

JORGE CARPIZO
MIGUEL CARBONELL
Coordinadores

Derecho a la información y derechos humanos

Estudios en homenaje
al maestro Mario de la Cueva

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHOS HUMANOS
Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 37

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo

Formación en computadora y elaboración de formato PDF: José Antonio Bautista Sánchez

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

**Estudios en homenaje
al maestro Mario de la Cueva**

JORGE CARPIZO
MIGUEL CARBONELL
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2000

Primera edición: 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.**

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-8408-4

CONTENIDO

Presentación	IX
------------------------	----

COMPATIBILIDAD DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS: DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos	3
--	---

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ

Reflexiones en torno de la ponencia de Humberto Nogueira Alcalá .	145
---	-----

Javier CORRAL JURADO

El derecho a la información como derecho fundamental	157
--	-----

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN

Libertad informática y su relación con el derecho a la información	183
--	-----

Juan José RÍOS ESTAVILLO

EL NUEVO DERECHO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

Aproximaciones al nuevo derecho de los medios electrónicos. Hacia un régimen jurídico democrático de la radio y televisión	229
--	-----

Ernesto VILLANUEVA

La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?	245
Luis Javier MIERES MIERES	
Comentario a la ponencia del doctor Ernesto Villanueva	265
Humberto MUSACCHIO	

CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS Y PLURALISMO

Concentración de medios y pluralismo. “Acordes y desacuerdos” entre pluralismo y mercado	273
Francisco J. BASTIDA FREIJEDO	
Construir el pluralismo	287
Miguel CARBONELL	
Concentración de medios y pluralismo	299
Froylán M. LÓPEZ NARVÁEZ	
Concentración de medios y pluralismo: el marco jurídico del canal de televisión del Congreso mexicano	309
Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE	

DERECHO DE LA INFORMACIÓN E INTERNET

Derecho de la información e Internet	329
Álvaro DÁVILA PEÑA	
¿La vida “en línea”?: un esbozo sobre el derecho de la comunicación telemática	351
Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO	
Derecho, delitos y libertades en Internet	377
Raúl TREJO DELARBRE	

CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y EL SECRETO PROFESIONAL
DE LOS COMUNICADORES

Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores	401
Marc CARRILLO	
El derecho a la información, los derechos humanos y el periodismo	435
Julián ANDRADE JARDÍ	
El secreto profesional de los periodistas	447
Enrique CÁCERES NIETO	
Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores	479
Jorge CARPIZO	
La protección de la intimidad y la regulación del secreto	503
Humberto QUIROGA LAVIÉ	

Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 8 de septiembre de 2000 en los talleres de Formación Gráfica, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

En esta obra se reúnen una parte de los textos que sus respectivos autores prepararon para el coloquio internacional El Derecho a la Información y los Derechos Humanos, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM para ser realizado del 18 al 21 de septiembre de 2000 en su auditorio “Héctor Fix-Zamudio”.

La temática elegida para el libro y el coloquio tiene relación con el proceso de apertura democrática que ha vivido México en los últimos años. Los derechos humanos figuran desde hace una década dentro de las prioridades estratégicas del Estado mexicano, tanto por lo que respecta a sus autoridades como a su sociedad civil. Sin embargo, una de las áreas que no ha tenido un desarrollo aceptable dentro de la agenda nacional de los derechos humanos es la constituida por el derecho a la información.

A pesar de que tal derecho está recogido en el artículo 60. de la Constitución de 1917 y de que México ha firmado varios de los pactos internacionales de derechos humanos donde se encuentra establecido, su desarrollo legislativo y jurisprudencial todavía es bastante escaso, o incluso inexistente en varios aspectos.

Las cuestiones pendientes en materia de derecho a la información van desde la posible regulación de Internet hasta la cláusula de conciencia de los comunicadores, pasando por la concentración de los medios y el entendimiento del derecho a la información como uno de los derechos fundamentales que no puede violar ningún otro derecho. Sobre todo ello el lector encontrará puntual referencia en las páginas que siguen.

Este coloquio internacional se dedica a la memoria del maestro Mario de la Cueva, uno de los más grandes juristas mexicanos del siglo XX y cuyo pensamiento influyó decisivamente en la evolución del derecho laboral en América Latina.

Recordamos a Mario de la Cueva, el redactor, en 1938, del anteproyecto de sentencia respecto al amparo que solicitaron las compañías petroleras extranjeras contra el laudo expedido en el conflicto que había

planteado el Sindicato de los Trabajadores Petroleros; sentencia que es el antecedente directo de la expropiación petrolera de ese año.

Recordamos a Mario de la Cueva, el autor del *Tratado de derecho mexicano del trabajo*, en dos volúmenes, y que es una obra clásica en la materia e internacionalmente reconocida.

Recordamos a Mario de la Cueva, el alma y el corazón de la Ley Federal del Trabajo de México de 1970.

Recordamos a Mario de la Cueva, el redactor de la declaración panamericana de los derechos de los trabajadores, la cual quedó incorporada en la carta de Bogotá de 1948.

Recordamos a Mario de la Cueva, el universitario quien siempre luchó por la autonomía y la grandeza de la UNAM.

Recordamos a Mario de la Cueva, el funcionario universitario, el rector, el secretario general, el coordinador de humanidades y el director de la Facultad de Derecho; cuyo desempeño en todos esos cargos fue ejemplar.

Recordamos a Mario de la Cueva, el gran maestro de derecho constitucional, de derecho del trabajo y de teoría del Estado.

Recordamos a Mario de la Cueva, el forjador de mentes y espíritus. Muchos de sus discípulos más cercanos han dejado huella profunda en la UNAM, en la cultura y la política de nuestro país.

Recordamos a Mario de la Cueva, el editor de libros y su afán de difundir con la mayor amplitud posible los conocimientos de la cultura universal.

Recordamos a Mario de la Cueva, el autor de magníficas obras de derecho constitucional e historia del pensamiento político, tales como *La idea del Estado*, *Teoría de la Constitución*, diversos ensayos sobre la noción de la soberanía, *La Constitución de 5 de febrero de 1857* y *La Constitución política*.

