journalism Center, Moldova y Nigeria; Index on Censorship, Reino Unido; Instituto Prensa y Sociedad, Perú; Internacional Federation of Journalists, Belgium; Internacional Federation of Library Associations and Institutions (IFLA)-Free Access to Information and Freedom of Expresión (FAIFE); International Press Institute; Journalistes en danger, República Democrática del Congo; Media Institute of Southern Africa, Namibia; Pacifica Islands News Association, Islas Fiji; la Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente (PERIODISTAS), Argentina; Press Union de Liberia; Thai Journalists Association, Tailandia; Timor Lorosa'e Journalists Association, West African Journalists Association, Senegal; y World Press Freedom Committee de Estados Unidos.

⁵¹⁷ (Cfr). CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002. Vol. III. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2003. (En adelante, Informe Anual 2002) Capítulo V. Parr. 17.

⁵¹⁸ (Cfr). CIDH, Informe Anual 2002, (cfr). *supra* nota 13, Capítulo V. Parr. 23.

⁵¹⁹ (Cfr). CIDH, Informe Anual 2002, (cfr). *supra* nota 13, Capítulo V, parr. 21.

⁵²⁰ (Cfr). CIDH, Informe Anual 2002, (cfr). *supra* nota 13, Capítulo V. Parr. 22.

La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla⁵²¹.

20. No se trata aquí de negar el honor de quienes ejercen una función pública, sino que, su posible lesión cede frente a otro bien —en este caso la libertad de expresión— al que el cuerpo social le otorga preponderancia⁵²². En todo caso, los ataques al honor y a la reputación pueden protegerse por medio de sanciones civiles, siempre y cuando éstas sean proporcionales y permitan la consideración de la real malicia.

C. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

21. Durante el año 2004, la Corte Interamericana conoció y resolvió, por primera vez de manera directa, en dos casos relacionados con posibles violaciones a la libertad de expresión por la aplicación de leyes de difamación criminal. Ambas sentencias se constituyen en un norte a seguir por los Estados en los procesos de reforma que se emprendan en esta materia.

1. Precedentes generales de la Corte anteriores a 2004

22. En julio de 1985, el Estado de Costa Rica solicitó a la Corte su opinión consultiva respecto de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en relación con la colegiación obligatoria de periodistas. Esta opinión consultiva⁵²³ sentó bases esenciales para la jurisprudencia, decisiones e informes del sistema interamericano en materia de libertad de expresión. La OC-5/85 desarrolló el contenido de la libertad de expresión y dibujó sus dos dimensiones: la individual y la social. La primera se refiere al derecho de todo individuo a manifestar sus opiniones y difundirlo por cualquier medio, mientras que la segunda se refiere a un derecho colectivo a recibir cualquier tipo de información y conocer la expresión del pensamiento ajeno⁵²⁴. Este contenido ha sido retomado en las decisiones posteriores del Tribunal.

23. Respecto de las responsabilidades ulteriores, la opinión consultiva en cuestión desarrolla los requisitos establecidos por la Convención Americana, y señala que se requiere que éstas respondan a la existencia de causales previamente establecidas y definidas de manera expresa y taxativa por la ley, las cuáles deben perseguir fines legítimos acordes con la Convención y deben ser necesarias para asegurar esos fines⁵²⁵. La Corte señaló además que estas responsabilidades deben ser acordes con el criterio de “necesidad en una sociedad democrática”, y por lo tanto, no es suficiente con demostrar su utilidad u oportunidad pues no deben limitar más de lo estrictamente necesario el ejercicio de la libertad de expresión.

24. En la sentencia del caso *Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú* del año 2001⁵²⁶, la Corte, invocando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que [la

⁵²¹ (Cfr). CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (cfr). supra nota 9.

⁵²² (Cfr). CIDH, *Informe Anual 2002*, (cfr). supra nota 13, Capítulo V. Parr. 26.

⁵²³ (Cfr). Corteidh, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, (cfr). supra nota 2.

⁵²⁴ (Cfr). Corteidh, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, (cfr). supra nota 2, parr. 30-32.

⁵²⁵ (Cfr). Corteidh, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, (cfr). supra nota 2, parr. 39.

⁵²⁶ (Cfr). Corteidh, *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. No. 74.

libertad de expresión] no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁵²⁷ La Corte también rescató la idea de que la libertad de expresión deja un margen reducido a las restricciones en el debate político o sobre cuestiones de interés público.⁵²⁸

a. **Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica (2004)**

25. En 1995⁵²⁹, el periodista Mauricio Herrera Ulloa, del diario *La Nación*, de San José, publicó notas periodísticas en las que reproducía parcialmente informaciones aparecidas en medios de comunicación belgas sobre supuestos cuestionamientos a Félix Przedborski Chawa, un diplomático honorario de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria. El funcionario demandó al periodista por los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas, a Herrera y al periódico *La Nación* como demandados civiles solidarios. El 29 de mayo de 1998, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José absolvió al periodista por ausencia del dolo requerido para la configuración de los delitos de difamación, calumnias y publicación de ofensas. Esa primera sentencia fue recurrida en casación, y anulada en una resolución del 7 de mayo de 1999 que ordenó un nuevo juicio. El proceso se volvió a realizar, y el 12 de noviembre de 1999, el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, dictó una sentencia⁵³⁰ en la que se declaraba sin lugar la prueba de la verdad (*exceptio veritatis*), y se condenaba al periodista Herrera como autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación. Adicionalmente, al reportero y al diario se les condenaba solidariamente en lo civil, a indemnizar el supuesto daño moral causado. La sentencia obligaba, además, a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia (conocida como “por tanto”), en el periódico *La Nación* a cargo de Herrera Ulloa. Al periódico *La Nación* se le ordenaba retirar el enlace que existía en su página en Internet entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, y establecer una liga entre estos artículos y la parte dispositiva de la sentencia. Como consecuencia de esta sentencia, el nombre del periodista debía ser incluido en el registro judicial de delincuentes, como exige el ordenamiento jurídico costarricense. La sentencia fue recurrida en casación, y fue confirmada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en una resolución del 24 de enero de 2001.⁵³¹

26. En marzo del año 2001, el periodista Herrera Ulloa y los representantes del diario *La Nación* presentaron una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵³². El 28 de enero de 2003, la Comisión sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado de Costa Rica para que la Corte decidiera, entre otros, si el Estado

⁵²⁷ Ibid. Corteidh, Caso Ivcher Bronstein, (cfr. supra nota 22, parr. 152.

⁵²⁸ Ibid. Corteidh, Caso Ivcher Bronstein, (cfr. supra nota 22, parr. 155.

⁵²⁹ Las informaciones querelladas fueron publicadas los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre de 1995.

⁵³⁰ Sentencia N° 1320-99 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, Grupo tres, de las 14:00 horas del 12 de noviembre de 1999.

⁵³¹ Resolución 2001-00084 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las 14:35 horas del 24 de enero del 2001.

⁵³² Durante el proceso ante la Comisión, ésta solicitó a la Corte Interamericana que dictara medidas provisionales a favor de Mauricio Herrera. El 7 de septiembre de 2001, la Corte Interamericana dictó medidas provisionales, en las que se resolvió:

1. Requerir al Estado de Costa Rica que adopte, sin dilación, cuantas medidas fueran necesarias para dejar sin efectos la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.
2. Requerir al Estado de Costa Rica que suspenda la orden de publicar en el periódico “La Nación” el “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y que suspenda la orden de establecer una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia.

había violado el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que dejara sin efecto la sentencia condenatoria y se reparara a las víctimas⁵³³. El 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana⁵³⁴ dictó una sentencia en la que declaró que el Estado costarricense había violado el derecho a la libertad de expresión de Mauricio Herrera Ulloa, y ordenaba, entre otros, dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia condenatoria del 12 de noviembre de 1999 en contra del periodista.⁵³⁵

27. En sus consideraciones y partiendo de su jurisprudencia en la materia, la Corte Interamericana, reiteró el papel esencial que cumple la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.⁵³⁶

28. La Corte planteó además que quienes desarrollan actividades e influyen en situaciones de interés público deben estar más expuestos al escrutinio público y al debate que los privados, pues dicha exposición es esencial para el funcionamiento de la democracia: “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”⁵³⁷. Aclara la Corte que esto no significa que el honor de los funcionarios públicos no ha de ser protegido jurídicamente, sino que dicha protección debe ser acorde con los principios del pluralismo democrático. La distinción en cuestión no se funda, por lo tanto, en la calidad del sujeto sino en el interés público de sus actividades o actuaciones.⁵³⁸

29. La Corte consideró, además, que en el proceso penal seguido contra Herrera Ulloa se había desechado la *exceptio veritatis* porque el periodista no había logrado probar la veracidad de los hechos atribuidos por los medios belgas al ex diplomático costarricense. La Corte determinó que dicha exigencia constituía una limitación excesiva a la libertad de expresión, ya que producía un “efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio”⁵³⁹ sobre los periodistas, y en consecuencia, impedía el debate sobre temas de interés público.

b. Caso Ricardo Canese v. Paraguay (2004)

30. En agosto de 1992, en el marco de la campaña política para las elecciones presidenciales de 1993, el candidato a la presidencia, Ricardo Nicolás Canese Krivoshein ofreció declaraciones a medios paraguayos en las que cuestionó la idoneidad de su rival, el

⁵³³ Varias organizaciones internacionales de promoción y defensa de la libertad de expresión así como organizaciones de periodistas y medios de comunicación presentaron escritos en calidad de *amici curiae*. Entre ellos: el Committee to Protect Journalists, The Hearst Corporation, The Miami Herald Publishing Company, El Nuevo Día, La Prensa, The Reforma Group, Reuters Ltd., El Tiempo, Tribune Company, la Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente (PERIODISTAS), la Sociedad Interamericana de Prensa, el Colegio de Periodistas de Costa Rica, Article XIX Global Campaign for Free Expression, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), el World Press Freedom Committee y Open Society Justice Initiative.

⁵³⁴ El juez Sergio García Ramírez emitió un voto concurrente razonado en el caso en cuestión.

