

REFLEXIONES SOBRE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD DE EXPRESIÓN LIBERTAD DE PENSAMIENTO

Laura Soley Gutiérrez¹

Primera parte

De la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

La normativa internacional y las Constituciones modernas sitúan en una posición privilegiada –entre los derechos fundamentales– a la libertad de expresión, la que se considera una de las libertades esenciales, así como una de las condiciones indispensables para el desarrollo de la persona humana en una sociedad democrática. Innegable es la proposición de que el ser humano es un ser social que necesita, por ello, comunicarse con sus pares. Hablando se realiza y se entiende la gente. La expresión es la manera que encuentran las personas para dar a conocer una idea, transmitir una información, alcanzar acuerdos con las demás personas o, simplemente, darse a entender.

La especial protección a la libertad de expresión responde a la concepción democrática de la libertad y la dignidad de la persona individual así como de la concepción democrática del poder que surge del espíritu filosófico del siglo XVIII que marca el final en Francia de “l’Ancien Régime” y se hace explícito en el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), según el cual:

La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

A partir de la Declaración de 1789, se gesta a nivel colectivo un consenso en la sociedad internacional sobre la preeminencia de la libertad de expresión que se erige como pilar fundamental de donde emanan las demás libertades públicas en una sociedad democrática. El reconocimiento de la libertad de expresión como elemento intrínseco de las democracias pluralistas y del Estado de derecho se refleja en plenitud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) del 10 de diciembre de 1948 que, en su artículo 19, indica que

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de

¹ .. Letrada de la Sala Constitucional

sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)-adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas- establece una definición similar de la libertad de expresión que contiene la DUDH y añade que el ejercicio de esta libertad entraña deberes y responsabilidades especiales; por consiguiente, podrá verse sujeto a ciertas restricciones que, en todo caso, deben estar expresamente fijadas por la ley y deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En similar sentido que en los textos comentados, pero añadiendo expresamente la prohibición total de la censura previa, se enuncia la libertad de pensamiento, información y de expresión en el primer párrafo del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante La Convención Americana o La Convención) –suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969–, como el derecho que 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. Se añade al enunciado la prohibición tajante y expresa de la censura previa –entendida esta como la limitación por parte del Estado, a través de cualquiera de sus órganos, del ejercicio en el futuro de la libertad de expresión–, quedando reducidas al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas que están sujetas únicamente a responsabilidades ulteriores en los supuestos expresamente fijadas en la ley y de manera restringida, cuando fueren necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas².

En este contexto, se consagra la libertad de expresión como derecho humano en el sistema interamericano y se afincan los estándares en que se fundamentan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) y que permiten orientar la promoción y garantizar la libertad de expresión que se erige (Gema Rosado, 2008, p. 1908):

² . El principio 5 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana enuncia la prohibición de la censura previa en las dimensiones de la libertad de expresión y libertad de información, quedando vedada cualquier intromisión en relación con cualquier expresión así como en relación con la circulación de la información. Dispone en su texto: “5 La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. En: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>

[...] en condición necesaria, imprescindible, sin aequa non, para enriquecer (desde el punto de vista individual) la formación de la opinión, y para estructurar (desde una perspectiva funcional, institucional), el sistema social y político, el orden democrático, en cuanto pilar del mismo y libertad presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales y libertades públicas, destacadamente los derechos de participación política en general, y el de sufragio en particular, habida cuenta la imbricación de estos derechos con el propio Estado democrático, desde su estructura, a su mantenimiento, funcionamiento y consolidación.

Las dos dimensiones (individual y social) de la libertad de expresión reconocidas en el sistema interamericano. En materia de libertad de expresión y libertad de información, la Convención Americana plantea una redacción sumamente garantista, tendiente a reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas y de la información. Veda la censura previa de modo expreso con una única excepción expresa contenida en el artículo 13.4 que se refiere a la posibilidad de los Estados de ejercer control preventivo al ejercicio de la libertad de expresión en relación con los espectáculos públicos, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de las personas menores de edad y una segunda excepción que se entiende de la redacción del artículo 27 del Pacto de San José que permite –en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte–, la suspensión temporal de ciertas garantías salvo las que están en la lista de los derechos inderogables del artículo 27.2 de la Convención.

Al no incluirse la libertad de expresión en este elenco de derechos inderogables contenidos en el punto 2 del artículo 27 de la Convención, se ha entendido que puede suspenderse la libertad de expresión, de modo temporal y en las circunstancias que indica el numeral 27 citado. La legitimidad de la suspensión de la libertad de expresión y de la libertad de información dependerá entonces del carácter, la intensidad y el particular contexto de la guerra, peligro público o situación de emergencia que amenacen la independencia o la seguridad del Estado parte, así como del examen de proporcionalidad de la medida restrictiva que veremos en la subsección siguiente.

La Corte, a través de su jurisprudencia y, en especial, por medio de la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de Noviembre de 1985 –en que más allá del tema consultado desarrolló las pautas y el marco de interpretación de la libertad de expresión que propone la Convención en su artículo 13– deja muy claro en su redacción que lo que se protege y garantiza es simultáneamente la libertad de expresión en sus dos dimensiones individual y social, lo que quiere señalar que, 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 personas destinatarias.

La Corte explica en esa sentencia que, 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. Esta perspectiva de la doble dimensión de la libertad de expresión garantiza fuertemente esta libertad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el tanto declara el carácter indivisible de la libertad de expresión y la difusión del pensamiento y de la información, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente y, en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente³.

La posición que asume la Corte tutela la libertad de expresión, pero sobre todo fortalece la libertad de la información, pues orienta a los Estados a garantizar plenamente el ejercicio de este derecho mediante la adopción de leyes que permitan el acceso a la información, así como también orienta la decisión de las personas juzgadoras en esta materia⁴; paso indispensable para hacer efectivo el respeto de esta libertad y mejorar las democracias en el continente americano⁴.

Reglas de Interpretación. La identificación de los contornos y límites de la libertad de expresión y de la libertad de información, amparada en la Convención, es necesaria para desentrañar el contenido sustancial de ese derecho y definir el ámbito necesario de conducta que el derecho protege y cuya trasgresión arriesgaría desnaturalizarlo. Tal precisión del núcleo esencial de estas libertades puede resultar útil para evitar que se obstruya el derecho fundamental más allá de sus fronteras y con ello evitar también a la persona legisladora, el riesgo de trasladar estas libertades de su privilegiada posición suprema y estable, a la dañosa pendiente de la ponderación con otros intereses protegidos.

³ . CIDH sentencia del 31 de agosto de 2004. Caso Ricardo Canese vs Paraguay “77. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

[...] ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

⁴ . Alfredo Chirino comenta que la inclusión de la garantía de acceso a la información en el contexto de la libertad de expresión constituye una de las relaciones más productivas que puede derivarse del texto del artículo 13 de la Convención Americana, y quizá la más importante de cara a una sociedad de la información, como lo es la del siglo XXI. (Chirino Sánchez A., 2005, p. 183).