Recordamos a Mario de la Cueva, el traductor de obras importantes como *La soberanía* de Hermann Heller, *Calicles* de Adolf Menzel y *La filosofía del derecho del mundo occidental* de Alfred Verdross.

Es obvio que una sola de las razones apuntadas justifica que, una vez más, recordemos la obra y honremos a ese gigante del pensamiento jurídico.

No obstante, hoy existe una causa adicional, la cual resulta importante en los difíciles tiempos que nuestra casa de estudios ha vivido y por los que aún transita: su pasión por servir a la universidad, su universidad que fue todo para él, constituye un paradigma a ser imitado.

El maestro Mario de la Cueva siempre defendió a esta casa, su casa, la quería fuerte, vigorosa, académica, y con ese objetivo, luchó sin descanso, sin tregua.

En su concepción universitaria, como es natural, también se encuentran sus ideas sociales. Perseguía que de su universidad egresaran los hombres que transformaran a México, que lo hicieran más democrático y, sobre todo y fundamentalmente, más justo.

Así, hoy recordamos el pensamiento y la acción del maestro Mario de la Cueva, porque constituye un ejemplo que con el tiempo se agiganta y lo necesitamos en esta época universitaria.

Mario de la Cueva, espíritu abierto y combativo por las mejores causas, preside este coloquio internacional. Él, que basó toda su obra en el respeto a la dignidad humana, está presente en el análisis contemporáneo de uno de los grandes temas actuales: el derecho a la información como un derecho humano, que necesariamente tiene que ser compatible con los otros derechos humanos de naturaleza diversa.

La edición de esta obra y la celebración del respectivo coloquio internacional no hubieran sido posibles sin la decidida ayuda y consejo de Diego Valadés y Sergio López-Ayllón, director y secretario académico respectivamente, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Desde luego, agradecemos el esfuerzo y dedicación de todos los ponentes que desde hace un año se involucraron con talento y energía en el proyecto. Finalmente, la aparición oportuna de este libro se debe al entusiasmo y profesionalismo de Raúl Márquez Romero, jefe del Departamento de Publicaciones de nuestro Instituto. A todos ellos nuestro más sincero agradecimiento.

Jorge CARPIZO

Miguel CARBONELL

Ciudad Universitaria, México, D.F., agosto de 2000

**COMPATIBILIDAD DEL DERECHO
A LA INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS:
DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA
COMPARADAS**

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

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

II. CONSIDERACIONES DE CONTEXTO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Asimismo, el artículo 18 prescribe:

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

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

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

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

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

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

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

La misma carta fundamental en su artículo 22, precisa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La misma sentencia citada precisa

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

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

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

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

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

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

X. En realidad, pues siguiendo a la Convención, en Costa Rica la libertad de pensamiento y expresión comprende, como dice textualmente su artículo 13.1, el derecho de toda persona a: buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o cualquier otro procedimiento de su elección⁷; lo cual incluye, obviamente, amén de la libertad puramente noticiosa, de información de hechos y circunstancias, la de valorarlos y, en general, expresar y comunicar el pensamiento, la opinión, la imaginación o la inspiración propios o ajenos, por cualquier medio y, cabe agregar, en cualquier materia y con cualquier propósito.

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

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

II. Decisión Jurídica y sus fundamentos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agregó sobre el tema la Sala Quinta de Revisión:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral 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 o aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24 *Ibidem*, p. 45.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28 *Ibidem*, p. 41.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

30 Caso Martorell, informe 11/96.

31 Opinión consultiva 5/1985.

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

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

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

A. Interpretación de la Corte Interamericana

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agrega la CIDH que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo específico de la libertad de expresión:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE RESTRICCIONES PREVENTIVAS Y CENSURA PREVIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Corte Suprema en el fallo de esta queja determina que

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

El fallo añade que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

49 *Ibidem*, p. 70.

50 *Ibidem*, pp. 70 y 71.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En dicho caso se sostuvo que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso Roca, el Tribunal Constitucional Español precisa:

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

La relevancia pública de la información, esta dada por:

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

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

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

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

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

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

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

Ello se deriva de poderosas consideraciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

61 Sentencia T-213 de 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como señala el Tribunal Constitucional Español,

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

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

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

67 Sentencia 240/92, fundamento jurídico 5o.

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

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

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

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

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

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

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

68 Sentencia 240/92, fundamento jurídico 7o.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desestimarse el recurso de interpuesto, sin especial condenación.⁷¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La difamación e injuria son delitos dolosos.⁸⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

83 *Ibidem*, pp. 689 y 690.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El voto del magistrado Boggiano:

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

⁸⁶ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 209-215.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agregando:

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

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

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

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

Lo dicho llevo a este juez a la siguiente conclusión:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Tribunal Constitucional Español señala al efecto:

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

“Este entendimiento del citado problema” determina el Tribunal Español

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

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

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

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

90 Sentencia citada.

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

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

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

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

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

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

91 Sentencia citada.

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

93 Sentencia citada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

101 *Ibidem*, T-369 de 1993.

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

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

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

La Corte debe insistir en lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

Oportunidad de la rectificación:

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

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

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

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

La rectificación fue, pues, tardía y, como arriba se expresa, se refirió a aspectos diversos del que ha debido rectificarse.

Según el material probatorio que ha conocido la Corte, el peticionario tenía razón al solicitar que la revista *Semana* rectificara el informe por ella publicado, en el cual se afirmaba que las autoridades del Perú reclamaban su extradición pese a que, de conformidad con las certificaciones de las competentes dependencias oficiales colombianas, ello no correspondía a la realidad.

Dado que la rectificación no se produjo oportunamente y puesto que, varias semanas después, cuando se publicó la carta del solicitante, el se-

manario agregó nuevos datos, carentes de todo respaldo, resulta indudable que fueron lesionados los derechos a su honra y a su buen nombre y que, por otra parte, se desconoció la presunción de inocencia que lo favorecía, según el artículo 29 de la carta, mientras no fuera desvirtuada —previo un debido proceso— por decisión judicial en firme.

A juicio de la Corte, si de antecedentes penales se trataba, la revista *Semana* ha debido aplicar lo previsto en el artículo 248 de la Constitución Política: “Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.