⁵³⁵ El 24 de agosto de 2004, el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José dictó una resolución acatando la decisión de la Corte Interamericana, en la que ordenó cancelar la inscripción de Herrera en el Registro Judicial de Delincuentes y demás disposiciones de la sentencia del 12 de noviembre de 1999.

⁵³⁶ Corteidh, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, parr. 116.

⁵³⁷ Corteidh, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, (cfr. supra nota 31, parr. 129).

⁵³⁸ Corteidh, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, (cfr. supra nota 31, parr. 129).

⁵³⁹ Corteidh, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, (cfr. supra nota 31, parr. 132 y parr. 133).

candidato Juan Carlos Wasmosy, a quien atribuía presuntas irregularidades relacionadas con la construcción de la central hidroeléctrica binacional de Itaipú y su supuesta relación con la familia del ex dictador Alfredo Stroessner. Dicha edificación estuvo en parte a cargo de la empresa CONEMPA, de la que Wasmosy había sido Presidente de su Junta Directiva. El 23 de octubre de 1992, los directores de la empresa CONEMPA demandaron a Canese por los delitos de difamación e injuria. En sentencia del 22 de marzo de 1994, el Juez de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno condenó a Canese declarándolo responsable de ambos delitos y le impuso una pena de cuatro meses de penitenciaría, el pago de una multa y costas. El Tribunal también lo condenó en lo civil. La decisión fue apelada, y el 4 de noviembre de 1997 el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, resolvió recalificar los delitos atribuidos a Canese, tipificándolos como difamación, redujo la condena de penitenciaría a dos meses así como el monto de la multa impuesta. Esta decisión también fue recurrida por múltiples medios por las partes. El 2 de mayo de 2001 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió desestimar un recurso de nulidad, no hacer lugar a un recurso de revisión y en cuanto a un recurso de apelación, confirmó el acuerdo y sentencia del 4 de noviembre de 1997. En el transcurso del proceso, a Ricardo Canese se le había negado la posibilidad de viajar fuera del país en varias ocasiones.

31. El 2 de julio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Recibió la denuncia sobre el caso. Luego del procedimiento respectivo, el 12 de junio de 2002, la Comisión sometió ante la Corte la demanda⁵⁴⁰ contra el Estado del Paraguay para que el Tribunal decidiera si el Estado había violado, entre otros, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

32. El 12 de agosto de 2002, Ricardo Canese y sus abogados presentaron un recurso de revisión ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. El 11 de diciembre de 2002, la Sala Penal resolvió hacer lugar al recurso de revisión, anular las sentencias del 22 de marzo de 1994 y del 4 de noviembre de 1997, absolver de culpa y pena al señor Canese y cancelar todos los registros relacionados con el caso. Como parte de su razonamiento, el órgano judicial señaló que el nuevo Código Penal –vigente desde febrero de 1999- contenía causales de exención de responsabilidad penal en los casos de interés público.

33. El 31 de agosto de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en la que condenó al Estado del Paraguay, entre otros, por violación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de Ricardo Canese, y dispuso el pago de una indemnización en beneficio del señor Canese, así como las costas⁵⁴¹.

34. La sentencia de la Corte reiteró el concepto de que, en el caso de afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre asuntos de interés público, debe existir un mayor margen de tolerancia⁵⁴².

35. En sus consideraciones respecto del artículo 13 de la Convención Americana, la Corte Interamericana resaltó la importancia de la libertad de expresión en el marco de una campaña electoral, en tanto que constituye “una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y

⁵⁴⁰ Varias organizaciones internacionales de promoción y defensa de la libertad de expresión así como organizaciones de periodistas y medios de comunicación presentaron escritos en calidad de *amici curiae*. Entre ellos: la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), la Sociedad Interamericana de Prensa y la Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente (PERIODISTAS).

⁵⁴¹ El juez ad-hoc Emilio Camacho Paredes hizo conocer su voto concurrente razonado.

⁵⁴² (Cfr.) *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, No. 111. parr. 97.

partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión⁵⁴³. La Corte señaló la necesidad de que se proteja la libertad de expresión en el marco de una contienda electoral, pues todos han de poder indagar y cuestionar la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, para formarse un criterio con miras al ejercicio del sufragio.⁵⁴⁴

36. Según la sentencia en cuestión, Ricardo Canese, al emitir sus declaraciones a los medios se referían a un asunto de interés público⁵⁴⁵ y que los medios de comunicación, al transmitirlos a los electores, contribuyeron a que el electorado contara con más información y “diferentes criterios previo a la toma de decisiones”.⁵⁴⁶

37. En este caso, la Corte determinó que no solo la condena impuesta a Canese durante ocho años, sino las restricciones para salir del país y el propio proceso penal constituyeron “una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones que emitió la presunta víctima en el marco de la campaña electoral {...}; así como también limitaron el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión del señor Canese de emitir sus opiniones durante el resto de la campaña electoral”⁵⁴⁷. Queda claro, en la argumentación de la sentencia que la Corte consideró que no existía un interés social imperativo que justificara la sanción penal.

38. Adicionalmente la Corte consideró que la sanción penal, el proceso y el impedimento de salida constituyeron medios indirectos de restricción a la libertad de expresión de Canese quien, luego de emitirse la condena, había sido despedido del medio de comunicación en el que trabajaba.

D. Avances en los procesos de reforma e interpretaciones judiciales a la luz de los estándares establecidos por el Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos

39. Si bien los procesos exitosos de derogación de las leyes de desacato y de reforma a la legislación sobre delitos contra el honor no han sido la norma en el hemisferio, en aquellos países en los que se han concretado, han significado un avance muy importante hacia la creación de un ambiente favorable al pleno ejercicio de la libertad de expresión y la consolidación de la democracia. Estos cambios son auspiciosos y, en algunos casos, permiten entrever un cambio significativo en la cultura política. Sobresalen los casos de El Salvador, Panamá y Perú. En otros Estados, por el contrario, se han estancado los procesos legislativos de reforma o se han dado interpretaciones jurisprudenciales restrictivas.

40. La Asamblea Legislativa de El Salvador aprobó, el 28 de octubre de 2004, una reforma al artículo 191 del Código Penal, para introducir una exclusión de delito respecto de los juicios o conceptos desfavorables en casos de interés público expresados o difundidos por quienes ejercen el periodismo, y publicados en medios de comunicación en el ejercicio de su labor. También se excluye de responsabilidad a los medios de comunicación. El nuevo artículo aprobado establece:

⁵⁴³ (Cfr). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (cfr). supra nota 37, parr. 88.

⁵⁴⁴ (Cfr). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (cfr). supra nota 37, parr. 90.

⁵⁴⁵ (Cfr). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (cfr). supra nota 37, parr. 93.

⁵⁴⁶ (Cfr). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (cfr). supra nota 37, parr. 94.

⁵⁴⁷ (Cfr). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, (cfr). supra nota 37, parr. 106.

Art. 191.- No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio del derecho de la Libertad de Expresión, siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

De igual manera, no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función.

En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos antes expresados, ni los que publiquen en el ejercicio legítimo de su derecho a informar. (El destacado es nuestro. Los dos últimos párrafos fueron introducidos por la reforma en cuestión).

41. En el caso de Panamá, la existencia y utilización de las leyes de calumnias e injurias y desacato, han sido señaladas como de especial preocupación de la Relatoría, pues habían permitido que algunos individuos fueran perseguidos, hostigados y/o encarcelados por expresar sus opiniones. En el año 2003, al aprobarse un informe sobre la situación de la libertad de expresión en Panamá, la Relatoría recomendó al Estado panameño derogar todas aquellas normas que consagran el delito de desacato⁵⁴⁸. Particular inquietud generaba el sustento constitucional que tenía la figura del desacato, en virtud del artículo 33 de la Constitución Nacional que señalaba:

Pueden penar sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos de la ley:

Los servidores públicos que ejerzan mando y jurisdicción, quienes pueden imponer multas o arrestos a cualquiera que los ultraje o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo o con motivo del desempeño de las mismas.

42. En 2004, y ante gestiones del Defensor del Pueblo de Panamá, la Asamblea Legislativa aprobó la eliminación de dicha norma. La reforma constitucional fue promulgada en la Gaceta Oficial el 15 de noviembre de 2004⁵⁴⁹. La Relatoría destaca este avance del Estado panameño e insta a sus autoridades a continuar con estos procesos, para derogar todas las normas que contemplan esta figura. Asimismo, invita a las autoridades a emprender los procesos necesarios de modificación de la legislación sobre calumnias e injurias por expresiones dirigidas a funcionarios públicos, personas públicas o particulares que se involucren voluntariamente en asuntos de interés público, con el fin de avanzar progresivamente hacia su despenalización. Esta reforma es necesaria en el país por el alto número de procesos por difamación que se han seguido contra periodistas, comunicadores sociales o colaboradores de medios de comunicación⁵⁵⁰. Si bien el 25 de agosto de 2004 la entonces Presidenta de la República Mireya Moscoso indultó a 87 periodistas mediante el

⁵⁴⁸ CIDH, *Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.LV/II.117, Doc. 47, 3 de julio de 2003. Parr. 160.

⁵⁴⁹ Informe del Delegado Especial para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, 14 de diciembre de 2004.

⁵⁵⁰ En su informe del año 2002, la Relatoría, citando un informe preparado por el Delegado Especial sobre Libertad de Expresión de la Defensoría del Pueblo de Panamá, dio cuenta de unos 90 procesos contra periodistas, comunicadores o colaboradores de medios de información.

Decreto Ejecutivo No. 317⁵⁵¹, la propia existencia de estas leyes de difamación, junto al precedente establecido por los procesos mencionados, podrían tener un profundo efecto intimidatorio para el pleno ejercicio de la libertad de expresión por el eventual uso que pueda hacerse de esas figuras.