4. En el mismo sentido que asegura la Corte Interamericana, en sentencia 2002-03074 de abril del 2002, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica define la libertad de información como: “III [...] uno de los derechos del ser humano y está referido a una libertad pública individual cuyo respeto debe ser propiciado por el propio Estado. Este derecho, es a la vez, un derecho social cuya tutela, ejercicio y respeto se hace indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas y pueda así participar en la toma de decisiones que afectan a la colectividad. En ese sentido, es un derecho humano inalienable e indispensable en la medida en que se parte de que información significa participación. De esta manera, si la información es requisito para que el ciudadano individualmente considerado adopte decisiones, informar, a la vez, es promover la participación ciudadana. El derecho de la información distingue tres facultades esenciales de quienes lo ejercen: la facultad de recibir, la facultad de investigar y la facultad de difundir informaciones. La facultad de recibir información se refiere principalmente a la obtención, recepción y difusión de noticias o informaciones, las cuales deben referirse a hechos con trascendencia pública y ser conformes con la realidad, asequible por igual a todos, debiendo referirse a hechos relevantes cuyo conocimiento esté dirigido a formar opinión y a fomentar la participación del ciudadano, siendo requisito esencial que la información sea completa y veraz. La segunda facultad se refiere a la posibilidad de investigación, es decir, al libre y directo acceso a las fuentes de información. Por último está la facultad de difundir, que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones; facultad que sólo puede ejecutarse en sentido positivo pues no se contempla la posibilidad de “no difundir” informaciones o noticias. Ahora bien, el derecho a la información como tal, está compuesto por dos vertientes o dimensiones: una activa que permite la comunicación de informaciones y otra pasiva que se refiere al derecho de todo individuo o persona, sin ningún tipo de discriminación, a recibir información; información que, en todo caso, deberá ser veraz y que puede ser transmitida por cualquier medio de difusión [...] IV [...], tiene un carácter preferente al considerarse que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre; garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públicos, ha de ser informado ampliamente de modo que pueda formar opiniones, incluso contrapuestas, y participar responsablemente en los asuntos públicos. Desde esta perspectiva, el derecho a la información no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político y por ende, de naturaleza colectiva. En ese sentido, la opinión pública libre es contraria a la manipulación de la información, con lo cual, el ciudadano tiene el derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee pues en el momento en que cualquiera de las informaciones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o la causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho de recibir. El derecho a ser informado es público por cuanto exige la intervención del Estado y es un derecho subjetivo por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en la organización de la sociedad. A su vez, existe un deber de los entes públicos a facilitar la información y para ello, deberán dar facilidades y eliminar los obstáculos existentes. Los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información y por ende, tienen igualmente el derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fielmente posible. El objeto del derecho a la información es la noticia y por tal se ha de entender aquellos hechos verdaderos que puedan encerrar una trascendencia pública”.

Para lograr determinar el núcleo del derecho que se protege, es necesario referirse a las reglas o pautas de interpretación avaladas por la Corte, como intérprete de la Convención y que garantizan el respeto del contenido esencial del derecho en tanto su observancia evita

el peligro de relativizar estas libertades y terminar en excepciones cada vez más desproporcionadas en relación con la libertad fundamental que se sacrifica.

A. De la regla hermenéutica de favorabilidad o interpretación restrictiva. Para esclarecer el contenido esencial de la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención, es necesario remitirse a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, como órgano autorizado para interpretar la Convención. Un primer paso será analizar las pautas de interpretación de la libertad de expresión y de la información en relación con las que la Corte —en Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985—, ha dejado claro que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas, lo que supone una regla hermenéutica de favorabilidad⁵. En esa línea, indica que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados y que, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (punto 52 OC-5/85)⁶.

En segundo lugar, es importante comentar que la Corte opta por citar qué es lesivo de la libertad de expresión mediante la enumeración de una serie de hipótesis que califica de más graves o de violación radical a la libertad de expresión en su doble dimensión: entendido como el derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar bien informados. Dentro del catálogo de violaciones más graves o radicales, la Corte señala (punto 54 OC-5/85):

[c]uando, 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

⁵ . El principio de interpretación favorable es desarrollado en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1319/01-7 de diciembre de 2001 que determina los criterios a los que debe recurrir el juez constitucional al analizar la legitimidad de las restricciones a la libertad de opinión para armonizar su ejercicio con otros derechos. En el punto 12 señala que en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Afín al razonamiento que sigue la Corte Constitucional de Colombia, en Costa Rica los instrumentos de derechos humanos vigentes en este país, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución. (Vid. sentencia n.º 3435-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y su aclaración, n.º 5759-93).

⁶ . Vale comentar en este punto que la Corte menciona como condición que el derecho esté mejor y más ampliamente protegido en un tratado internacional. No condiciona la Corte a que sea un tratado de derechos humanos, lo que permitiría dar más valor a normas más favorables que estén en tratados de otra naturaleza frente a la propia Convención.

condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental.

Además, expone como ejemplos que resultan lesivos del artículo 13 de la Convención, (punto 55 OC-5/85): *todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.*

En su listado de restricciones ilegítimas a la libertad de expresión y de información, incluye también aquellas relacionadas directamente con los medios masivos de comunicación (punto 56 OC-5/85): «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”», lo que es susceptible de configurarse aun sin la intervención directa de la acción estatal.

No se detiene la Corte en su opinión al definir el núcleo esencial del derecho de libertad de expresión, sino que introduce supuestos o hipótesis que lo vulneran. En cuanto al tema del pluralismo informativo, si bien este no era tema a analizar en esta consulta planteada por el Gobierno de Costa Rica, cuya discusión se limitaba a si la colegiación obligatoria de los y las periodistas se ajustaba o no a la Convención, resulta de suma relevancia que la Corte, en su opinión consultiva, se haya referido a este tema por la obvia importancia de esta materia en los contenidos de los medios en una democracia.

En efecto, el pluralismo informativo es sin duda un requisito básico y necesario para la conformación de una opinión pública bien informada, y la referencia que se hace en el fallo en cuanto a la violación de la libertad de expresión que provocan las situaciones monopolísticas y oligopolísticas del mercado –en tanto condicionan la información ofrecida al público– asegura y afianza la libertad de expresión e información en el contexto de la sociedad actual de la información y apunta a la exigencia de la existencia de una oferta mediática plural real y efectiva⁷.