Se estima que el medio de comunicación no podía fundar su información —como lo hizo— en las que a su vez habían suministrado otras publicaciones *Semana* ha debido asumir su responsabilidad, si daba crédito a las fuentes consultadas —puesto que hizo suyas las aseveraciones de éstas y, por tanto, estaba obligado a confirmar el dato que publicaría, especialmente teniendo en cuenta que por razón de él quedaría en tela de juicio el nombre y el prestigio de una persona.

Más todavía, después de la publicación inicial y ante la solicitud de rectificación, era su deber el de verificar los hechos y reconocer, en la misma forma pública en que había difundido la especial ofensiva, que era errónea, para obtener que la información transmitida a la colectividad fuera contrarrestada.

Cabía, entonces, la acción de tutela y estaba llamada a prosperar, como en efecto aconteció en el estrado de instancia, siendo claro que la rectificación ordenada por el Juzgado no se refirió, debido a la extemporaneidad de las respuestas oficiales, a la noticia sobre solicitud de extradición por parte del Perú, sino el hecho de que el peticionario no registraba en la policía antecedentes de narcotráfico o enriquecimiento ilícito.

Por tanto, habida cuenta de que en sede de revisión, esta Corte si conoció las certificaciones no recibidas a tiempo por el juez de instancia, habrá de confirmar el fallo, pero adicionándolo en el sentido de que la revista *Semana* deberá rectificar sobre la materia en torno a la cual todavía no lo ha hecho; es decir, acerca de que no existió la solicitud de extradición por ella sostenida inicialmente.

La Corte Constitucional advierte que los fundamentos jurídicos del presente fallo versan de manera exclusiva y específica sobre la viabilidad y prosperidad de la acción de tutela en relación con la afirmación pública que ha debido ser rectificadas, por lo cual, no siendo de competencia del

juez constitucional la definición acerca de responsabilidades de índole penal, el hecho de conceder la tutela impetrada no encierra pronunciamiento judicial alguno desde su punto de vista.

Así, pues, esta sentencia no constituye absolucón del “peticionario en relación con los ilícitos mencionados, ni tampoco su condena, pues no produce ningún efecto en el campo propio de la jurisdicción penal ordinaria. Su consecuencia jurídica ...tan solo el campo constitucional en el estricto ámbito de la acción de tutela”.¹⁰³

La Corte Constitucional de Colombia, en el caso de la sentencia T-332 de 1993, Jeannette Durán contra TV Hoy, determinó quién es sujeto activo de la rectificación, cuando procede ella y como su concreción constituye el presupuesto para ejercer los procesos judiciales para hacer efectiva la responsabilidad civil y penal que corresponda. Así lo precisa el magistrado Eduardo Cifuentes en una ponencia sobre libertad de expresión:¹⁰⁴

La Corte Constitucional (caso Jeannette Durán contra TV Hoy), precisó: “quien rectifica es el medio, no el perjudicado con la información suministrada”. No se rectifica por el medio cuando éste simplemente sirve de conducto para transmitir la versión del agraviado con la información falsa, inexacta o imparcial. La rectificación en equidad, sostiene la Corte, sólo admite dos comportamientos posibles. El primero, el medio se niega a concederle e insiste en su posición inicial, lo cual es enteramente posible siempre que aporte las pruebas que soportan la veracidad e imparcialidad de la información suministrada. El segundo, el medio acepta el error cometido y procede públicamente por sí mismo a rectificar el mensaje que adolezca de uno cualquiera de los anotados defectos.

La procedencia del derecho a la rectificación sólo es posible cuando objetivamente el medio ha incurrido en una equivocación o publicado una información carente de respaldo en la realidad de los hechos. Para la Corte, en este caso, la rectificación tiene carácter perentorio y ella no obedece a la concesión graciosa del medio. Agrega la Corte: “Bien se sabe que, de todas maneras, algo queda de la especia difundida y, por tanto, el resarcimiento no es total, pero, por lo menos, se facilita al perjudicado su futura defensa a través de una constancia originada en quien causó el agravio” (*cfr.* sentencia T-074 de 1995). El proceso de tutela, en consecuencia, no pone término al restablecimiento integral del derecho con la sentencia que

103 Sentencia “Pelota Caliente”, 23 de febrero de 1995, *cit.* por *Judicium et Vita*, pp. 31 y 32.

104 Texto inédito para ser publicado en la revista *Ius et Praxis*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2000.

ordena la rectificación. Esta última y, en particular, el acto de reconocimiento del error o de la falsedad o inexactitud por parte del medio o del periodista, constituyen el presupuesto para deducir completamente, a través de procesos judiciales ulteriores, las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.

3. Las normas o códigos éticos autoestablecidos, los cuales provienen de distintos orígenes, organizaciones internacionales de periodistas y de organizaciones empresariales o gremiales periodísticas nacionales, constituyen otro medio para hacer efectiva la responsabilidad de los medios y periodistas en el ejercicio de sus actividades, pudiendo establecer sanciones.

Entre los que tienen su origen en el ámbito internacional pueden señalarse aquellos que han surgido de la Organización Internacional de Periodistas (OIP) de 1954, de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) de 1950, de la Federación Internacional de Periodistas (FIP) de 1954, o de organismos internacionales como la UNESCO del 21 de noviembre de 1983.

En el ámbito de los códigos nacionales pueden señalarse el Código de Honor de la Federación de Asociaciones de Periodistas Franceses, la Declaración de Munich que es el código de los periodistas suizos, además de códigos de ética adoptados por la Comunidad Europea, posteriormente Unión Europea. Prácticamente todos los gremios periodísticos tienen código de honor en los distintos países.

VIII. ANEXOS

CONSTITUCIONES Y DISPOSICIONES SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1. *Constitución de Argentina* (adoptada el 23 de agosto de 1994)

Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...

Artículo 43

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegala-

lidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

2. *Constitución de Bolivia* (adoptada el 2 de febrero de 1967)

Artículo 7o.

Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

b) a emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión.