43. En su informe anual de 2003, la Relatoría destacó que Perú había sido el único país que, durante ese año, había derogado el delito de desacato. El proceso que se inició en el año 2002, generó incluso una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República en la que invocaba los argumentos de la CIDH y las recomendaciones de la Relatoría respecto de la necesidad de derogar esta figura⁵⁵². La derogación fue aprobada el 1 de mayo de 2003. El artículo eliminado establecía:

El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

44. La Relatoría también ha recibido información sobre decisiones judiciales que en algunos aspectos son coincidentes con sus recomendaciones y las de la Comisión⁵⁵³, particularmente en materia de delitos contra el honor. Respecto del delito de desacato, la Relatoría destaca la decisión del 19 de marzo de 2004 de la Corte Suprema de Justicia de Honduras la cual, a través de la Sala de lo Penal, se pronunció a favor de la derogación del desacato, contemplada en el artículo 345 del Código Penal de Honduras. La Corte hondureña consideró que dicha figura protege de manera innecesaria a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. La Relatoría insta al Estado hondureño a tomar en consideración los argumentos y la recomendación de ese Tribunal nacional y, a la luz de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, derogar la figura del desacato.

45. En contraste, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en una decisión del 15 de julio de 2003, convalidó el delito de desacato, al conocer de una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal que establecen esa figura o permiten la utilización de otras normas de la legislación penal de la misma manera y con los mismos fines. La Comisión manifestó su preocupación por esta decisión en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela.⁵⁵⁴

46. Si bien, la Relatoría no ha recibido información de que, además de los países mencionados en este informe, otros Estados hayan concretado en el último bienio reformas legales tendientes a la derogación del delito de desacato y a la reforma a la legislación relacionada con los delitos contra el honor, sí ha sido informada sobre la tramitación de proyectos de ley en ese sentido en Perú, Costa Rica y Chile, así como en el interior de algunos países federados. Sí preocupan los continuos reportes sobre procesos judiciales

⁵⁵¹ *La Prensa*, 26 de agosto de 2004, en Periodistas Frente a la Corrupción (PFC), "87 periodistas indultados", <http://portal-pfc.org/index.php?seccion=perseguidos/2004/051.html>.

⁵⁵² Dictámen de la Comisión de Derechos Humanos recaído en los proyectos de ley Nros.3573/2002-CR y 4054/2002-CR mediante los cuáles se propone derogar el artículo 374 del Código Penal, Congreso del Perú, 15 de noviembre de 2002.

⁵⁵³ En el Capítulo II del presente informe se mencionan varios casos en los apartados referentes a los progresos que se han presentado en la situación de cada uno de los países.

⁵⁵⁴ Ver: <http://www.cidh.org/Relatoria/listDocuments.asp?categoryID=10>

seguidos en varios países del hemisferio en contra de periodistas, comunicadores o particulares que se manifiestan sobre asuntos de interés público. La Relatoría insta a los Estados miembros a continuar con los procesos de modificación legislativa iniciados y a emprender todos aquellos que sean necesarios para garantizar el pleno ejercicio de la libertad de expresión, tomando en consideración la jurisprudencia del sistema interamericano.

CAPITULO VII

LAS EXPRESIONES DE ODIOS Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS⁵⁵⁵

A. Introducción: Propósito y contenido del Informe

1. Las expresiones de odio o el discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad u otra característica grupal, no conoce fronteras de tiempo ni espacio. De la Alemania nazi y el Ku Klux Klan en Estados Unidos, a Bosnia en los noventa y el genocidio de Ruanda en 1994, se han empleado expresiones de odio para acosar, perseguir o justificar privaciones de los derechos humanos y, en su máximo extremo, para racionalizar el asesinato. Tras el Holocausto alemán, y con el crecimiento de Internet y de otros medios modernos que facilitan la divulgación de expresiones de odio, muchos gobiernos y organismos intergubernamentales han tratado de limitar los efectos perniciosos de este tipo de discurso. Sin embargo, estos esfuerzos chocan naturalmente con el derecho a la libertad de expresión garantizado por numerosos tratados, constituciones nacionales y legislaciones internas.

1. En las Américas, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé un amplio grado de libertad de expresión al garantizar el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.⁵⁵⁶ El artículo 13 protege esta libertad al proscribir la censura previa y las restricciones indirectas, y permitir únicamente la posterior imposición de responsabilidad en un conjunto pequeño y definido de excepciones, como las destinadas a proteger la seguridad nacional, el orden público y los derechos y la reputación de los demás. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han mejorado la definición de esta libertad a través de su jurisprudencia en las décadas recientes.

3. Este amplio manto de la libertad de expresión, sin embargo, no es absoluto. La Convención Americana –al igual que numerosos pactos internacionales y regionales– declara que las expresiones de odio quedan al margen de la protección del artículo 13 y exige que los Estados Partes proscriban esta forma de expresión. En el párrafo 5 del artículo 13 se establece:

Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.⁵⁵⁷

4. El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos también ha formulado declaraciones en esta esfera de la expresión. En una declaración

⁵⁵⁵ La elaboración de este capítulo fue posible gracias a la investigación y redacción preliminar realizada por Susan Schneider, una estudiante de segundo año de la escuela de derecho de la Universidad George Washington. Ella fue pasante en la Relatoría durante el año 2004. La Relatoría agradece sus contribuciones.

⁵⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana), en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/1.4.rev. 9 (31 de enero de 2003) (en adelante, Documentos Básicos) artículo 13.1, 13.2.

⁵⁵⁷ *Ibid*, artículo 13.5.

conjunta con el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión y el Representante sobre la Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial reconoció que las expresiones que incitan o fomentan “el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia” son perniciosas y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión. En la Declaración Conjunta se señala que las medidas que rigen las expresiones de odio, habida cuenta de su interferencia con la libertad de expresión, deben estar “previstas por ley, servir un fin legítimo establecido en el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar ese fin”. Se agrega que las expresiones de odio, de acuerdo con el derecho internacional y regional, tienen que encuadrarse, como mínimo, en los siguientes parámetros:

- Nadie debe ser penado por decir la verdad;
- Nadie debe ser penado por divulgar expresiones de odio a menos que se demuestre que las divulga con la intención de incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia;
- Debe respetarse el derecho de los periodistas a decidir sobre la mejor forma de transmitir información y comunicar ideas al público, en particular cuando informan sobre racismo e intolerancia
- Nadie debe ser sometido a censura previa, y
- Toda imposición de sanciones por la justicia debe estar en estricta conformidad con el principio de la proporcionalidad.⁵⁵⁸

5. Los lineamientos básicos que definen a las expresiones de odio, de acuerdo con el artículo 13(5), a diferencia de las disposiciones similares que se encuentran en los tratados internacionales y en la legislación nacional, aún no han sido interpretados ni desarrollados en profundidad por la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana. Dada la falta de jurisprudencia interamericana en esta esfera de la libertad de expresión, el Relator Especial para la Libertad de Expresión se ha abocado a explorar sus posibles límites a través de un estudio comparativo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Europea de Derechos Humanos. Al igual que en otros estudios comparados de jurisprudencia, el Relator Especial para la Libertad de Expresión considera que la vasta jurisprudencia de estos sistemas sobre el derecho a la libertad de expresión son fuentes valiosas que pueden iluminar la interpretación de este derecho en el sistema interamericano.

6. El Relator Especial para la Libertad de Expresión también se propone fomentar estudios comparados de la jurisprudencia en cumplimiento del mandato de los Jefes de Estado y de Gobierno conferido en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec, Canadá, en abril de 2001. En el curso de esa Cumbre, los Jefes de Estado y de Gobierno ratificaron el mandato del Relator Especial para la Libertad de Expresión y sostuvieron que los Estados respaldarán la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el área de la Libertad de Expresión y, a través del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, procederá a divulgar estudios comparativos de la jurisprudencia, a la vez que se empeñará en garantizar que las legislaciones nacionales sobre la libertad de expresión sean coherentes con las obligaciones jurídicas internacionales.

B. Las expresiones de odio en el marco de las Naciones Unidas

⁵⁵⁸ Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.article19.org/docimages/951.htm>.

1. Tratados y convenciones internacionales

2. En el ámbito del derecho internacional, al igual que en el sistema interamericano, la libertad de expresión goza de una amplia protección. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone que “[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”, lo que incluye el derecho a sostener opiniones sin interferencia y el derecho a buscar, difundir y recibir información independientemente del medio utilizado. Estos derechos han sido definidos de manera más pormenorizada por tratados internacionales y regionales,⁵⁵⁹ como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁵⁶⁰ y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

3. El PIDCP, que se abrió a la firma en 1966 y que está vigente desde 1976, reproduce en forma muy similar el texto del artículo 13 de la Convención Americana al garantizar el derecho a la libertad de expresión a través de cualquier medio.⁵⁶¹ Al mismo tiempo, el PIDCP –al igual que la Convención Americana- ofrece margen para restricciones a la libertad de expresión. El artículo 19 señala que la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales” por lo cual está sujeto a restricciones, como las necesarias para respetar los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional o la moral o el orden público.⁵⁶² Al igual que la Convención Americana, el PIDCP también establece restricciones a la libertad de expresión al prohibir la propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso. Pero, en los casos en que la Convención establece una proscripción del fomento de estas formas de odio cuando se incita a una violencia ilegítima “o a cualquier otra acción ilegal similar”, el artículo 20 del PIDCP va más allá de la violencia: prohíbe expresiones de odio cuando constituyan una incitación a “la discriminación, la hostilidad o la violencia”.⁵⁶³ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en sus comentarios generales que la apología de estas formas del odio quedan comprendidas en el artículo 20, ya sea que su objetivo sea “interno o externo al Estado afectado”.⁵⁶⁴

4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), en su objetivo de impedir el odio racial, establece un mayor margen para las restricciones a la libertad de expresión.⁵⁶⁵ El artículo 4 requiere que los signatarios condenen la propaganda y los grupos que se basan en “ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial,

⁵⁵⁹ Procurador c. .Nahimana, Barayagwiz y Ngeze, Sentencia y Condena, ICTR-99-52-T, párr. 983 (ICTR Trial Chamber, 3 de diciembre de 2003).

⁵⁶⁰ El artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dispone que todo acto –incluido aquel que cause grave daño mental- “con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” constituye genocidio, por lo cual queda bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, ONU Doc. A/Conf.183/9, 17 de julio de 1998.

⁵⁶¹ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, AG Res. 2200^a (XXI), 21 ONU GAOR /Sup. No.16), ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

⁵⁶² *Ibid*, artículo 19.

⁵⁶³ *Ibid*, artículo 20.