Sobre el particular afirma Rodríguez Pardo (2007, p. 18) que:

La consecuencia de un grado óptimo de pluralismo informativo debe entenderse en su íntima vinculación con una praxis

⁷ . El artículo 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana establece 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 a la información de los ciudadanos. Aclara que: “En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos”.

saludable del derecho a recibir información, esto es, la difusión y posterior recepción de una información plural e ideológicamente diferente o variada; de ahí que la elaboración y aprobación de las denominadas leyes anticoncentración constituya un asunto que sobrepasa con mucho el ámbito estrictamente mercantil, para adentrarse en otros ámbitos como es el iusinformativo; especialmente, si tenemos en cuenta, que no se puede considerar la información como cualquier otro bien o servicio disponible en el mercado [...].

A la luz de las consideraciones expuestas en relación con la opinión consultiva comentada, para determinar si una restricción resulta violatoria o no del contenido esencial del derecho de las libertades de expresión y de la información consagradas en la Convención, resulta necesario examinar si cabe en uno de los supuestos mencionados en las sentencias de la Corte que acabamos de comentar o si supera los siguientes requisitos o pautas de referencia dictadas en las decisiones de la Corte, a saber (punto 39 OC-5/85): i) si hay causales de responsabilidad previamente establecidas; ii) la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; iii) la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y iv) que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar los mencionados fines”.

Asimismo, para determinar la necesidad de la limitación, el o la intérprete debe determinar la restricción en el contexto de las normas de interpretación de los artículos 29⁹ y 32.2¹⁰ de la Convención, y deberá también analizar si los fines que se persiguen a expensas de la libertad que se sacrifica se encuentran realmente vinculados con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.

De la opinión consultiva se desprende una definición de la libertad de expresión, pero no una noción precisa que satisfaga los criterios de definición de lo que es el contenido esencial de la libertad de expresión, máxime que como vimos, esta puede ser suspendida temporalmente en los términos del artículo 27 de la Convención.

Lo que sí podemos afirmar es que el núcleo esencial de la libertad de expresión estará siempre resguardado indirectamente por la regla de interpretación restrictiva o de favorabilidad, de las pautas de referencia enunciadas que establece la Corte y que sugieren un examen de proporcionalidad, el cual es una exigencia común y constante para la legitimidad de cualquier medida restrictiva de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

B.- Del examen de proporcionalidad. En relación con el examen de legitimidad de la restricción a la libertad de expresión (punto 39 OC-5/85), la Corte ha establecido que debe comprobarse si esta supera el juicio de proporcionalidad lo que se logra al constatar que el fin que persigue la disposición restrictiva es convencionalmente válido y legítimo¹¹ y si tal

medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)¹². La medida es necesaria

[...] en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad). Finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido escrito). (Montañés Pardo, 2006).

9. Convención Americana. Artículo 29 Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. 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.

10. 32.2 Convención Americana. “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”.

11. Así lo hizo la Corte en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Apartado 132.

12. En relación con el juicio de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en la Observación General n.º 27 que: 14. [...] no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

En caso de duda en relación con este examen, el o la intérprete deberá guiarse por la regla de la favorabilidad y el principio pro libertatis, pues lo excepcional ha de ser la restricción y, por ello, su implementación debe poder justificarse sin margen de duda. Una posición contraria supone una limitación excesiva de la libertad de expresión y por ello contraria a la Convención.

Del método de interpretación descrito, se infiere que una limitación a la libertad de expresión es válida a la luz de la Convención, si esta además de estar comprendida en los supuestos que enumera su artículo 13.2, es necesaria, atiende un fin legítimo y responde al juicio de proporcionalidad que proponen las pautas de interpretación. Estos aspectos en suma deben responder a los criterios hermenéuticos de favorabilidad o de interpretación restrictiva, del Estado social de derecho y de la razón justificativa de la excepción.

C. Criterio de censura. En distintas ocasiones, la Corte ha declarado la violación a la libertad de expresión de parte de los Estados por limitar de modo ilegítimo el ejercicio de ese derecho imponiendo criterios de censura. Buen ejemplo del modelo asumido por la Corte resulta el caso conocido como “La última tentación de Cristo” del 2001, el cual se originó en una denuncia como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película de ese nombre. Esta prohibición de la proyección se basó en la supuesta defensa del derecho al honor y a la reputación de Jesucristo. En ese asunto, la Corte acogió la pretensión de la Comisión Interamericana al observar que el Estado denunciado, contrario al principio del *“effet utile”*, según el cual los Estados parte deben adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno para garantizar la libertad de expresión y la libertad de información, tal como lo dicta el artículo 2 de la Convención, mantenía vigente una norma de rango constitucional que contemplaba la censura en la exhibición y publicidad de producciones cinematográficas.

A la Corte le bastó advertir la omisión legislativa de derogar toda norma que permitiera la censura previa de la libertad de expresión y sostuvo que, a pesar de los esfuerzos del Gobierno chileno que presentó, en abril de 1997, al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica, lo que permitiría adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión; al 05 de febrero de 2001 cuando se dictó la sentencia, tal modificación no había aún sido adoptada.

Además, la Corte estimó que al censurar la autoridad judicial la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, se violentó también el artículo 13 de la Convención y se generó la responsabilidad internacional del Estado de Chile, en virtud de que el artículo 19 número 12 de su Constitución establecía la censura previa en la producción cinematográfica⁸.

Puede entonces afirmarse que en el sistema interamericano la libertad de expresión contiene la de emitir opiniones y de informar sin censura previa, lo que se extiende a las expresiones de carácter cultural y artístico e, incluye, las películas de televisión, cintas

⁸. “86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención”. CIDH sentencia de 05 de febrero de 2001, Caso “Olmedo Bustos vs Chile”.

cinematográficas así como también cualquiera otra expresión humana que se manifieste por cualquier otro medio, por ejemplo: Internet, correo electrónico, páginas web, módem, formatos de archivo, foros de discusión, chats, cibercomunidades, medios virtuales, hipertextos, portales o cualquiera otra que introduzca la tecnología en la actual sociedad de la información.

Posición prevalente de la libertad de prensa

En la sentencia del 06 de febrero de 2001, la Corte resolvió el caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú, donde en relación con la prohibición de la censura del ejercicio de la libertad de expresión y libertad de información, declaró fundamental que los periodistas y comunicadores que laboraban en los medios gozaran de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que eran ellos quienes mantenían informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta gozara de una plena libertad.

La Corte declaró que el Estado demandado lesionó entre otros, la libertad de expresión y de información en su doble dimensión, pues quedó debidamente demostrado que el ofendido fue objeto de acciones intimidatorias de diverso tipo, incluyendo la posibilidad de cancelarle la nacionalidad peruana. Así también se le separó del control del Canal 2 que dirigía. Estos actos ilegítimos restringieron el derecho a circular noticias, ideas y opiniones, lo que afectó también la otra dimensión de la libertad que era el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.