Artículo 20

Son inviolables la correspondencia y los papeles privados, los cuales no podrán ser incautados sino en los casos determinados por las leyes y en virtud de orden escrita y motivada de autoridad competente. No producen efecto legal los documentos privados que fueren violados o sustraídos.

Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones y comunicaciones privadas, mediante instalación que las controle o centralice.

3. *Constitución de Brasil* (adoptada el 5 de octubre de 1988)

Artículo 5o.

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la

inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

IV. Es libre la manifestación del pensamiento, quedando prohibido el anonimato;

V. Queda asegurado el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen;

IX. Es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, sin necesidad de censura o licencia;

X. Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación;

XII. Es inviolable el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telegráficas, de las informaciones y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial en la hipótesis y en la forma que la ley establezca para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal;

XIV. Queda garantizado a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional;

XXVIII. Están asegurados, en los términos de la ley:

- a) la protección de las participaciones individuales en obras colectivas y de la reproducción de imagen y voz humanas, incluso en las actividades deportivas;
- b) el derecho de los creadores, de los intérpretes y de las respectivas representaciones sindicales y asociativas de fiscalización del aprovechamiento económico de las obras que creasen o en las que participasen;

XXXIII. Todos tienen derecho a recibir de los órganos públicos informaciones de su interés particular, o de interés colectivo o general, que serán facilitados en el plazo señalado en la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo secreto sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado;

Artículo 17

3o. Los partidos políticos tienen derecho a recursos del fondo de los partidos y acceso gratuito a la radio y la televisión, en la forma de la ley.

Artículo 220

La manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la formación bajo cualquier forma, proceso o vehículo no sufrirán ninguna restricción observándose lo dispuesto en esta Constitución.

1o. No contendrá la ley ninguna disposición que pueda constituir una traba a la plena libertad de información periodística en cualquier medio de comunicación social, observándose lo dispuesto en el artículo 5o., IV, V, X, XIII y XIV.

2o. Está prohibida toda censura de naturaleza política, ideológica y artística.

3o. Corresponde a la ley federal:

I. Regular las diversiones y espectáculos públicos, correspondiendo al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que se presenten si se muestra inadecuada.

II. Establecer los medios legales que garanticen a la persona y a la familia la posibilidad de defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el artículo 221, así como de la publicidad de productos, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y al medio ambiente.

4o. La publicidad comercial de tabaco, bebidas alcohólicas y agrotóxicos, medicamentos y terapias estará sujeta a restricciones legales, en los términos del inciso II del párrafo anterior, y contendrá, siempre que fuese necesario, advertencia sobre los perjuicios derivados de su uso.

5o. Los medios de comunicación social no pueden, directa o indirectamente, ser objeto de monopolio u oligopolio.

6o. La publicación de los medios impresos de comunicación no necesitan de licencia de la autoridad.

Artículo 221

La producción y programación de las emisoras de radio y televisión, atenderán a los siguientes principios:

I. Preferencia a las finalidades educativas, artísticas, culturales e informativas;

II. Promoción de la cultura nacional y regional y estímulo a la producción independiente que haga posible su divulgación;

III. Regionalización de la producción cultural, artística y periodística, de acuerdo con los porcentajes establecidos por la ley;

IV. Respeto a los valores éticos y sociales de la persona y de la familia.

Artículo 222

La propiedad de las empresas periodísticas y de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes es privativa de brasileños de origen naturalizados hace más de diez años, a los cuales corresponderá la responsabilidad por su administración y orientación intelectual.

1o. Se prohíbe la participación de personas jurídicas en el capital social de las empresas periodísticas y de radiodifusión, excepto a partidos políticos y sociedades cuyo capital corresponda exclusiva y nominalmente a brasileños.

2o. La participación señalada en el párrafo anterior sólo se efectuará a través de capital sin derecho a voto y no podrá exceder del treinta por ciento del capital social.

Artículo 223

Corresponde al Poder Ejecutivo otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes, observando el principio de complementariedad de los sistemas privado, público y estatal.

1o. El Congreso Nacional examinará el acto en el plazo del artículo 64.2o. y 4o. a contar desde la recepción de la comunicación.

2o. La no renovación de la concesión o permiso dependerá de la aprobación de, al menos, dos quintos del Congreso Nacional, en votación nominal.

3o. La renovación de la concesión o permiso, antes del vencimiento del plazo, depende de la decisión judicial.

4o. El plazo de concesión o permiso será de diez años para las emisoras de radio y de quince para las de televisión.

Artículo 224

A los efectos de lo dispuesto en este capítulo, el Congreso Nacional instituirá, como órgano auxiliar, el Consejo de Comunicación Social, en la forma de ley.

Artículo 227

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

4. *Constitución de Colombia* (adoptada el 4 de julio de 1991)

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Artículo 20

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Artículo 21

Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección.

Artículo 73

La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Artículo 74

Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.

Artículo 75

El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 76

La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

Artículo 77

La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la Junta tendrán periodo fijo. El gobierno nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de la Inravisión.

Artículo 111

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica tienen derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo tiempo, conforme a la ley. Ella establecerá asimismo los casos y la forma como los candidatos debidamente inscritos tendrán acceso a dichos medios.

Artículo 112

Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función de crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficial; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para el Congreso inmediatamente anterior; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales.

Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria regulará íntegramente la materia.

5. *Constitución de Costa Rica* (adoptada el 7 de noviembre de 1949)

Artículo 24

Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, esta ley determinará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar la intervención de cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación se podrá autorizar el uso de la potestad excepcional y el tiempo durante el que se permitirá. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Toda resolución judicial amparada en esta norma deberá ser razonada, podrá ser ejecutada de inmediato y su aplicación y control, serán en forma indelegable, responsabilidad de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos, respectivamente.

La correspondencia que fuere sustraída y la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirá efectos legales.

Artículo 29

Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley lo establezca.

Artículo 30

Se garantiza el libre acceso a los documentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

Quedan a salvo los secretos de Estado.