⁵⁶⁴ Comentarios Generales, ONU GAOR, Comité de Derechos Humanos de la ONU, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (1989).

⁵⁶⁵ Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965, AG Res. 2106 A (XX) 660 U.N.T.S. 195 (que entró en vigencia el 4 de enero de 1969).

cualquiera que sea su forma”.⁵⁶⁶ La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial requiere también que las partes, entre otras cosas, sancionen por ley la “difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico”.⁵⁶⁷

10. También ha aplicado restricciones al discurso basado en el odio el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su jurisprudencia sobre los artículos 19 y 20 del PIDCP. En una serie de casos, el Comité, que establece opiniones no vinculantes sobre la implementación del PIDCP, ha mantenido limitaciones al discurso basado en el odio cuando lo consideró necesario para la consecución del objetivo de proteger los derechos y las reputaciones de los demás.

5. En *Ross c. Canadá*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU dictaminó que la publicación de opiniones antisemitas podría quedar comprendida dentro del ámbito de la prohibición del PIDCP de la apología del odio nacional, racial y religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.⁵⁶⁸ El peticionario, Malcolm Ross, había sido docente en Canadá durante 15 años, período durante el cual publicó libros y formuló declaraciones públicas que denigraban la fe y la ascendencia judías.⁵⁶⁹

6. Un padre del mismo distrito escolar de Ross interpuso una denuncia contra la junta directiva escolar alegando que condonaba las opiniones antisemitas de Ross al no tomar medidas contra él, con lo cual estaba discriminando a los alumnos judíos.⁵⁷⁰ Tras una evaluación por una comisión investigadora, Ross fue removido de las aulas y asignado a un cargo no docente.⁵⁷¹ Ross apeló la decisión pero la Corte Suprema en última instancia resolvió mantener la conclusión de la comisión investigadora en el sentido de que había existido discriminación por parte de la junta directiva escolar.⁵⁷² Ross presentó una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU alegando que la denegación de su derecho a expresar sus opiniones religiosas era violatorio del artículo 19 del PIDCP.⁵⁷³

7. En su consideración de los méritos del caso, el Comité observó que existían tres aspectos que exigían análisis.⁵⁷⁴ Primero, el Comité tenía que considerar si en efecto la libertad de expresión de Ross se veía restringida por su remoción del cargo.⁵⁷⁵ El comité señaló que, dado que la pérdida de un cargo docente era un “perjuicio importante” y la

⁵⁶⁶ *Ibid*, artículo 4.

⁵⁶⁷ *Ibid*.

⁵⁶⁸ Opiniones del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR, Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones, ONU Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).

⁵⁶⁹ *Ibid*, párr. 2.1, 4.2

⁵⁷⁰ *Ibid*, párr. 2.3

⁵⁷¹ *Ibid*, párr. 4.1-4.3

⁵⁷² *Ibid*, párr. 4.6-4.8

⁵⁷³ *Ibid*, 5.1

⁵⁷⁴ *Ibid*, párr. 11.1-11.6

⁵⁷⁵ *Ibid*, párr. 11.1

pérdida en este caso era resultado de la expresión de las opiniones de Ross, el acto constituía de hecho una restricción en el marco del artículo 19.⁵⁷⁶

8. El segundo aspecto era si las restricciones a la libertad de expresión de Ross satisfacían las condiciones establecidas en el inciso 3 del artículo 19: que estuviesen dispuestas por ley y que apuntaran al respeto de los derechos y la reputación de los demás o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.⁵⁷⁷ El Comité tomo referencias de la decisión de la Suprema Corte en cuanto a la cuestión de un marco jurídico adecuado para los cargos contra Ross, observando que la Corte halló base suficiente en la legislación nacional para mantener la orden de remoción de Ross de su cargo.⁵⁷⁸ Con respecto a los objetivos de las restricciones, el Comité concluyó que los mismos tenía por fin proteger los derechos y la reputación de las personas de fe judía, “incluido el derecho a disfrutar de la enseñanza en un sistema de educación pública libre de sesgo, prejuicios e intolerancia.”⁵⁷⁹

9. La última cuestión en el caso *Ross c. Canadá* consistía en determinar si las restricciones a la libertad de expresión de Ross eran necesarias para proteger el derecho o la reputación de las personas de fe judía.⁵⁸⁰ El Comité observó que, de acuerdo con el artículo 19 del PIDCP, el derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales, y ello era especialmente pertinente en el contexto del sistema escolar, con alumnos jóvenes.⁵⁸¹ Dado que la Suprema Corte había concluido que era razonable prever un vínculo causal entre las publicaciones antisemitas del autor y el “entorno enrarecido” que percibían los alumnos judíos del Distrito, el Comité dictaminó que la remoción de Ross del cargo podía considerarse una restricción necesaria.⁵⁸²

10. En *Faurisson c. Francia*, el Comité también ratificó las restricciones a la libertad de expresión vinculadas con las expresiones de odio. Robert Faurisson, un profesor de literatura, fue procesado en el marco de la “Ley Gayssot” de Francia, que enmendaba la Ley sobre Libertad de Prensa de 1881 y constituía como delito el cuestionar la existencia de ciertos crímenes de lesa humanidad por los que el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg había condenado a los dirigentes nazis.⁵⁸³ En una entrevista de una revista, Faurisson expresó su convicción de que las cámaras de gas utilizadas para exterminar a los judíos en los campos de concentración nazis durante la Segunda Guerra Mundial eran “un mito.”⁵⁸⁴ La Corte de Apelaciones de París (Sala Décimoprimer) mantuvo la condena, lo que llevó a Faurisson a presentar una petición ante el Comité, argumentando que la Ley Gayssot menoscababa su derecho a la libertad de expresión.⁵⁸⁵

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, párr. 11.2

⁵⁷⁸ *Ibid.*, párr. 11.4

⁵⁷⁹ *Ibid.*, párr. 11.5

⁵⁸⁰ *Ibid.*, párr. 11.6

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Opiniones del Comité de Derechos Humanos, ONU GAOR Comité de Derechos Humanos, 58º período de sesiones , ONU Doc. CCPR/C/58/D/550/1990 (1996), párrs. 2.1-2.3.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, párr. 2.6

⁵⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 2.7, 3.1.

11. El Comité abordó las tres mismas cuestiones de *Ross c. Canadá*: si la restricción estaba prevista por ley, si apuntaba a alguno de los objetivos del inciso 3 del artículo 19 y si era necesaria para alcanzar un fin legítimo.⁵⁸⁶ Con respecto a la primera cuestión, el Comité señaló que la restricción a la libertad de expresión de Faurisson estaba prevista claramente en la “Ley Gaysot” del 13 de julio de 1990.⁵⁸⁷ El Comité también observó que su condena no interfería con su derecho a mantener y expresar una opinión en general, sino que se basaba, por el contrario, en la violación de los derechos y reputación de los demás, por lo cual satisfacía los requisitos del inciso 3.⁵⁸⁸

12. En cuanto a la tercera cuestión –si la restricción era necesaria– el Comité subrayó los argumentos de Francia de que la Ley Gaysot estaba destinada a combatir el racismo y el antisemitismo y que la negación del holocausto era “el principal vehículo del antisemitismo.”⁵⁸⁹ El Comité señaló que, habida cuenta de la inexistencia de argumentos que socavaran la posición de Francia, se manifestaba satisfecho en cuanto a que la restricción de la libertad de expresión había sido necesaria, por lo cual no había existido violación alguna del artículo 19.⁵⁹⁰

13. Por último, en *J.R.T. y el Partido W.G. c. Canadá*, el Comité consideró el caso de un canadiense que utilizaba mensajes grabados para advertir a las personas que llamaban de los peligros de “las finanzas internacionales y de los círculos judíos internacionales que conducen al mundo a las guerras, al desempleo, a la inflación y al derrumbe de los valores y principios mundiales.”⁵⁹¹ La petición de J.R.T. cuestionaba la cancelación de su servicio telefónico en virtud de la Ley de Derechos Humanos de Canadá de 1978, que determinaba que el uso del teléfono en forma que pudiera exponer a otros al odio con base, entre otras razones, en la raza, el origen nacional o étnico y la religión, era “una práctica discriminatoria”.⁵⁹² El Comité declaró que la petición era inadmisibles porque las opiniones que quería divulgar J.R.T. por teléfono “constituían claramente la apología del odio racial o religioso que Canadá tenía la obligación de prohibir en virtud del artículo 20(2) del PIDCP.”⁵⁹³

C. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

20. En los casos más extremos, las expresiones de odio pueden ser utilizadas como armas para incitar, promover o impulsar el exterminio de un grupo de personas, como se vio en la Alemania nazi y en el genocidio de Ruanda en 1994. Ambas atrocidades dieron lugar a la creación de tribunales internacionales para procesar a los responsables y estos procesos incluían dictámenes directos sobre el delito de “incitación al genocidio”. Si bien este crimen aborrecible es una forma singular e infrecuente de expresión de odio, muy

⁵⁸⁶ *Ibid.*, párr. 9.4.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, párr. 9.5

⁵⁸⁸ *Ibid.*, párr. 9.6

⁵⁸⁹ *Ibid.*, párr. 9.7

⁵⁹⁰ *Ibid.*, párr. 10

⁵⁹¹ *J.R.T. y el Partido W.G. c. Canadá*, Comunicación No. 104/1981, ONU. Doc. Sup. No. 40 (A/38/40-) en 231 (1983), párr. 2.1.

⁵⁹² *Ibid.*, párr. 2.2.

⁵⁹³ *Ibid.*, párr. 8.

comúnmente objeto de las convenciones internacionales y la legislación interna, las decisiones de los dos Tribunales sobre la incitación al genocidio pueden ser valiosas para orientar las decisiones sobre tipos de expresiones de odio más comunes.

14. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fue resultado del Acuerdo de 1945 entre el Reino Unido, Estados Unidos, Francia y la Unión Soviética, con el fin de procesar a los criminales de guerra por delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.⁵⁹⁴ Un caso al que dio vista el Tribunal fue el de Julius Streicher, partidario de los nazis, que en sus discursos y artículos exhortaba a la aniquilación de la raza judía e incitaba a los alemanes a perseguir a los judíos.⁵⁹⁵ Streicher, por ejemplo, denominaba a las personas de origen judío como “parásitos, enemigos, malhechores, y transmisores de enfermedades, que deben ser destruidos en beneficio de la humanidad.”⁵⁹⁶ En tanto Streicher negó tener conocimiento de las ejecuciones masivas de judíos, el Tribunal dictaminó que las incitaciones de Streicher al asesinato y al exterminio constituían claramente una “persecución por razones políticas y raciales en relación con crímenes de guerra”, definidos por la Carta del Tribunal, y constituían, por tanto, crímenes de lesa humanidad.⁵⁹⁷ Streicher fue sentenciado a muerte.⁵⁹⁸

15. Cincuenta años después, se creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda por Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU de 1994, tras una serie de informes que demostraban que se habían cometido en ese país actos de genocidio y otras “violaciones sistemáticas, generalizadas y flagrantes” al derecho internacional humanitario.⁵⁹⁹ El Estatuto de este Tribunal lo habilitaba para procesar a quienes hubieran cometido actos de genocidio, lo que abarcaba el asesinato, la inflicción de graves daños corporales o mentales y otros actos “perpetrados con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.”⁶⁰⁰ Dentro de la categoría de delitos relacionados con el genocidio, el Estatuto establece específicamente que la “incitación directa y pública a cometer genocidio” es un delito punible.⁶⁰¹

16. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda examinó esta cuestión en la decisión del año 2003 *Fiscal c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*. Nahimana fue acusado de delitos graves, incluida la “incitación directa y pública al genocidio” por radiodifusiones a través de una estación de Ruanda conocida como la RTLM, en la que exhortaba a los escuchas a tomar medidas contra el enemigo, y que se conoció posteriormente como “Radio Machete.”⁶⁰² Barayagwiza también fue acusado de varios crímenes, incluida la incitación al genocidio, en relación con actividades en la estación de radio RTLM y de su partido político, la Coalición para la Defensa de la República (CDR), que

⁵⁹⁴ Acuerdo para el procesamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las potencias del Eje europeo y Carta del Tribunal Militar Internacional, 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279.

⁵⁹⁵ El Proyecto Avalon, Sentencia: Streicher. Disponible en www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judstrei.htm.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR -99-52-T, párr. 981.

⁵⁹⁹ ONU SCOR, 49ª Período de Sesiones, ONU Doc. S/RES/955 (1994).

⁶⁰⁰ *Ibid.*, Art. 2

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR -99-52-T, párr. 981

fomentaba la matanza de civiles tutsi.⁶⁰³ Ngeze fue igualmente acusado de delitos que incluían la incitación al genocidio por publicaciones en el periódico *Kangura*, cuyos escritos estaban basados en el odio étnico, la creación de un clima de terror y la exhortación a la violencia contra los tutsis.⁶⁰⁴ El Tribunal en última instancia concluyó que estas tres personas habían actuado con la “intención de destruir total o parcialmente al grupo étnico tutsi”.⁶⁰⁵ Además, como Nahimana era responsable de la programación de la RTL, se llegó a la conclusión de que este era culpable de la incitación directa y pública al genocidio.⁶⁰⁶ Barayagwiza, como uno de los fundadores del CDR, y Ngeze, como fundador, propietario y editor de *Kangura*, también fueron declarados culpables de los mismos delitos.⁶⁰⁷

17. En su análisis de las publicaciones y radiodifusiones efectuadas por los acusados, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda evaluó el discurso y su contexto, y luego estableció una distinción entre “el análisis de la conciencia étnica”, por una parte, y el “fomento del odio étnico”, por la otra, distinción que podría aplicarse a casos futuros.⁶⁰⁸ La decisión también es fundamental porque responsabiliza a los miembros de los medios de comunicaciones por algo más que su mera expresión, al hacerlos responsables de los efectos de sus expresiones, a saber, el resultante genocidio.⁶⁰⁹ El Tribunal consideró, pues, que quienes perpetraban la incitación al genocidio eran culpables como si ellos mismos hubieran cometido ese genocidio.⁶¹⁰

D. Expresiones de odio en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos

18. La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que establece el contexto para el ejercicio de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, prevé el derecho a la libertad de expresión y establece límites al mismo. En el artículo 10, la Convención Europea establece que la libertad de expresión incluye el derecho a tener opiniones, a recibir y divulgar información e ideas “sin injerencia de la autoridad pública”, aunque señala que estas libertades conllevan “deberes y responsabilidades”.⁶¹¹ El artículo establece una amplia lista de posibles límites a la libertad de expresión:

[El ejercicio de estas libertades] 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

⁶⁰³ *Ibid*, párrs. 6, 9, 1035

⁶⁰⁴ *Ibid*, párrs. 7, 10, 1036

⁶⁰⁵ *Ibid*, párr. 969

⁶⁰⁶ *Ibid*, párr. 1033

⁶⁰⁷ *Ibid*, párrs. 1035, 1038.

⁶⁰⁸ Catherine A. MacKinnon, Decisión Internacional: Procurador c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, 98 A J.I.L. 325, 329.

⁶⁰⁹ *Ibid*.

⁶¹⁰ *Ibid*

⁶¹¹ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950 (ETS No. 5), 213 U.N.T.S. 222. artículo 10.

derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.⁶¹²

19. La Convención Europea, por tanto, es similar al PIDCP en sus disposiciones sobre la libertad de expresión, pero no aborda la apología del odio nacional, religioso o racial que incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos analiza ampliamente el tema de las expresiones de odio con base en la intersección del artículo 10 de la Convención Europea con las legislaciones internas que proscriben estas formas de incitación.⁶¹³ En sus decisiones, la Corte ha utilizado las disposiciones del inciso 2 del artículo 10 para determinar cuándo se justifica una restricción a la libertad de expresión: una interferencia con la libertad de expresión viola el artículo 10 a menos que esté “prescrita por ley”, esté destinada a la consecución de, por lo menos, uno de los objetivos estipulados en el inciso 2 del artículo 10 y sea “necesaria en una sociedad democrática.” La Corte ha definido reiteradamente la expresión “necesaria” como una “necesidad social imperiosa” y ha evaluado las interferencias en función a la “proporcionalidad al objetivo legítimo que se persigue.”

20. En *Jersild c. Dinamarca*, la Corte Europea concluyó que las leyes contra las expresiones de odio habían sido aplicadas con demasiada amplitud en el caso de un programa periodístico sobre jóvenes racistas.⁶¹⁴ Jens Olaf Jersild era un periodista de la televisión danesa y de una red de estaciones de radio que había entrevistado a tres miembros del grupo juvenil “Greenjackets”, para un programa noticioso de televisión.⁶¹⁵ Durante la entrevista, los tres jóvenes formularon declaraciones denigrantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos de Dinamarca, llamando a algunos de los grupos “animales”.⁶¹⁶ Jersild fue acusado de asistencia e instigación de los jóvenes en su violación de la legislación danesa que prohíbe las amenazas, los insultos o la degradación contra un grupo de personas a causa de su raza, color, origen nacional o étnico o creencias.⁶¹⁷ En su denuncia ante el sistema europeo, Jersild sostuvo que su condena por este delito era violatoria del artículo 10 de la Convención Europea.⁶¹⁸ La Corte observó que la legislación danesa preveía el delito del que Jersild había sido acusado y que la injerencia tenía el objetivo legítimo de proteger la reputación o los derechos de los demás, como lo estipulaba el artículo 10(2).⁶¹⁹ Con respecto al elemento final de este inciso -si las medidas eran necesarias en una sociedad democrática- la Corte subrayó como antecedentes dos aspectos. Primero, observó que era “particularmente consciente” de la importancia de combatir la discriminación racial.⁶²⁰ También recalcó que las obligaciones que imponía a Dinamarca el artículo 10 tenían que ser interpretadas “en forma conciliable” con las obligaciones que le imponía el CERD.⁶²¹ Pero, al mismo tiempo, la Corte observó que un aspecto fundamental era si la expresión, al ser

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ Véase *Fiscal c. Hanimana, Barayagwiza y Ngeze*, ICTR-99-52-T, párr. 991

⁶¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *Jersild c. Dinamarca*, Sentencia de 22 de agosto de 1994, Petición No. 15890/89.

⁶¹⁵ *Ibid.*, párr. 10.

⁶¹⁶ *Ibid.*, párr. 12.

⁶¹⁷ *Ibid.*, párr. 12.

⁶¹⁸ *Ibid.*, párr. 25.

⁶¹⁹ *Ibid.*, párr. 27.

⁶²⁰ *Ibid.*, párr. 30.

⁶²¹ *Ibid.*, párr. 30.

considerada en su conjunto, “parecía, desde un punto de vista objetivo, que había tenido el propósito de propagar opiniones e ideas racistas.” La Corte concluyó que el programa no parecía tener esa intención, como lo había demostrado su introducción, sino que, por el contrario, estaba destinado a divulgar a un determinado grupo de jóvenes y su estilo de vida.⁶²² A raíz de ello, la Corte dictaminó que las justificaciones del Estado para condenar a Jersild no establecían que la interferencia con la libertad de expresión fuese “necesaria en una sociedad democrática.”⁶²³

21. En *Incal c. Turquía*, la Corte Europea sostuvo el derecho de un ciudadano a criticar al gobierno con expresiones que poco distaban de la incitación a la violencia, la hostilidad y el odio. Ibrahim Incal era un abogado turco que había sido miembro del comité ejecutivo del Partido Popular de los Trabajadores.⁶²⁴ En 1992, el comité ejecutivo redactó un panfleto para distribuir en la ciudad de Izmir, en el que se criticaban las medidas de las autoridades locales a las que ese partido acusaba de tratar de expulsar a los kurdos de las ciudades.⁶²⁵ En el panfleto se exhortaba a los “patriotas demócratas kurdos y turcos a que asumieran sus responsabilidades” y se opusieran a esta denominada guerra contra el proletariado.⁶²⁶ El comité ejecutivo del partido pidió a las autoridades permiso para distribuir el panfleto, pero el Tribunal de Seguridad Nacional secuestró la distribución y posteriormente condenó a Incal y a otros ocho miembros del comité del Partido por intento de incitación al odio y la hostilidad con expresiones racistas.⁶²⁷ Incal más tarde presentó una petición en el sistema europeo alegando, entre otras cosas, que su condena era violatoria del derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 de la Convención Europea.⁶²⁸ La Corte una vez más ponderó si esta interferencia de la libertad de expresión cumplía las disposiciones del artículo 10(2): que estuviera “preestablecida” por ley”, que estuviera destinada a la consecución de, por lo menos, uno de los objetivos establecidos en el artículo 10(2), y que fuera “necesaria en una sociedad democrática”.⁶²⁹ Los participantes fueron unánimes en cuanto a que la interferencia estaba prevista en el Código Penal y en la Ley de Prensa, por lo cual estaba preestablecida por ley.⁶³⁰ Aunque las partes no presentaron argumentos sobre el objetivo de la ley, la Corte supuso que el objetivo era evitar el desorden, un objetivo legítimo previsto en el artículo 10. Sin embargo, la Corte concluyó que la exigencia final –que la ley fuera necesaria en una sociedad democrática- no se había satisfecho. La Corte observó que el artículo 10:

es aplicable, no sólo a la “información” o “ideas” que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquéllas que ofendían, perturbaban o distorsionaban; esa es una exigencia del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud de miras, sin lo cual no existe una “sociedad democrática”.⁶³¹

⁶²² *Ibid*, párr. 33

⁶²³ *Ibid*, párr. 37

⁶²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de *Incal c. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 1998, Petición No. 22678/93.