De los casos comentados, se constata de manera clara y contundente el esfuerzo de las personas juzgadoras de la Corte Interamericana por hacer respetar la libertad de expresión y de información contenidas en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio en el hemisferio, sin más límites que los establecidos en ese cuerpo normativo y con la prohibición absoluta de la censura previa⁹.

Esta posición favorece y da un sitio prevalente a la libertad de prensa, lo que tiende a garantizar una opinión pública libre, sin presiones, en una sociedad donde la libertad de expresión de los pensamientos y de las ideas, así como la difusión de las noticias son requisitos indispensables de esa opinión libre¹⁰.

⁹. Salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 del artículo 13 de la Convención referentes a los espectáculos públicos.

¹⁰. Por sentencia número 2008-9485 de las 9:53 horas del 06 de junio de 2008, la Sala Constitucional de Costa Rica dispuso en relación con la importancia de la función de la prensa y medios de comunicación en general que: «Hoy día es claro que la libertad de información logra su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales en esa ciencia a través de la prensa, por referirse a asuntos de interés general y ser formadora de opinión. De ahí que tanto la información como las expresiones que sean necesarias para la exposición de hechos y opiniones de interés público, se encuentran protegidas en el derecho fundamental a la libertad de expresión». Considerando V (expediente 08-002930-0007-CO).

Del derecho a inmiscuirse en asuntos públicos

A la luz de la normativa de la Convención, la Corte Interamericana ha declarado –a través de sus sentencias– el derecho a inmiscuirse en todo asunto público y también en el marco de contienda electoral. En ese sentido, la Corte señaló, por sentencia del 31 de agosto de 2004 (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Apartado 88):

[...] en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y 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 gestión.

En este asunto, la Corte hizo un análisis de su jurisprudencia en cuanto interpreta de modo auténtico el artículo 13 de la Convención, y también se apoyó en sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y en los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas relacionados con la libertad de expresión. La Corte destacó la coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y la dinámica de una sociedad democrática.

La remisión a las fuentes de derecho internacionales le permitió reafirmar su posición de que, en el marco de la contienda electoral, debe permitirse la difusión de la información respecto de todos los candidatos, incluidos los adversarios y, por otra parte, fomentar el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República Asimismo destacó que el

control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Apartado 97).

Segunda Parte: Restricciones legales a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos

Para garantizar el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión, el Estado o el poder público no solo debe abstenerse de entorpecer su ejercicio, sino debe favorecer la promoción de las condiciones idóneas para el efectivo disfrute del derecho y dar la protección legal frente a las agresiones que no podrían provenir de la acción estatal. Para ello, los Estados deben adoptar las disposiciones necesarias para adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que el derecho a la libertad de expresión y todos los demás derechos y libertades contenidos en ella tengan plena validez y aplicación (artículos 1 y 2 de la Convención).

Para abordar el tema de las restricciones a la libertad de expresión que admite la Convención, es necesario enfatizar que los derechos que se reconocen en los textos supranacionales contemplan –como también lo hacen las Constituciones en relación con los derechos fundamentales–, la posibilidad de que encuentren algunas limitaciones. La Convención señala como límites a la libertad de expresión las responsabilidades ulteriores contenidas en normas de rango de ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de las demás personas o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, la regulación del acceso de las personas menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones en opinión de la Comisión Interamericana (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile)

no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención.

Fuera de estos límites, no se puede en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, someter la libertad de expresión.

De las limitaciones a la libertad de expresión en el ámbito penal

*En nuestro sistema de derecho,
[e]l aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado –la sociedad, mejor todavía–, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que*

atentan gravemente –muy gravemente– contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes¹¹.

Corresponde al sector de lo penal proteger subsidiariamente los bienes fundamentales y sancionar los comportamientos intolerables cuando no hay mejor remedio para prevenirlos.

Sin pretender juzgar la pertinencia o la suficiencia de la normativa penal en cuanto a este tema, para este estudio me limitaré a citar la normativa costarricense en cuanto a los delitos que se producen por exceso en el ejercicio de las libertades de expresión y de información y que se produce genéricamente a través de los tipos de coacción (art. 193 CP) y amenazas agravadas (art. 195C.P.) que tratan de preservar la libertad de determinación, en la adopción de decisiones y en la ejecución de las mismas, respectivamente.

Por medio de la expresión, se puede lesionar la intimidad ajena a través de su revelación y divulgación de secretos (art. 203 CP), también cauce de lesión del honor ajeno son las injurias (art. 145 CP), la difamación (arts. 146 y 153 CP) y las calumnias (art. 147), así como la publicación de ofensas (art. 152 CP). En un plano análogo a este, pero de destinatario colectivo, mediante los actos de habla cabe turbar o hacer escarnio de los sentimientos religiosos (art. 206 CP). En otro orden, también puede un acto comunicativo, perturbar la administración de la justicia a través de un testimonio falso (art. 316 CP), de una acusación o querrela falsa, de la denuncia de una infracción inexistente (art. 319 CP) o de la afirmación falsa de que se ha cometido un delito de acción pública (art. 320 CP).

Así como más recientemente se adoptó la figura de la divulgación de información confidencial relacionada con personas sujetas a medidas de protección en el programa de víctimas y testigos (art. 325 bis CP). La normativa penal de Costa Rica contempla otros delitos de expresión que consisten en animar, convencer o instigar a otras personas para que delinquen lo que puede perturbar la tranquilidad pública: tal es el delito de instigación pública (art. 273 CP).

Se castiga penalmente también el acto de infundir un temor público o suscitar desórdenes o generar alarma, amenazar con un desastre de peligro común que configure intimidación pública (art. 275 CP), la apología (art. 276 CP) y la discriminación (art. 373 CP).

Por sus negativos e impactantes efectos en la sociedad moderna, con mayor severidad que los anteriores supuestos, la ley penal reprime la proposición, provocación o conspiración para cometer cualquier acto terrorista, con penas que llegan hasta diez años de prisión para quien: “[...] en cualquier forma, incite a otros a cometer cualquier acto terrorista, sin importar en la fase de ejecución que participe”. (Art. 274 bis CP).

¹¹ . CIDH caso Herrera vs Costa Rica, Sentencia de 02 de julio de 2004.

Por otro lado, la divulgación de hechos mortificantes constituye contravención contra el honor, así sean ciertos (art. 381 CP) y la incitación al odio contra determinada persona o institución perturba la tranquilidad y el orden público (art. 389 CP). Es necesario indicar que en el ámbito de la Propiedad Intelectual, la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (LPODPI) prevé sanciones de cárcel para las personas infractoras que comuniquen sin autorización obras literarias o artísticas protegidas, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras, en tal forma que los y las miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento en que ellos elijan, sin autorización del autor, el titular o el representante del derecho (art. 51 LPODPI), lo que constituye una limitación a la libertad de expresión.