6. *Constitución de Chile* (adoptada el 11 de septiembre de 1980 y reformada el 30 de julio de 1989)

Artículo 19

La Constitución asegura a todas las personas:

4o. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto

falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excusarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;

5o. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;

12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrará un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.¹⁰⁵

105 El inciso final del artículo 19, núm. 12, ha sido objeto de un proyecto de reforma constitucional que se encuentra en segundo legislativo en el Senado, después de haber sido aprobado en la Cámara de Diputados, reemplazando el sistema de censura por un sistema de calificación cinematográfica.

7. *Constitución de Ecuador* (adoptada el 10 de agosto de 1979 y reformada en 1983)

Artículo 19

Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

3o. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.

4o. El derecho a la libertad de opinión y a la expresión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

Toda persona que fuere afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en su honra por publicaciones hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma gratuita.

8o. La inviolabilidad y secreto de la correspondencia. Sólo podrá ser aprehendida, abierta y examinada en los casos previstos por la ley. Se guardará secreto de los asuntos ajenos al hecho que motivare su examen. El mismo principio se observará con respecto a las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas. Los documentos obtenidos con violación de esta garantía, no harán fe en juicio.

8. *Constitución de El Salvador* (adoptada en 1983 y reformada sustancialmente el 31 de octubre de 1991 y 30 de enero de 1992)

Artículo 6o.

Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público ni lesione la moral, el honor ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes responderán por el delito que cometan.

En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento.

No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o por cualquier otro procedimiento, las empresas que se dedi-

quen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios.

Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminaciones por el carácter político o religioso de lo que se publique.

Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley.

Artículo 24

La correspondencia de toda clase es inviolable; interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra. Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

9. *Constitución de España (29 de diciembre de 1978)*

Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Artículo 51

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

Artículo 105

La ley regulará:

c) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

10. *Constitución de Estados Unidos* (adoptada el 15 de diciembre de 1791)

Primera Enmienda de la Constitución.

El Congreso no hará leyes referentes a la religión o prohibiendo el libre ejercicio de la misma o restringiendo la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y hacer peticiones al gobierno en demanda de justicia.

11. *Constitución de Guatemala* (adoptada el 31 de mayo de 1985)

Artículo 24

Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referentes a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordena la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

Artículo 30

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificados que le soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Artículo 31

Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Artículo 35

Es libre la emisión del pensamiento por cualquiera de los medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Este derecho constitucional no

podrá ser restringido por ley o disposición gubernamental alguna. Quien en uso de esta libertad faltare al respeto de la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley. Quienes se creyeren ofendidos tienen derecho a la publicación de sus defensas, aclaraciones y rectificaciones.

No constituyen delito o faltas las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

Los funcionarios y empleados públicos podrán exigir que un tribunal de honor, integrado en la forma que determine la ley, declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados. El fallo que reivindique al ofendido, deberá publicarse en el mismo medio de comunicación social donde apareció la imputación.

La actividad de los medios de comunicación social es de interés público y éstos en ningún caso podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados, ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, los talleres, equipo maquinaria y enseres de los medios de comunicación social.

Es libre el acceso a las fuentes de información y ninguna autoridad podrá limitar este derecho.

La autorización, limitación o cancelación de las concesiones otorgadas por el Estado a las personas, no pueden utilizarse como elementos de presión o coacción para limitar el ejercicio de la libre emisión del pensamiento.

Un jurado conocerá privativamente de los delitos o faltas a que se refiere este artículo.

Todo lo relativo a este derecho constitucional se regula en la Ley Constitucional de Emisión del Pensamiento.

Los propietarios de los medios de comunicación social, deberán proporcionar cobertura socioeconómica a sus reporteros, a través de la contratación de seguros de vida.

12. *Constitución de México* (adoptada el 5 de febrero de 1917)

Artículo 6o.

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que el ataque a la moral, los

derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7o.

Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

Artículo 41

(Párrafo cuarto)

Los partidos políticos tendrán derecho al uso en forma permanente de los medios de comunicación social, de acuerdo con las formas y procedimientos que establezca la ley.

13. *Constitución de Nicaragua* (adoptada el 9 enero de 1987)

Artículo 26

Toda persona tiene derecho:

1. A su vida privada y a la de su familia.
2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo.
3. Al respeto de su honra y reputación.
4. A conocer toda la información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

La ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.

Artículo 30

Los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio.

Artículo 66

Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea

De manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 67

El derecho de informar es una responsabilidad social y se ejerce con estricto respeto a los principios establecidos en la Constitución. Este derecho no puede estar sujeto a censura, sino a responsabilidades ulteriores establecidas en la ley.

Artículo 68

Los medios de comunicación, dentro de su función social, deberán contribuir al desarrollo de la nación.

Los nicaragüenses tienen derecho de acceso a los medios de comunicación social y al ejercicio de aclaración cuando sean afectados en sus derechos y garantías.

El Estado vigilará que los medios de comunicación social no sean sometidos a intereses extranjeros o al monopolio económico de algún grupo. La ley regulará esta materia.

La importancia de papel, maquinaria y equipo y refacciones para los medios de comunicación social escritos, radiales y televisivos, así como la importación, circulación y venta de libros, folletos, revistas, materiales escolares y científicos, de enseñanzas, diarios y otras publicaciones periódicas estarán exentas de toda clase de impuestos municipales, regionales y fiscales.

Los medios de comunicación públicos, corporativos y privados no podrán ser objeto de censura previa.

En ningún caso podrán decomisarse, como instrumento o cuerpo del delito, la imprenta o sus accesorios, ni cualquier otro medio o equipo destinado a la difusión del pensamiento.

14. *Constitución de Paraguay* (adoptada el 20 de junio de 1992)

Artículo 22

De la publicación sobre procesos. La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuizamiento.

El procesado no debe ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada.

Artículo 26

De la libertad de expresión y de prensa. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna. Sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa.

Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.

Artículo 27

Del empleo de los medios de comunicación. El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento. No se admitirá la prensa carente de dirección responsable.

Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable. Se garantiza el pluralismo informativo. La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, el joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer.

Artículo 28

Del derecho a informarse. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuatoriana.

Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo.

Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios.

Artículo 29

De la libertad de ejercicio del periodismo. El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar en contra de los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.

El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaja. La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso.

Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme a la ley.

Artículo 30

De las señales de comunicación electromagnética. La emisión y la programación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre esta materia.