⁶²⁵ *Ibid*, párr. 10

⁶²⁶ *Ibid*, párr. 10

⁶²⁷ *Ibid*, párrs. 11 y 12

⁶²⁸ *Ibid*, párr. 38

⁶²⁹ *Ibid*, párr. 40

⁶³⁰ *Ibid*, párr. 41

⁶³¹ *Ibid*, párr. 46

22. A la luz de estos principios y del contexto del panfleto, la Corte llegó a la conclusión de que las exhortaciones a los kurdos y a otros podían considerarse una instigación a que la población “se reuniera para plantear ciertas exigencias políticas”. No obstante, si bien no estaba claro el significado de los “comités de vecinos”, la Corte concluyó que las exhortaciones no podían considerarse una “incitación al uso de la violencia, la hostilidad o el odio entre los ciudadanos”.⁶³² La Corte también observó que los límites a las críticas contra el gobierno son más amplios que los que afectan a los ciudadanos particulares. Concluyó que la condena de Incal era desproporcionada respecto del objetivo esgrimido por el gobierno y, por tanto, innecesaria en una sociedad democrática.⁶³³

23. La Corte Europea llegó a una conclusión similar en *Sürek y Özdemir c. Turquía*, un caso que involucraba a una publicación turca que había divulgado una entrevista informativa con un dirigente de un grupo político ilegal, el Partido Kurdo de los Trabajadores (PKK).⁶³⁴ Kamil Tekin Sürek era un importante accionista y Yücel Özdemir, el redactor responsable de *Haberde Yorumda Gerçek*, una publicación semanal.⁶³⁵ Después de la entrevista, en la que el dirigente del PKK declaró continuar librando la guerra contra el Estado turco, en tanto este se resistiera a la voluntad de los kurdos, las autoridades turcas acusaron a Sürek y Özdemir de divulgación de propaganda separatista y de opiniones terroristas, en violación de la Ley de Prevención del Terrorismo de 1991.⁶³⁶ La Corte Europea, en su examen de la denuncia del peticionario de que se había violado su libertad de expresión, aplicó los criterios del artículo 10(2) llegando a la conclusión de que las violaciones estaban prescritas por ley y tenían el objetivo legítimo de mantener la seguridad nacional y el orden público.⁶³⁷ Con respecto al tercer requisito -que las medidas sean “necesarias en una sociedad democrática”- la Corte observó que ello exige que exista una “necesidad social imperiosa”, y que este elemento no estaba presente en el caso en cuestión.⁶³⁸ La Corte primero reiteró que el artículo 10(2) deja poco margen para las restricciones al discurso o el debate político sobre cuestiones de interés público.⁶³⁹ Señaló luego que la entrevista en cuestión no podía considerarse una incitación a la violencia o el odio sino que la misma tenía “un contenido noticioso que permitía que el público obtuviera información sobre la psicología de quienes impulsaban la oposición a la política oficial en Turquía sudoriental” y no podía considerarse una incitación a la violencia o el odio.⁶⁴⁰ Por tanto, la Corte dictaminó que las razones de las autoridades turcas para la condena del peticionario no bastaban para justificar la interferencia con la libertad de expresión.⁶⁴¹

24. En *Arslan c. Turquía*, la Corte volvió a concluir que las críticas al gobierno que no constituyan una incitación a la violencia o el odio no podían restringirse en forma justificada. Günay Aıslan, un ciudadano turco, escribió un libro titulado “*History in Mourning*:

⁶³² *Ibid*, párr. 50.

⁶³³ *Ibid*, párr. 59.

⁶³⁴ Corte EDH, Caso *Sürek y Özdemir c. Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 23927/94, 24277/94.

⁶³⁵ *Ibid*, párr. 8.

⁶³⁶ *Ibid*, párrs. 10, 12, 23.

⁶³⁷ *Ibid*, párrs. 47, 51.

⁶³⁸ *Ibid*, párr. 60.

⁶³⁹ *Ibid*, párr. 60.

⁶⁴⁰ *Ibid*, párr. 61.

⁶⁴¹ *Ibid*, párr. 61.

33 *Bullets*”, en el que se analizaba la opresión de los kurdos por Turquía.⁶⁴² Arslan fue condenado por divulgar propaganda separatista en razón de intentar incitar a los de ascendencia kurda a rebelarse contra el Estado.⁶⁴³ En el examen del caso por la Corte, esta concluyó que la condena de Arslan, en aplicación de la Ley de Prevención del Terrorismo, cumplía con el requisito del artículo 10(2) de que la interferencia con la libertad de expresión estuviera preestablecida por ley.⁶⁴⁴ La Corte también concluyó que, dada la “sensibilidad de la situación de seguridad” en Turquía sudoriental, el gobierno tenía el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional y la integridad territorial y evitar desórdenes, en sus restricciones a la libertad de expresión.⁶⁴⁵ En cuanto al requisito de que la restricción fuese necesaria en una sociedad democrática, la Corte observó que el libro contenía una narración histórica literaria y que, si bien no era neutral en la descripción de los hechos, la crítica que se proponía efectuar el libro contra las autoridades turcas estaba comprendida dentro del ámbito del discurso político y de las cuestiones de interés público, esferas en las que existe escaso margen para imponer restricciones congruentes con el artículo 10.⁶⁴⁶ En última instancia, la Corte concluyó que el libro contenía un “tono hostil” y “pasajes duros”, pero no incitaba a la violencia o la resistencia armada.⁶⁴⁷ Eso, y la grave condena de prisión de un año y ocho meses, llevó a la Corte a la conclusión de que esa condena era “desproporcionada con los objetivos perseguidos y, en consecuencia, no era ‘necesaria en una sociedad democrática’”.⁶⁴⁸

25. La Corte Europea también se pronunció a favor de mantener las restricciones a la libertad de expresión con base en intereses de seguridad nacional. En *Zana c. Turquía*, por ejemplo, la Corte concluyó que se podría limitar la libertad de expresión de un ex funcionario de gobierno cuando pudiera agravar una tensa situación de seguridad. Medí Zana, un ex alcalde de la ciudad turca de Diyarkabir, declaró a los periodistas desde la cárcel que respaldaba al “movimiento de liberación nacional” del Partido Kurdo de los Trabajadores (PKK) pero no apoyaba las matanzas.⁶⁴⁹ Y agregó que “cualquiera comete errores, y el PKK asesina a mujeres y niños por error.”⁶⁵⁰ El Tribunal de Seguridad de Turquía sentenció a Zana a pena de prisión por violar la proscripción del Código Penal de las incitaciones públicas al odio y a la hostilidad y su prohibición contra la participación en grupos o en organizaciones armadas.⁶⁵¹ La Corte, aplicando las normas del artículo 10(2) en su examen del caso, concluyó que la limitación a la libertad de expresión de Zana estaba prevista por ley⁶⁵², y que las restricciones eran legítimas, dado que podían justificarse por razones de seguridad nacional y seguridad pública a la luz de los “graves disturbios” que se producían en Turquía sudoriental.⁶⁵³ La Corte luego examinó el contenido de las declaraciones de Zana para

⁶⁴² Cprte EDH, Caso Aíslan c. Turquía, Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 23462/94, párr. 10.

⁶⁴³ *Ibid*, párr. 19.

⁶⁴⁴ *Ibid*, párr. 37.

⁶⁴⁵ *Ibid*, párr. 40.

⁶⁴⁶ *Ibid*, párrs. 45, 46.

⁶⁴⁷ *Ibid*, párr. 48.

⁶⁴⁸ *Ibid*, párr. 50.

⁶⁴⁹ Cort EDH, Caso Zana c. Turquía, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, Petición No. 18954/91, párr. 12

⁶⁵⁰ *Ibid*, párr. 12.

⁶⁵¹ *Ibid*, párrs. 27, 31.

⁶⁵² *Ibid*, párr. 37.