Llegado a esta punto, lo que se puede constatar con la enunciación de las figuras delictivas que castigan algún tipo de comunicación es que en el ordenamiento interno costarricense, la libertad de expresión no puede entenderse ilimitada o de carácter absoluto, lo que resulta acorde con la postura según la cual la libertad de expresión no comporta un supuesto derecho para insultar a otras personas a través de las opiniones o para perturbar la tranquilidad pública. Tales intromisiones resultan dañinas y atentatorias para el honor o la intimidad de las personas en unos casos y para la paz social en otros.

No obstante, si bien he insistido en que no es la intención de este artículo analizar los supuestos en que el ejercicio de la libertad de expresión lesiona otros derechos o bienes jurídicamente tutelados en el sistema penal costarricense, no puedo dejar de mencionar que citarlos resulta útil para plantearnos la inquietud en cuanto a si alguna de estas figuras, más que proteger otros bienes jurídicos, no estará perniciosamente debilitando las libertades comunicativas, pues debe tomarse en cuenta que la posible aplicación de sanciones penales, como consecuencia de algunas determinadas expresiones, podría constituir un método pesado y gravoso que restringe, más allá de los límites deseables, la libertad de expresión.

Parece útil abrir un espacio a la reflexión que lleve a ponderar la necesidad de la preponderancia que goza el régimen penal contra los actos de expresión o si, por el contrario, se debe moderar el aparato punitivo y optar por soluciones menos gravosas, pues de toda suerte, como afirmaba Rawls, *“las instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles o inestables como para ser barridas sólo por la expresión subversiva”*. (Rawls, 1990, p. 96).

No se ha adoptado la figura penal de censura previa en legislación interna de Costa Rica

Del lado del amparo o de la garantía de la libertad de expresión en el ámbito penal, cabe preguntarse si se protege a la persona comunicadora de la censura previa de la información. Resulta extraño a la prohibición de la censura previa del artículo 29 de la Constitución Política de Costa Rica, el cual establece el derecho de comunicar pensamientos de palabra

o por escrito, y publicarlos sin previa censura, así como a la posición de la jurisprudencia desarrollada en el marco del sistema interamericano de derechos humanos de protección de la libertad de expresión que prohíbe de manera absoluta la censura previa, que no se encuentre una norma de carácter penal en el ordenamiento costarricense que sancione a quienes lesionan la libertad de prensa en lo particular y la de expresión en general.

El vacío normativo en esta materia lleva admitir con pena que la tutela que ofrece la normativa penal es insuficiente para garantizar la libertad de expresión reconocida como puerta y vehículo de acceso a todos los demás derechos y libertades fundamentales¹⁷, pues si bien el derecho penal aparece como el medio de control más duro y a este se debe recurrir cuando los demás medios para solucionar el problema han fracasado (*última ratio*), no puede obviarse que la garantía del derecho humano a las libertades de expresión y de comunicación constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, a la que se le ha dedicado una posición preferente respecto de otros derechos humanos, y como tal no sobra ningún esfuerzo para su preservación¹⁸.

Por ello resulta necesario apuntar que frente a uno de los peores ataques contra su ejercicio, como lo sería la censura previa, falta en el ordenamiento penal interno costarricense una figura que prevenga y sancione —ya sea con prisión o con pena de inhabilitación— la censura previa por cualquier autoridad pública¹⁹.

A modo de ejemplo, España castiga con la pena de inhabilitación la censura previa en los casos que prevé el artículo 538 de su Código Penal, contenido en el Título XXI “Delitos contra la Constitución” dedicado a las infracciones penales cometidas por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales²⁰. Esta disposición garantiza en buena medida la prohibición de la censura de la difusión de ideas y manifestaciones de las personas comunicadoras en particular.

De las limitaciones a la libertad de expresión en el derecho penal, para finalizar este tema debo indicar que resultaría acorde con la tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana y en armonía con el artículo 13 citado de la Convención Americana, adoptar en el ordenamiento interno una figura penal que prohíba la censura previa. Así como también resultaría prudente analizar con atención y mentalidad restrictiva los tipos penales vigentes que limitan la libertad de expresión y la libertad de información.

De la prueba de la verdad

En el contexto de garantía máxima de las libertades de expresión y de información que se promueve en el régimen interamericano, la Corte analizó la figura de la prueba de la verdad, conocida como *exceptio veritatis* y que obliga al o a la periodista a probar ante autoridad jurisdiccional competente que los hechos por él o ella publicados corresponden a la verdad. Con este instituto advirtió la Corte —en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*—, se invierte la

carga de la prueba, pues es el o la periodista y no la persona querellante, quien estima lesionado su honor, el que debe demostrar la veracidad de la información²¹.

En efecto, en el caso *Herrera vs. Costa Rica*,²² la Corte Interamericana tiene por demostrado que el señor Herrera Ulloa es un periodista que expresa hechos u opiniones de interés público, y que la exigencia de la prueba de la verdad por parte de los tribunales de justicia costarricenses –al estimar que no logró demostrar la

17. Así es definida la libertad de expresión en la sentencia 4129-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la cual se analiza la propaganda electoral a la luz de la Constitución Política y del 13 de la Convención Americana.

18. Para Rawls “las instituciones básicas de una sociedad democrática moderadamente bien gobernada no son tan frágiles o inestables como para ser barridas sólo por la expresión subversiva”. (Rawls, 1990, p. 92).

19. En Costa Rica ha sido en el ámbito de lo constitucional donde se ha desarrollado jurisprudencia en relación con el tema de la censura previa. Así por ejemplo, en la sentencia 02-008586 del 04 de setiembre de 2002, analizó algunos artículos de la Ley General de Espectáculos Públicos, Materiales Audiovisuales e Impreso y reiteró –a la luz de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Convención que la protección de la niñez costarricense configura el eje fundamental del accionar estatal a través de diversos instrumentos jurídicos, lo que justifica la intervención del Estado de regular, no de prohibir, el acceso a las cintas o películas que se exhiben por televisión, en aras de proteger la salud psicológica de los menores de edad en particular. (En el mismo sentido ver sentencias de la Sala Constitucional número 0682-95 0770-96, 6519-96).

20. Código Penal de España. “Artículo 538. La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años”. www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm

veracidad de la información y como consecuencia le condenó en lo penal al declararlo autor responsable del delito de publicación de ofensa en la modalidad de difamación–, entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, contraria con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención.

En el razonamiento por el fondo alude la Corte en la sentencia del 2004 a la doble dimensión de la libertad de expresión, así como también cita lo expresado en la Opinión Consultiva OC-5/85, en cuanto se refiere a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión.

La Corte describe el importante rol que juegan los medios como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión y transcribe parte de una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en que se exalta la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, a la cual califica como [...] uno de los pilares esenciales

de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo [...].