La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás establecidos en esta Constitución.

Artículo 31

De los medios de comunicación del Estado. Los medios de comunicación del Estado serán regulados por la ley en su organización y funcionamiento, debiendo garantizarse el acceso democrático y pluralista a los mismos de todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades.

Artículo 33

Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Artículo 36

Del derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada. El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios.

Las pruebas documentales obtenidas en violación a lo prescrito anteriormente carecen de valor en juicio.

En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

15. *Constitución de Perú* (adoptada el 29 de diciembre de 1993)

Artículo 2o.

Toda persona tiene derecho:

4) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7) Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

8) A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

10) Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización del a autoridad competente, de conformidad con la ley.

Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

18) A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como guardar el secreto profesional.

Artículo 35

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

16. *Constitución de Uruguay* (adoptada el 1o. de febrero de 1967)

Artículo 28

Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables y nunca podrá hacerse registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general.

Artículo 29

Es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

17. *Constitución de Venezuela* (adoptada el diciembre de 1999)

Artículo 57

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comu-

nicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades.

Artículo 58

La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral.

Artículo 60

Toda persona tiene el derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

REFLEXIONES EN TORNO A LA PONENCIA DE HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

Javier CORRAL JURADO

Ningún momento tan adecuado y preciso como éste que actualmente vive la nación mexicana, para reflexionar respecto del derecho a la información y los derechos humanos.

Llena de esperanza y exigencia de cambio, nuestra transición ha de poner fin a viejas leyes que han dejado de ser verdad, y ha de construir con las nuevas verdades leyes modernas. Ésta es una época de oportunidades para reabrir y reconducir la añeja discusión sobre la relación del Estado, los medios de comunicación y la sociedad, sobre el régimen jurídico que protege y regula las libertades de expresión y de información, y la tan anhelada garantía del derecho a la información de todos los mexicanos.

En diciembre de 1999 el tema completó veintidós años exactos de la reforma constitucional que adicionó al artículo 6o., la obligación para el Estado de “garantizar el derecho a la información”. Desde entonces su reglamentación ha sido prácticamente imposible y cualquier intento legislativo sobre la materia —provenga del Ejecutivo o de las cámaras— ha desatado la furia de algunos contra las iniciativas a las que, indistintamente, se les ha calificado de mordaza, pero de las que sus contenidos han sido prácticamente censurados a la opinión pública.

Novísimo para su tiempo, el debate en torno del derecho a la información ha tenido como principal punto de discusión su naturaleza dentro de la tradicional clasificación del derecho público y privado; así como la necesidad de una clara distinción de los sujetos obligados, aceptando de entrada, como lo reconociera en su momento don Jesús Reyes Heróles, que “la primera carga, la primera obligación es para el Estado”.

A través de la consolidación de diversas corrientes de pensamiento que ofrecen los textos legales de diversas partes del mundo, el concepto

que actualmente entendemos como derecho universal a la información, es el resultado del devenir histórico que comienza por reconocer derechos a quienes son propietarios de las empresas informativas, luego a los que trabajan bajo la dependencia de aquellos, y finalmente, a todos los ciudadanos.

Un derecho que tutela no sólo a los productores o emisores de los mensajes informativos, sino de manera determinante, por el grado de desventaja e indefensión en el que se encuentran, a los usuarios de los medios de comunicación.

Es un derecho que debe tener en cuenta, en primer lugar, la desigualdad existente, a fin de que la legislación tienda a compensar mediante sus preceptos y normas esa desigualdad y evitar que los grupos más débiles resulten afectados.

El tema ha merecido una discusión más en términos políticos que jurídicos, y no se diga desde la perspectiva misma de los actores fundamentales de la comunicación social. La explicación se puede encontrar, sin duda, en los múltiples intereses que afecta y la amplia zona de discrecionalidad y complicidad que se ha construido alrededor de las relaciones entre los medios de comunicación y el poder.

La ponencia del profesor Nogueira Alcalá es un recorrido por las diversas vertientes que nutren ese debate en Iberoamérica y Estados Unidos a partir del derecho internacional, estableciendo las interpretaciones dadas por las Cortes Constitucionales de diferentes países, así como por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus recomendaciones, opiniones consultivas y sentencias, pero al mismo tiempo es una referencia comparativa del atraso que hoy sostenemos como país, no sólo respecto a la adecuación, seguimiento y reglamentación de ese marco internacional en materia de derecho a la información, sino a la falta de voluntad política para la aplicación de esos acuerdos suscritos y ratificados por México.

En la ponencia está expuesto con claridad cómo la libertad de expresión y el derecho a la información quedan determinados en nuestra constitucionalidad y encarnados en un orden jurídico concreto y en el sistema de acción, también incorporados a la realidad normativa de las instituciones y procesos políticos.

En nuestro país hace falta la voluntad política, la acción de los poderes constituidos y la exigencia (tal vez antes la socialización) de acciones concretas por parte de la sociedad misma. En este sentido, coincidimos

con Jurgen Habermas en que “Los órdenes jurídicos concretos representan no sólo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios; en ellos se reflejan también paradigmas jurídicos distintos; es decir, las ideas de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto de cada sociedad”.

Así, el derecho internacional debe enfrentar, en México lo hemos constatado, las contradicciones entre lo comprometido en un marco internacional, sin lugar a dudas incuestionable, con la realidad en que han operado las condiciones políticas y de jurisdicción interna, sumados a una realidad mediática que se contrapone por intereses (no por conocidos, menos inconfesables) lejanos a los que se presuponen en la normatividad internacional.

Al comentar lo anterior, me enfrento al reto e invito a mis nuevos colegas legisladores: el nuevo Poder Legislativo que nace ante la mirada esperanzada de los mexicanos deberá enfrentar, para lograr la congruencia entre la ley y la realidad referida en ésta, la forma de cómo han de entenderse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan ser cumplidos en cada contexto nacional dadas las funciones que normativamente tiene asignadas.

Me atrevo a decir que ninguna materia como ésta pondrá a prueba el carácter democrático de nuestra transición y su compromiso real con un cambio de régimen.