⁶⁵³ *Ibid*, párr. 41.

determinar si las restricciones eran necesarias en una sociedad democrática.⁶⁵⁴ Observó que las declaraciones de Zana eran contradictorias y vagas, pero que también “coincidían con ataques homicidas perpetrados por el PKK contra civiles en Turquía sudoriental”.⁶⁵⁵ Como Zana había sido alcalde de Diyarkabir, su respaldo al PKK podía considerarse como “probable exacerbación de una situación ya explosiva” en la región, lo que llevó a la Corte a concluir que la condena de Zana había sido resultado de una “necesidad social imperiosa” y proporcionada con un objetivo legítimo.⁶⁵⁶

26. En *Sürek c. Turquía (No. 1)*, entretanto, la Corte volvió a concluir que las limitaciones a las expresiones de odio y la “glorificación de la violencia” no iban en contra del artículo 10. El peticionario era el principal accionista de una empresa propietaria de una publicación semanal turca que divulgaba cartas al redactor en las que se criticaba acerbamente las medidas de las autoridades turcas en la atribulada zona sudoriental del país, y se llamaba a las autoridades “banda de asesinos”.⁶⁵⁷ Sürek fue condenado por difundir propaganda separatista⁶⁵⁸ y presentó una denuncia ante la Corte Europea. La Corte concluyó que la restricción a la libertad de expresión estaba “prevista por ley”, de acuerdo con la Ley de Prevención del Terrorismo de 1991⁶⁵⁹, y observó que las restricciones que había impuesto el gobierno a la libertad de expresión eran legítimas, dado que podía decirse que procuraban la seguridad nacional y la integridad territorial en una zona delicada.⁶⁶⁰ Con respecto a la cuestión de si la interferencia era “necesaria en una sociedad democrática”, la Corte observó que las cartas tenían el claro propósito de estigmatizar a la otra parte utilizando frases como “el ejército fascista turco” y “la banda de asesinos turcos” junto con palabras como “matanzas” y “carnicerías”.⁶⁶¹ También observó que las cartas habían sido publicadas con el telón de fondo de una grave situación de seguridad en la zona sudoriental de Turquía, escenario de violentos disturbios y de estado de emergencia.⁶⁶² Dado este contexto, la Corte consideró que las cartas podían “incitar a una mayor violencia en la región al instigar un odio profundo e irracional contra aquellos a los que describía como responsables de las presuntas atrocidades.”⁶⁶³ La Corte también resaltó que una de las cartas identificaba a algunas personas por su nombre, exponiéndolas a una posible violencia. También observó que, aunque no se admita la interferencia en casos de información que meramente perturba u ofende, este caso superaba esa norma porque conllevaba expresiones de odio y una “glorificación de la violencia”⁶⁶⁴. Por último, la Corte resaltó que, si bien el peticionario no se vinculaba a las opiniones de los que enviaban las cartas, les ofreció a estos un “medio para incitar a la violencia y al odio.”⁶⁶⁵ Como accionista, el peticionario tenía influencia en el contenido de la publicación y estaba por tanto sujeto a “las obligaciones y

⁶⁵⁴ *Ibid*, párr. 56.

⁶⁵⁵ *Ibid*, párr. 59.

⁶⁵⁶ *Ibid*, párrs. 61, 62.

⁶⁵⁷ Corte EDH, Caso *Sürek c. Turquía (No.1)*, Sentencia de 8 de julio de 1999, Petición No. 26682/95, párr. 11.

⁶⁵⁸ *Ibid*, párrs. 14, 15.

⁶⁵⁹ *Ibid*, párr. 48.

⁶⁶⁰ *Ibid*, párr. 52.

⁶⁶¹ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶² *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶³ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶⁴ *Ibid*, párr. 62.

⁶⁶⁵ *Ibid*, párr. 63.

responsabilidades” que establece el artículo 10.⁶⁶⁶ En consecuencia, la Corte llegó a la conclusión de que las sanciones podían ser razonablemente consideradas una respuesta a una necesidad social imperiosa y, por tanto, proporcional de acuerdo con el objetivo legítimo que se perseguía.⁶⁶⁷

E. Aplicación de principios internacionales y comparativos a la Convención Americana

1. Principios que sirven de antecedente para interpretar la Convención Americana

34. Si bien la jurisprudencia de otros sistemas jurídicos puede brindar una orientación valiosa para la interpretación de la Convención Americana y ha sido con frecuencia citada por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, es importante subrayar los límites de este criterio. No se debe permitir que la aplicación de los principios jurídicos de las Naciones Unidas y de la Unión Europea erosionen las libertades fundamentales garantizadas por la Convención Americana. Ello tiene particular importancia en el caso del PIDCP, que ha sido ratificado por unas 30 naciones de las Américas. La Corte Interamericana ha señalado lo siguiente con respecto a la aplicación simultánea de tratados internacionales:

En verdad, frecuentemente es útil ... comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.⁶⁶⁸

27. La Corte Interamericana agregó que, si son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”⁶⁶⁹ La Corte señaló también que, si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.⁶⁷⁰

28. El artículo 13, en su conjunto, también contiene disposiciones concretas que rigen las restricciones a la libertad de expresión y estas disposiciones tienen precedencia frente a las conclusiones que se extraigan de la jurisprudencia de otro sistema jurídico, cuando se evalúa la proscripción del inciso 5 a la “apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia.” La Corte Interamericana, en el *caso de la Última Tentación de Cristo*, por ejemplo, observó que el párrafo 4 “establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente

⁶⁶⁶ *Ibid*, párr. 63.

⁶⁶⁷ *Ibid*, párrs. 63, 65.

⁶⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación obligatoria a una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo (artículos 13 y 29 de la Convención americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Ser. A No. 5 (en adelante, Opinión Consultiva OC 5/85), párr. 51.

⁶⁶⁹ *Ibid*, párr. 52.

⁶⁷⁰ *Ibid*.

con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia,” de modo que, “en todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.”⁶⁷¹ Ello significa que sólo se pueden imponer restricciones a la libertad de expresión mediante la imposición de sanciones ulteriores a los culpables de abusar de esta libertad, y la posterior responsabilización debe satisfacer cuatro requisitos, de acuerdo con la Corte Interamericana:

- 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.⁶⁷²

37. A primera vista, parecería que la prohibición de la censura abarcaría las expresiones de odio de la misma manera que comprende las restricciones a la libertad de expresión establecidas en el párrafo 2, pero, dado que existe una discrepancia entre las versiones en inglés y en español del texto en el artículo 13, la cuestión exige un mayor análisis.

29. En inglés, el texto del párrafo 5 establece que las expresiones de odio “serán consideradas delitos punibles por ley,” (“*shall be considered as offenses punishable by law*”)⁶⁷³ lo que implica que las expresiones de odio pueden ser reguladas mediante la imposición posterior de responsabilidad. Sin embargo, en español, el mismo inciso dispone que la expresión de odio “estará prohibida por la ley,”⁶⁷⁴ lo que sugiere que las expresiones de odio –dado que deben ser “prohibidas”- pueden regularse mediante la censura. La Comisión Interamericana, citando una decisión de la Corte Interamericana, observó que las diferencias idiomáticas deben ser resueltas a través de los distintos medios de interpretación disponibles en el derecho internacional, incluidas las normas generales y complementarias de interpretación que se expresan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.⁶⁷⁵ Por lo tanto, un examen exhaustivo del texto del artículo 13 puede ayudar a arrojar cierta luz sobre el significado exacto del inciso 5. En la versión en español de la Convención Americana, el inciso 4 del artículo 13 establece que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa sólo para la protección de la moral de los niños, “sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.”⁶⁷⁶ Esta referencia al inciso 2 es similar a la del texto en inglés que dice: “no obstante lo dispuesto en el párrafo 2”

⁶⁷¹ Corte IDH, Caso La Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos et al c. Chile), Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 70.

⁶⁷² Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 59.

⁶⁷³ Convención Americana, artículo 13, párrafo 5.

⁶⁷⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OAS/Ser.L/V/II.4, rev. 10 (31 de enero 2004), artículo 13.

⁶⁷⁵ Véase el Informe No. 92/03, Elías Santana y otros (Venezuela), Informe Anual de la CIDH 2003, párr. 77, donde se cita Corte Interamericana, “Otros Tratados” sujetos a la Jurisdicción Consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de setiembre de 1982 (Ser.A) No. 1 (1982), párr. 33. En el informe se señala que el artículo 32 de la Convención de Viena establece que “Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”¹²⁰ El artículo 33.4 de la Convención especifica que “cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.”

⁶⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

(“*notwithstanding the provisions of paragraph 2*”),⁶⁷⁷ y ambos implican que el inciso 4 tenía el propósito de establecer una excepción al inciso 2. Dado que el inciso 5 no establece una excepción similar a la del inciso 2, sea en inglés o en español, de ello se deriva que las expresiones de odio están regidas por la imposición de responsabilidad posterior dispuesta en el inciso 2. Esta opinión está también respaldada por la opinión determinante de la Corte Interamericana de que la censura *sólo* se admite con los fines establecidos en el inciso 4. Como se señaló antes, la Corte, en su decisión en el *caso de la Última Tentación de Cristo*, observó que todas las medidas preventivas, con excepción de las dispuestas en el inciso 4, constituyen una interferencia con la libertad de expresión.⁶⁷⁸ La Corte no hizo referencia, sea explícita o implícita, a las expresiones de odio y al inciso 5 como posible fundamento para la censura, con lo que subraya que las expresiones de odio deben ser reguladas como las demás áreas de la libertad de expresión previstas en el inciso 2.

30. Dos artículos de la Convención Americana definen también el “contexto” en que deben interpretarse las restricciones del artículo 13.⁶⁷⁹ El artículo 29 señala que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno,” o de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”⁶⁸⁰ El artículo 32, entretanto, dispone que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”⁶⁸¹ La Corte Interamericana ha señalado también que la referencia del artículo 29 a la Declaración Americana refiere al artículo XXVIII de la Declaración, que establece que “[l]os “derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”⁶⁸² La Corte ha interpretado que esto exige que las “justas exigencias de la democracia” orienten la interpretación de la Convención.⁶⁸³ A la luz de los principios que surgen del artículo 29, la Corte Interamericana ha llegado a la conclusión de que la necesidad y legalidad de las restricciones que se imponen a la libertad de expresión dependen de que se demuestre que “las restricciones son necesarias por un interés imperioso del Estado”, que los medios adoptados son los menos restrictivos de las opciones disponibles y que la restricción sea “proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo.”⁶⁸⁴

F. Los criterios de las Naciones Unidas y de Europa

40. A los fines de una comparación de los tratados y convenciones de la ONU y de la Unión Europea con la Convención Americana, se pueden extraer una serie de principios básicos sobre la incitación a la discriminación y la violencia de la jurisprudencia de las

⁶⁷⁷ Convención Americana, artículo 13.

⁶⁷⁸ Caso La Última Tentación de Cristo, párr. 70.

⁶⁷⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 42.

⁶⁸⁰ Convención Americana, artículo 29.

⁶⁸¹ *Ibid*, artículo 32.

⁶⁸² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVIII.

⁶⁸³ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 44.