Lo anterior coincide con la posición asumida tanto en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos, como en el universal (al efecto menciona la Corte en la sentencia lo expresado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos así como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) para concluir que

[...] es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca [...].

Como ya lo había hecho en anteriores sentencias, en esta la Corte también se apoya en la posición asumida sobre el tema por la Corte Europea de Derechos Humanos para fundamentar su decisión e indica que se ha establecido un umbral distinto respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, cuando el objeto de la expresión se refiere a una persona pública, y ha sostenido que

[...] la libertad de expresión e información [...] debe entenderse no solo a la información de ideas favorables, consideradas como inofensivas e indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes e perturben [...]; lo que permite destacar una tendencia asentada a tomar en cuenta jurisprudencia de otros órganos supranacionales y procurar un diálogo jurisprudencial de derecho internacional de derechos humanos.

En relación con el instituto de la prueba de la verdad resuelve la Corte Interamericana que la exigencia que esta ordena en el caso del periodista en particular, no solo produce un efecto disuasivo en su caso –pues quien se ve condenado por el delito contra el honor se va a autolimitar en el ejercicio de la libertad de expresión en relación con el sujeto que fuera objeto de la noticia y que lo denunció en la vía penal–, sino que tiene efectos silenciadores sobre el gremio de periodistas a la que pertenece el profesional.

21. En el Código de Costa Rica se contempla la figura de la prueba de la verdad en el artículo 149 ubicado en el Título II dedicado a los delitos contra el honor.

22. CIDH. Caso Herrera vs. Costa Rica. Sentencia del 02 de julio de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

Véase que en la sentencia que se comenta, la Corte califica el acto jurisdiccional en este caso como atemorizador e inhibidor [...] sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad [...] (133). Esta posición se apoya en lo señalado por la Corte Europea, según la cual:

[...] El castigar a un periodista por asistir en la diseminación de las aseveraciones realizadas por otra persona amenazaría seriamente la contribución de la prensa en la discusión de temas de interés público [...].

En el punto 195 de la sentencia, la Corte deja sin efecto la resolución del 12 de noviembre de 1999 del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que condenaba penalmente al señor Mauricio Herrera Ulloa, y en cuanto a la violación de la libertad de expresión, remite a lo ya indicado en el punto 132 donde afirma que el juzgador costarricense no aceptó la excepción mencionada, porque el periodista no había probado la veracidad de los hechos de que daban cuenta las publicaciones europeas. Esta exigencia entraña una limitación excesiva a la libertad de expresión, de manera inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención.

Del análisis de la sentencia Herrera vs. Costa Rica en cuanto a la exceptio veritatis, parece claro que la Corte desaprueba no solo la aplicación de la figura de la prueba de la verdad en el caso particular del señor Herrera, sino también la figura de la prueba de la verdad en sí misma y que contiene la legislación penal de Costa Rica. Además, estima que constituye un límite excesivo al ejercicio de la libertad de expresión. No obstante, queda la duda, pues en su parte dispositiva, no declara la Corte que el artículo 149 del Código Penal que recoge la exceptio veritatis sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como sí lo ha hecho en otros casos donde cuestiona no solo el acto sino también anula la norma que lo permite¹².

Justamente, en la sentencia que resuelve el caso del periodista, la Corte no deja sin efectos jurídicos la norma, razón por la que puede interpretarse válidamente que lo que estimó contrario a la Convención no es el texto normativo que establece la prueba de la verdad, sino su interpretación y aplicación que hicieron las personas juzgadoras del instituto legal en el caso particular donde se invirtió la carga de la prueba, trasladándola de quien acusa a la persona acusada, lo que es contrario al principio de inocencia.

Es importante también reiterar que la Corte adopta una posición afín a la asumida por la Corte Europea, la cual tiende a exponer más a la opinión pública a la funcionaria o al funcionario público, y parte de que la represión penal en materia de libertad de prensa es pernicioso en una sociedad democrática. Consecuente con lo resuelto por la Corte, una

¹² . En la sentencia que resuelve el caso Barrios Altos Vs. Perú de 14 de marzo de 2001, la Corte decidió por unanimidad en el punto 4. DECLARAR que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

posición contraria y de corte restrictivo de la libertad de prensa llevaría a amenazar el ejercicio libre de las personas informadoras en detrimento de su libertad de expresión y de la libertad de todas las personas a estar informadas.

A esta altura, cabe preguntarse, en torno a la sentencia del caso Herrera vs Costa Rica, si la posición preferente de la libertad de información lo torna en un derecho absoluto que permite a los y las periodistas decir o expresarse en asuntos de interés público sin responsabilidad penal alguna. Debe cuestionarse si se dejan vacíos de contenido los derechos al honor y a la intimidad de las personas sobre las que versa la información.

La pregunta resulta válida en tanto en la sentencia Herrera vs Costa Rica la Corte, si bien expresa su rechazo a la imposición de medidas sancionatorias penales como reacción al ejercicio de la libertad de prensa, no desarrolla en su análisis de fondo la condición de veracidad de la información exigible a las personas comunicadoras, a pesar de que tanto la Comisión como la defensa del periodista expusieron en sus informes de manera amplia, algunos estándares de interpretación, aceptados en otros países, encaminados a sentar las responsabilidades de las personas comunicadoras por la difusión de información de hechos falsos¹³.

De la doctrina de la diligencia de la información y de la real malicia¹⁴

Los medios de comunicación se dedican a elaborar noticias y llevar información, actividad que –en la sociedad de la información donde vivimos–, es susceptible de captar la atención de toda persona, en cualquier rincón del planeta. En las últimas décadas principalmente, la realidad tecnológica ha venido a transformar no solo el ejercicio de la libertad de expresión, sino también el de la información, pues ha permitido a la ciudadanía estar informada –esté donde se esté y de manera instantánea–, en el momento mismo en que se origina el hecho de la información.

La cercanía de los medios de comunicación con las personas destinatarias de la información es lo que hace que aquellos ejerzan una influencia directa sobre los más diversos sectores de la sociedad, y que la información que brindan sea determinante en la configuración de la opinión pública.

¹³ . En el caso Herrera vs Costa Rica, tanto la Comisión como la defensa del periodista Herrera citaron en los informes rendidos a la Corte las doctrinas de la real malicia y reporte fiel que son mecanismos ya probados por la jurisprudencia norteamericana y que han sido asumidos de manera sistemática por los europeos como exigencias válidas y proporcionadas de los comunicadores.

¹⁴ . A State cannot under the First and Fourteenth Amendments award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice” –that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false NEW YORK TIMES CO. v. SULLIVAN, 376 U.S. 254 (1964) <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=376&invol=254>.