Para la institucionalización de los derechos fundamentales, en particular la libertad de expresión y el derecho a la información, ya decididamente asumidas como la ley interna a partir de los criterios constitucionales establecidos en el artículo 133, es indispensable (e inaplazable diría yo) “una autoaplicación del derecho en forma de reglas secundarias, las cuales constituyen y transfieren en las competencias de producir, aplicar e implementar el derecho. Aquí nos encontramos con los “poderes estatales como el Legislativo, la justicia y la administración”.*

No está por demás reiterar que en la producción y aplicación de la normatividad internacional en esta materia están implicadas necesariamente diversas instituciones. No sólo los órganos legislativos y el gobierno ejecutivo, sino la práctica misma de las decisiones judiciales, como vemos con precisión en la ponencia del profesor Nogueira Alcalá, donde

* Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

observamos también cómo en algunos países (Colombia y Chile) la aplicación y ejecución de estas leyes no sólo son asumidas por el gobierno y los tribunales, sino que éstas son delegadas a cuerpos semipúblicos.

Otra reflexión que surge en la lectura de la ponencia del profesor Nogueira, es cuando me pregunto el por qué en nuestro país aún no hemos podido construir el suficiente consenso en este tema y frente al cual surgen a veces justificadas preocupaciones, no tanto por la ley misma (las cuales han estado destinadas a llevar una existencia teórica, por no decir que sólo existen en la letra) sino por su forma de aplicación (discrecionalmente aplicadas a conveniencia del poder político) esto fortalecido por la clara intolerancia (o falta de credibilidad) en la buena fe y autonomía del Poder Judicial.

Dice Habermas: “la aplicación imparcial de una norma llena los huecos que quedaron en su proceso de fundamentación a veces por falta de previsión en situaciones futuras”. Interpretaciones que en la sociedad contemporánea y especialmente en el caso de los derechos aquí aludidos, es mejor exponerlas, analizarlas y solucionarlas en una instancia previa a la judicial, en organismos autónomos y plurales (como los que proponíamos en las iniciativas de Ley de Comunicación y de reforma a la Ley Federal de Radio y Televisión, que esperan ser revisadas con renovados poderes).

La traducción de la normatividad internacional debe entonces ser revisada en el contexto interno a partir de las condiciones concretas de cada sociedad, no para soslayarlas sino para hacerlas realidad.

Hay que dejar atrás lo que llamo los falsos debates en torno a la reglamentación del derecho a la información, en donde el primero busca falazmente enfrentar al marco jurídico internacional, con el dato de la soberanía como límite; el segundo insiste en suplantar al derecho por la autorregulación ética; y el tercero, que es atroz pero ilustrativo, de la cultura de la ilegalidad que cubre todavía tan vastas zonas de nuestra sociedad, postula que es preferible la impunidad ante todo exceso en la gestión de los órganos informativos que el riesgo de caer en la arbitrariedad al tratar de ajustar sus actividades a las normas propias de un Estado de derecho moderno.

Nogueira nos da respuestas claras para cada una de esas vertientes:

la soberanía no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige “aggiornarse” culturalmente y su-

perar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la idea de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI, y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

En el falso debate que quiere sustituir al derecho por la ética, Nogueira puntualiza los campos y define su carácter complementario en aspectos precisos:

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

Son los debates que históricamente han querido enfrentar a la libertad de expresión con el derecho a la información; que parte incluso de buscar una jerarquía entre estos derechos esenciales, más que su complementariedad, o equilibrio como bien lo propone Nogueira en su ponencia: “en los casos de colisión del derecho a la libertad de opinión y de libertad de información con otros derechos debe realizarse la ponderación de derechos, buscando reducir al máximo los derechos en conflicto, ya que todos ellos constituyen aspectos derivados de la dignidad de la persona humana, de cada una y de todas las personas” (Nogueira, p. 46).

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

Dice la doctora Beatriz Solís Lereé:

obviamente no basta la racionalidad de solo una de las partes, no basta, por ejemplo, la racionalidad del Legislativo en la elaboración de un cuerpo jurídico para garantizar la justa interpretación de un juez a quien corresponde aplicar la ley; tampoco basta la existencia misma de la ley para asegurar la justa interpretación del Ejecutivo a quien corresponde su aplicación. Todos

ellos actúan, en consecuencia con sus valores éticos, pero también, y sobre todo, actúan en el marco del Derecho frente a una responsabilidad social y jurídica que claramente expone, o debiera hacerlo, cuál será la sanción por el incumplimiento de sus obligaciones” (ponencia “Todo es cuestión de congruencia”, UIA, septiembre de 1999).

También es necesario, en la elaboración y aplicación de la ley, contar con criterios de adecuada referencia a la situación concreta a la que remiten y las condiciones específicas del momento en que la ley se hace, se aplica, se incumple y se modifica.

La legalidad solo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico refleje y reaccione a su fundamentación, a las condiciones y características de la realidad normada en donde esté incorporado el bien común, y que ese orden se institucionalice en procedimientos jurídicos claros y precisos que permitan una materialización de los principios normados.

En la enumeración que hace acerca de la situación jurídica en la que varios países latinoamericanos incorporan los preceptos internacionales en clara referencia a los convenios internacionales, no hace referencia concreta a México.

Ciertamente no somos, en esa materia, un referente de avanzada sino por desgracia, todo lo contrario. Sin embargo, es prudente reiterar en ese marco, las condiciones que en esa lógica hacen de México un país en que más allá de fundamentos jurídicos y mandato constitucional claramente establecidos, como para hacer valer los mandatos de los convenios internacionales referidos al derecho a la información, los que no han podido ser norma obligada por una voluntad expresamente política enmarcada en el juego de complicidades y negociaciones de esta situación, claramente violatoria, que se dan ante el derecho internacional.

La normatividad de las libertades de expresión e información y del derecho a la información, cuenta en México con el respaldo del marco internacional establecido por la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, por lo que cualquier propuesta que se desarrolle deberá contemplar lo que ya es norma mexicana y debe ser aludida en los considerandos de la normatividad. Así lo ordena el artículo 133 constitucional.