⁶⁸⁴ *Ibid*, párr. 46.

Naciones Unidas y de la Corte Europea. Estos principios fueron descritos por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso del Procurador c. Nahimana y otros.

31. Un principio central es el propósito o fin. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que, cuando el objetivo detrás de una transmisión material es de buena fe – se utiliza para la investigación histórica o para transmitir noticias o información, por ejemplo- no se concluía que constituyese incitación.⁶⁸⁵ Al analizar la intención, los tribunales de la Unión Europea y de la ONU han examinado el texto concreto utilizado por los medios de comunicación. En *Faurisson*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró que el uso por el autor de la frase “cámara de gas mágica” era un indicio de que sus comentarios estaban motivados por el antisemitismo y no por la búsqueda de la verdad histórica.⁶⁸⁶ En *Jersild*, los esfuerzos del periodista por distanciarse de los comentarios de los jóvenes racistas contribuyeron a que la Corte Europea determinara que el propósito era comunicar noticias y no divulgar opiniones racistas.⁶⁸⁷ Además, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que la Corte Europea de Derechos Humanos, en sus decisiones en los casos turcos que abordaban las expresiones de odio y la seguridad nacional, estableció una distinción entre el lenguaje que explica las razones detrás de las actividades terroristas y las expresiones que fomentan tales actividades y también en este caso el propio léxico es importante para determinar a cuál ámbito pertenecen las expresiones.⁶⁸⁸ Esta idea quedó demostrada en *Sürek (No. 1)*, en la que el periódico fue responsabilizado por la publicación de cartas de sus lectores que contenían un léxico delicado, puesto que la Corte concluyó que ayudaba a alimentar “la revancha sangrienta, al exacerbar las emociones y endurecer prejuicios ya arraigados.”⁶⁸⁹

32. En segundo lugar, el contexto de las expresiones en cuestión también es importante cuando se procura determinar la validez de las restricciones a esas expresiones. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó, por ejemplo, que el contexto era fundamental en la decisión de la Corte Europea en el caso *Zana*, como el ex alcalde de una ciudad turca formuló comentarios sobre la masacre en momentos en que estas ocurrían, la Corte Europea opinó que las declaraciones podrían “exacerbar una situación ya explosiva”.⁶⁹⁰ La Corte Europea también tomó en cuenta contextos tales como la función de las expresiones o críticas políticas contra el gobierno, en las que existe margen para una mayor protección, y la cuestión de la seguridad nacional, respecto de la cual la Corte había señalado que existe “un margen de apreciación más amplio” para que las autoridades restrinjan la libertad de expresión.⁶⁹¹

33. Por último, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda señaló la causalidad como un principio importante. El Tribunal observó que la jurisprudencia internacional no exigía una relación causal específica que vinculase “la expresión en cuestión con la demostración de un efecto directo”.⁶⁹² En el caso *Streicher* de la Alemania nazi, por ejemplo,

⁶⁸⁵ Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, Tribunal Penal Internacional para Rwanda-99-52-T, párr. 1001.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ *Ibid.*, párr. 1002.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*, párr. 1005.

⁶⁹¹ Fiscal c. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, ICTR -99-52-T, párr. 1006.

⁶⁹² *Ibid.*, párr. 1007.

no se alegó que la publicación de declaraciones antisemitas tuviera vínculos con “alguna forma particular de violencia”.⁶⁹³ En los casos turcos considerados por la Corte Europea, entretanto, las expresiones en cuestión no serían causas de una violencia particular. Por el contrario, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda observó que “la cuestión considerada es cuál podría ser el impacto probable, reconociendo que la relación causal en este contexto podría ser relativamente indirecta.”⁶⁹⁴

34. Con respecto a la Convención Americana, estos principios pueden servir de referencia para delimitar hasta dónde se extiende la prohibición de las expresiones de odio del artículo 13(5). Pero es importante observar que la Corte Interamericana considera que las disposiciones sobre la libertad de expresión de la Convención Americana son más “generosas” que sus contrapartidas de la Convención Europea y el PIDCP. La Corte ha señalado que una comparación de los tres instrumentos demuestra 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.”⁶⁹⁵ Esta idea se puede apreciar, por ejemplo, comparando específicamente el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 10 de la Convención Europea: en tanto el artículo 13 contiene una enumeración específica de las excepciones a los principios generales establecidos en el primer inciso del artículo, el artículo 10 europeo es más general, y no contiene la prohibición casi absoluta de la censura del artículo.13

35. En consecuencia, la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea debe utilizarse, no como limitaciones a la libertad de expresión, sino como estándares mínimos.⁶⁹⁶ En este sentido, los principios de intención, contexto y causalidad podrían demostrar ser referencias útiles para interpretar el inciso 5 del artículo 13 y asegurar que el mismo no se aplique con demasiada amplitud. El sistema interamericano podría, por ejemplo, utilizar la distinción de la buena fe a que hace referencia la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea, que protege la propaganda de odio cuando su propósito es la investigación histórica o la divulgación de noticias y de información. La distinción que establece la Corte Europea entre el léxico que explica el terrorismo en contraposición con el léxico que promueve el terrorismo, también podría aplicarse al sistema interamericano. El contexto también es un aspecto importante en todo análisis de la expresión, dado que la misma frase puede tener dos significados en dos contextos diferentes –lo que puede ser benigno en tiempos de calma, por ejemplo, puede adquirir la condición de incitación en el contexto de una guerra civil. Por último, el elemento de causalidad también podría demostrar su utilidad: al igual que su contraparte de la Unión Europea y la ONU, el sistema interamericano podría hallar mérito en el argumento de que un vínculo directo entre el discurso y la violencia subsiguiente es innecesario para justificar las limitaciones a la libertad de expresión, dado que los efectos perjudiciales pueden proyectarse en el tiempo o ser indirectos.

46. Pero, al mismo tiempo, la Convención Americana diverge de la Convención Europea y del PIDCP en un aspecto clave, y esta diferencia limita la aplicación de la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea. El texto del artículo 13(5) examina las expresiones de odio que constituyen “incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ Opinión Consultiva OC-5/85, párr 50.

⁶⁹⁶ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003, OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70, rev. 2, 29 de diciembre de 2003, párr. 99.

similar.” Sugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción. La Convención Europea y el PIDCP, entretanto, no cuentan con un requisito tan delimitado. El PIDCP proscribe las expresiones que incitan a la “discriminación, hostilidad o violencia”, con lo que abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia. Entretanto, la Convención Europea admite condiciones y restricciones que sean “necesarias en una sociedad democrática” y enumera varios fines que pueden justificar estas restricciones, incluida la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública. El mayor alcance del PIDCP y de la Convención Europea demuestra la voluntad de estos dos sistemas de justificar las restricciones al discurso que no caben en la estrecha categoría de la Convención Americana de “incitación a una violencia ilegítima”. De ello se deriva que, en tanto la jurisprudencia de la ONU y de la Unión Europea pueden ser útiles para la definición de “incitación” y “violencia”, no todas las restricciones a la libertad de expresión dispuestas por la ONU y la Unión Europea quedarían comprendidas en el artículo 13(5) de la Convención Americana. Algunas de las decisiones pertinentes de la Unión Europea y de la ONU que restringen la expresión con base en razones de seguridad nacional podrían estar justificadas en el marco del artículo 13(2) de la Convención Americana, que admite restricciones basadas en la seguridad nacional y el mantenimiento del orden público.

CAPÍTULO VIII

CONSIDERACIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

1. Tal como lo han señalado los órganos del sistema interamericano reiteradamente, la libertad de expresión y el acceso a la información son fundamentales para las democracias en el hemisferio, pues éstas se nutren del libre debate de ideas y la más difundida circulación de informaciones y opiniones. El ejercicio de estos derechos son el escudo necesario para evitar la corrupción y asegurar la probidad de la función pública, así como la participación ciudadana y el progreso económico de los pueblos.

2. En junio de 2004, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la Declaración de Quito en la que resaltó el importante papel que desarrollan los medios de comunicación en el combate a la corrupción y reconoció “que el acceso a la información pública sustenta la transparencia gubernamental y contribuye a impedir la impunidad al permitir la detección de actos de corrupción”. Los Estados declarantes expresaron su compromiso de promover medidas adicionales para incrementar la transparencia gubernamental. Esta declaración se mantiene en la línea trazada por el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, que estableció la necesidad de que los Estados aseguren que los periodistas y los líderes de opinión tengan la libertad de investigar y publicar sin miedo a represalias, acoso o acciones vengativas.

3. No obstante, a pesar del apoyo reiterado a la necesidad de respetar y garantizar la libertad de expresión en hemisferio, esta libertad no puede considerarse, aún, como plena y libre de trabas. Este informe evidencia, una vez más, que los asesinatos y agresiones contra comunicadores sociales, así como el uso por parte de funcionarios públicos de leyes que penalizan la difamación, son mecanismos para silenciar la crítica que siguieron siendo usados en el 2004.

4. Durante los últimos años se han realizado referencias constantes sobre los beneficios del acceso a la información pública para una sociedad democrática. Esta idea fue respaldada, una vez más, por la Asamblea General de la OEA, en su resolución AG/RES 2057 (XXXIV-O/04), en la que se reiteró la exhortación a los Estados miembros a implementar las leyes u otras disposiciones que brinden a los ciudadanos un amplio acceso a la información pública⁶⁹⁷. Durante el 2004, dos Estados aprobaron leyes de acceso a la información pública y se recibió información de otros siete estados que analizan proyectos de ley en el mismo sentido.

5. Varios países del hemisferio aún mantienen vigentes las leyes de desacato (leyes que penalizan las expresiones ofensivas dirigidas a un funcionario público). Durante el 2004, se dieron avances importantes en este sentido en tres países del hemisferio, aún cuando no todos ellos alcanzan el pleno cumplimiento de los parámetros establecidos en los principios 10 y 11 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Por otra parte, y en forma paralela a los avances mencionados, se constata que en muchas ocasiones, los

⁶⁹⁷ OEA, Resolución 2057 (XXXIV-O/04), *Acceso a la Información: Fortalecimiento de la Democracia*, párr. 7, al que se puede acceder en:

<http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=../documents/eng/documents.asp>.