Innegable es que el ejercicio permanente de la libertad de expresión, de modo continuo y profesional, que es como lo deben hacer los medios de comunicación, los sitúa en una posición de privilegio en la determinación de cómo piensan y qué piensan las demás personas¹⁵. Esta postura prevalente de los medios de comunicación en la sociedad ha llevado a incursionar en la elaboración de mecanismos de contrapeso contra los posibles abusos¹⁶ en el ejercicio de la libertad de información por parte de las personas comunicadoras.

Parte de las exigencias a las personas comunicadoras o periodistas –que se dedican a informar por medios de comunicación con alcance masivo– es la de la certeza de la información, que se entiende y justifica desde la doble perspectiva de la persona espectadora pasiva –que recibe la información y que no se sabe si lo que se expresa es real y cierto– así como desde la óptica de la persona que es objeto del hecho noticioso, a quien interesará poder exigir, en distinto grado si es una persona particular o un personaje público²⁸, que la información sea por un lado cierta y, por otro, necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

En cuanto a la exigencia de la veracidad del contenido informativo, la doctrina europea²⁹ establece el deber de los y las periodistas de comprobar que lo que informan es cierto (teoría alemana de la diligencia de la comprobación); certeza no referida a la concordancia con la realidad fáctica, sino en el sentido de que el o la periodista ha sido diligente en la averiguación de los hechos noticiosos que difunde.

Tales criterios de diligencia y cuidado buscan que el contenido del hecho noticioso haya sido contrastado con fuentes informativas válidas. El o la informante ha debido realizar oportunas averiguaciones sobre los hechos que da a conocer, de modo que aun en el caso en que la información difundida resulte errónea o inexacta, esta ha sido lo suficientemente comprobada³⁰. La posición anterior permite proteger bajo la sombrilla de la veracidad no solo la información que resulte veraz, consonante con la realidad, sino también aquella que pueda no serlo, y que aun pueda calificarse de errónea, ya que lo que se exige a la persona comunicadora es haber cumplido su tarea de averiguación de la información, de manera diligente y de buena fe³¹.

Pero no todo tipo de información inexacta puede entenderse protegida por la libertad de prensa y no podría pretender ampararse bajo la libertad de expresión quien, a sabiendas, menosprecie la verdad y dé a conocer información que sabe que es falsa o que no se ha dado a la tarea de confrontar con la realidad.

¹⁵ . Sobre el poder de las plataformas multimedias en relación con el derecho a la información. **Manuel Núñez Encabo** (2008, p. 861-886) y **Howard Zinn**, (2004). (Consultado el 08 septiembre de 2009).

¹⁶ . Abuso entendido no como exceso en el ejercicio del derecho de comunicar noticias o informar, pues no existe límite cuantitativo para ejercer el derecho en total libertad, sino en el sentido que se extralimitan las fronteras de la libertad de expresión, cayendo en alguna de las restricciones impuestas en la ley.

Por consiguiente, queda fuera de la protección aquella información inexacta o falsa que se ha obtenido y difundido con el propósito de dañar el honor ajeno y de defraudar el derecho de todas las personas a recibir información veraz. Esta posición se conoce como la teoría de real malicia que permite a la persona querellante —que se estima afectada en su honor— demostrar, ante la autoridad jurisdiccional que la persona comunicadora actuó de modo negligente, por basar su información en simples rumores, o bien porque sabía que la expresión contenía hechos falsos. Todo lo cual deja al descubierto el ánimo de afectar el honor de la persona aludida. VILLALOBOS JIMÉNEZ comenta que la exigencia de la veracidad, impone en todo caso la verdad subjetiva y no la objetiva. «No se requiere una certeza absoluta de la veracidad en el momento de comunicar la información, porque tan exacerbada exigencia entrañaría el riesgo de ahogar la libertad de información». (Villalobos Jiménez, A., 2004, p. 84).

De la doctrina del reporte neutral

La doctrina del reporte neutral, también conocida como reproducción fiel, exime de responsabilidad al o a la periodista que se limita a reproducir lo expresado por otra persona. Según esta postura, se le puede exigir a la persona comunicadora que demuestre que el hecho de la declaración se produjo, que existe una persona concreta, identificable que ha realizado la manifestación y, con ello, se le exime de la tarea de investigar la veracidad de lo que expresa la persona ofensora, quien es la única responsable del contenido de la información. Villalobos Jiménez (San José, 2004) explica que, en ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

28. Con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, la Corte Interamericana se ha apoyado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual hace una distinción en la aplicación de la protección de funcionarios públicos, por tratarse de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública y de políticos, a quienes se debe aplicar un umbral diferente de protección, “[...] el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia del 31 de Agosto de 2004.

29. En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 6/1988 del 21 de enero y del Tribunal Constitucional Alemán en el caso Schmidt vs. Spiegel.

30. John Stuart Mill filósofo británico del siglo XIX defendía la libertad de expresión y de pensamiento más allá de la veracidad o exactitud del contenido de lo que se expresa, al señalar que: “[...] the suppression of opinion is wrong, whether or not the opinion is true: if it is true, society is denied the truth; if it is false society is denied the fuller understanding of truth which comes from its conflict with error; and when the received opinion is part truth and part error, society can know the whole truth only by allowing the arising of competing views”. Citado por Kathleen M. Sullivan (2004, p. 987 y 988).

31. “Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de modo que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio”. STC del 21 de enero de 1998.

[...] cuando un medio se limita a difundir o transmitir declaraciones o publicaciones ajenas, identificando a su autor y sin realizar ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, limita su deber de diligencia a la constatación de la verdad del hecho de la declaración, sin estar obligado a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración.

De conformidad con lo expuesto, válidamente los medios de información pueden publicar afirmaciones de otras personas sin que sobre aquellos recaiga la responsabilidad del contenido informativo, aun cuando el contenido de tal información resulte difamante o lesiva del honor y la intimidad de una persona tercera, pues está obligado el medio únicamente a constatar que el hecho de la declaración haya tenido lugar.

Al igual que la doctrina de la veracidad y de la real malicia, la doctrina del reporte neutral favorece la difusión de opiniones, juicios de valor y tráfico de la información en los medios de información y se constituye en garante de la libertad de información, deseable y necesaria en una democracia libre.

Conclusión

En los países que forman parte del sistema interamericano, no sobran los esfuerzos encaminados a desterrar las conductas que intimiden a las personas comunicadoras a ejercer la libertad de expresión. Urge también incorporar en las legislaciones internas los estándares de interpretación –en materia de la libertad de prensa– que permitan definir desde los textos normativos reglas proporcionadas y necesarias que nos acerquen al modelo de sociedad libre y bien informada que, desde San José de Costa Rica, busca diseñar la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia.

Para ello es necesario ejercer con rigurosidad desde las Salas de lo Constitucional un control no solo de constitucionalidad de los actos de las administraciones públicas o de las leyes que emanan del Poder Legislativo, sino que es necesario realizar un control de convencionalidad sobre las normas, el ordenamiento jurídico y los actos de los distintos Poderes, pues no se puede hoy día ignorar las fuentes del derecho internacional y, mucho menos, las sentencias de la Corte Interamericana que tal y como expuso la misma Corte en el año 2006 en el caso Almonacid Avellano y otros vs Chile:

124. [...] los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado,

también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³².

Los esfuerzos para garantizar plenamente el derecho de la información y la libertad de expresión deben realizarse sin descuidar otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad que podría verse afectado por un uso abusivo de la libertad de información. El equilibrio es posible a través de la adopción de leyes de hábeas data que aclaren los límites de la información que pueda hacerse pública y también a través de los órganos de control constitucional que como en Costa Rica han desarrollado jurisprudencia que garantice el derecho a la información sin legitimar su abuso.

En la búsqueda de ese equilibrio que por sentencia número 2008-009485 de las nueve horas y cincuenta y tres minutos del seis de junio de dos mil ocho, la Sala Constitucional analizó en el proceso de amparo planteado contra dos empresas de televisión que, año a año, difundían información relacionada con un asunto penal y difundían la imagen de la persona amparada, el tema del derecho a la identidad, imagen y el correlativo derecho a la intimidad de las personas que han estado bajo el régimen penitenciario, frente a la libertad de información.

En lo que interesa, dispuso la Sala que era necesario evaluar si la comunicación hecha por los medios era abusiva del derecho al honor y prestigio, al igual que sus correlativos de intimidad y de imagen que, como tales, eran valores fundamentales que se encontraban tutelados en el numeral 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Citó en su resolución la sentencia 00173 de las 10:00:00 del 02 de abril de 2003 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que, al abordar el tema de la licitud de una noticia policial, estimó que constituía un uso ilegítimo de la libertad de información y que se incurría en abuso del ejercicio de esa libertad cuando el material noticioso que se difundía a través de los medios era obtenido de manera ilícita. Asimismo, destacó que

es oportuno que los medios de información en el ejercicio de su labor, den un tratamiento riguroso de la información personal de los sujetos que estuvieron sometidos al régimen penal-, y que ya cumplieron la pena impuesta-; de manera tal que se proteja su intimidad; lo que se puede lograr utilizando mecanismos de

comunicación que no revelen la identidad de la persona ya sea omitiendo revelar su nombre y utilizando sólo siglas, así como omitiendo la difusión de su imagen en el caso de los medios audiovisuales y de prensa escrita; y con la encriptación de los nombres en los medios electrónicos.

La utilización de tales mecanismos que ofrece la tecnología es necesaria y útil para proteger la privacidad en los casos comentados y favorece el tráfico de la información a través de los medios de comunicación, en plena armonía con los demás derechos fundamentales.

Bibliografía

Carvallo Bracho, A. G. (2007). *La Responsabilidad Legal derivada del Acto Informativo y las Leyes de Desacato en Venezuela*. En Derecho de la Información Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica. Madrid.

Chirino Sánchez, A. (2005). *El Estado de la libertad de expresión en Costa Rica*. En El Estado de la libertad de expresión en Centroamérica, México y República Dominicana, San José.

Garberí Llobregat J. (2007). *Los Procesos Civiles de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen frente a la libertad de expresión y el derecho a la información*. España: Bosch.

32. CIDH, sentencia del 26 de setiembre de 2006. Caso Almonacid Avellano y otros vs Chile.

Montanés Pardo, M. Á. (2006). *Los límites de los Derechos Fundamentales*. En Seminario Constitucional. San José, Costa Rica, abril.

Núñez Encabo, M. (2008). *Significado y trayectoria histórica de la libertad de expresión-información y el derecho a la información*. En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Madrid.

Rawls. (1990). *Sobre las libertades*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós.

Rodríguez Pardo, J. (2007). *Del Derecho Humano a la Información al Fundamental Pluralismo Informativo. Una Perspectiva Europea*. En Derecho de la Información. Una perspectiva comparada de España e Iberoamérica. Madrid.

Rosado Iglesias G. (2008). *Libertad de Expresión y Defensa del Orden Democrático*. En Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Madrid.

Sullivan, K. M. (2004). *Constitutional Law*. New York

Villalobos Jiménez, A. (2004). Requisitos y Solución al Conflicto entre la Libertad de Información y el Honor en España y Costa Rica. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 103. San José.

Casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Sentencia del 5 de febrero de 2001. (Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile)
http://www.iidh.ed.cr/COMUNIDADES/LIBERTADEXPRESION/DOCS/LE_CORTECAS/

Sentencia del 31 de agosto de 2004. (Caso Ricardo Canese vs. Paraguay).
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.doc

Sentencia del 02 de julio de 2004. (Caso Herrera vs. Costa Rica).

Sentencia del 14 de marzo de 2001. (Caso Barrios Altos Vs. Perú).

Casos ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Sentencia 2002-03074 de las 15:24 horas del 02 de abril de 2002.

Sentencia número 2008-9485 de las 9:53 horas del 06 de

junio de 2008. **Otras sentencias**

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

The New York Times Company vs. I. B. Sullivan Ralph d. Abernathy *et ál.*
vs. I. b. Sullivan New York Times co. v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964)

<http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html>

http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_otroseeuu/csusanytimes.htm
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=376&invol=254>

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1319/01-7 de diciembre de 2001. Diálogo Jurisprudencial. Número III.

Instrumentos Internacionales

Convención Interamericana de Derechos Humanos

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> La Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 <http://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm

Observación General n.º 27, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 12 - La libertad de circulación, 67º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 202 (1999). Biblioteca e los Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota.

<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom27.html>

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos13.htm>

Normativa penal

Código Penal de Costa Rica. Ley 4573 Publicado en La Gaceta n.º 257 de 15-11-1970.

Código Penal de España, Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t21.html

Doctrina en Internet

Amaya Villareal, Á. F. El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004.
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS73.pdf>

Howard Zinn. « Liberté d'expression », *revue Agone*, 31-32 | 2004, [En ligne], mis en ligne le 03 novembre 2008. URL: <http://revueagone.revues.org/index255.html>. (Consulté le 08 septembre 2009).

Stuart Mill John. On Liberty. 1859, Oxford 2005.
[http://books.google.com/books?id=FbrwarPcz5YC&printsec=frontcover&dq=•%09STUART+MILL+John.+On+Liberty&lr=&as_drrb_is=q&as_minm_is](http://books.google.com/books?id=FbrwarPcz5YC&printsec=frontcover&dq=%09STUART+MILL+John.+On+Liberty&lr=&as_drrb_is=q&as_minm_is)

« Liberté d'expression », *revue Agone*, 31-32 | 2004, [En ligne], mis en ligne le 03 novembre 2008. URL: <http://revueagone.revues.org/index255.html>. (Consulté le 08 septembre 2009).