Continuar con la inoperancia de derechos tan fundamentales como los establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por el Senado en 1980 y publicado en 1981 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, de 1969, apro-

bada por el Senado en 1980, y publicada en 1981, coloca al Estado en el incumplimiento de una responsabilidad llamada a garantizar tan importante derecho social.

Cuando la instancia ejecutora del derecho no ejerce su obligación institucional de hacer cumplir las leyes, genera un sistema político debilitado en su calidad de garante del bien social, cuyas decisiones ya no pueden derivarse en derecho legítimo.

Cuando frente a la regulación no se da algún deber de obediencia, su aplicación se convierte sólo en negociación, en la que los obligados se “cobran” cualquier intento de aplicación e incluso de modificación de la norma.

De ahí la importancia de resaltar textualmente lo que el profesor Nogueira Alcalá señala en su ponencia, cuando refiere:

Existe una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en la materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas a nuestros sistemas jurídicos sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como así mismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez integrados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, deben cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional (Nogueira, p. 15).

La falta de respeto a esas normas ha generado que, actualmente, nuestro país enfrente una penosa recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que por primera vez en la historia de sus informes anuales sobre la situación que guardan los derechos humanos en el continente, hace a nuestra nación, y en la que en su capítulo diez, numeral 670, urge al Estado Mexicano a, “que promueva la revisión de la legislación reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución mexicana en una forma abierta y democrática, a fin de que las garantías consagradas en los mismos tengan vigencia efectiva”.

Dentro de los fundamentos de la recomendación, en el numeral 187, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta:

la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también condición *sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas, 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 opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre.

La recomendación tiene su antecedente en la denuncia hecha por legisladores mexicanos en mayo de 1997, encabezados por María Teresa Gómez Mont y Ana Lilia Cepeda, ante la negativa del gobierno a asumir lo pactado internacional y nacionalmente después de la consulta pública de 1995 y las correspondientes iniciativas que se presentaron el 22 de abril de 1997.

Por ello, insisto, no legislar en la materia no sólo constituye un incumplimiento jurídico sino una irresponsabilidad social, que los poderes constituidos deben valorar antes de tomar la decisión de establecer o no reglas claras para el debido ejercicio de los derechos constitucionales, de las libertades de expresión e información y del derecho a la información.

La complejidad y diversidad de formas y problemas que manifiesta el sistema de comunicación en México requiere de una estrategia de reordenamiento jurídico con acciones concretas en su inicio, que den congruencia y continuidad, eficacia y flexibilidad al conjunto de planes, programas y políticas específicas que se diseñen en la materia.

Es necesario definir las líneas centrales del marco normativo interno, acorde y reflejo de la norma internacional, que deberá regir y orientar nuevas formas de organización y participación de los sectores interesados. Estas directrices, lejos de restringir la libertad, deben ampliar su ejercicio y asumir la responsabilidad de la acción.

Lo que no podemos seguir haciendo es fomentar la cultura de la ilegalidad y la impunidad. Pugnar por el respeto al Estado de derecho y a que si existe una ley, que ésta se cumpla, sólo en su cumplimiento encontraremos la racionalidad y congruencia de su modificación.

Si los poderes del Estado no han tenido la voluntad de asumir la necesidad de modernizar la legislación, sí tienen la responsabilidad constitucional de hacer cumplir la ley.

Consideraciones finales

En la búsqueda de una reforma legislativa, los preceptos de libertad y límites deben estar claros, ninguna ley basta por sí misma para garantizar su aplicación; es necesario desandar un largo camino de duplicidades, contradicciones, vacíos y ambigüedades.

Las viejas prácticas de condicionar la libertad de expresión y fomentar la censura, favoreciendo la aplicación del “criterio y discrecionalidad” de funcionarios ante la complacencia de quienes tienen para sí el privilegio de los medios de expresión, deben quedar excluidos.

El derecho a la comunicación tiene una sustancial significación si hablamos de la formación de la opinión pública, ya que ésta deberá fundamentarse en la pluralidad de la información, en medios masivos, vehículos procuradores de la opinión y el diálogo entre la sociedad y un Estado custodio del interés público. Condiciones que en el presente están lejos de ser una realidad.

De nada serviría un derecho a la comunicación enmarcado en nuestra Constitución como un derecho fundamental, si para ejercerlo se debe solicitar permiso a la autoridad o si se dispone de instrumentos legales ambiguos y parciales que fácilmente puedan ser aplicados para esconder la verdad o la opinión divergente de los intereses de la autoridad.

La reglamentación constituye un instrumento primordial, pero su aplicación deberá estar lo más lejos posible de lo político y administrativo, y de ser competencia exclusiva de los medios involucrados o de la autoridad gubernamental, su vigilancia y operación deben ser asunto de una instancia autónoma que pueda, de manera responsable, apelar para su cumplimiento al propio Poder Legislativo, a la autoridad administrativa, al operador del medio o al profesional de la comunicación.

La procuración de justicia en el ejercicio de un derecho no debe depender de ninguna instancia gubernamental, pues la información es más que un dato administrativo o jurídico, es base fundamental de la cultura en su sentido más amplio.

El producto de una larga lucha de la sociedad mexicana —en donde también estaba consolidar el sistema de partidos— hizo avanzar una im-

portante reforma electoral, hasta prácticamente resolver el grave problema que representaba contar con organismos electorales en manos del gobierno; en respuesta a una demanda social, la organización y calificación de las elecciones ya no está bajo el control gubernamental a través de la Secretaría de Gobernación. Hemos avanzado a tal grado que de iniciar con una institución descentralizada del poder público, ahora existen organismos autónomos y ciudadanizados que le imprimen confiabilidad a los procesos electorales.

Igualmente hemos avanzado en la conformación de un conjunto de instituciones diversas en materia de tribunales laborales y agrarios, en materia de derechos humanos, como la creación misma de la Comisión Nacional de Derechos Humanos a través de la cual se ha logrado la difusión, desde fuera del gobierno, de una cultura de respeto y promoción de nuestras garantías individuales.

Así es como, paso a paso, hemos ido hacia una normalidad democrática, como parte de la transición política en la que nos encontramos.

Pero en este momento, cuando hablamos de globalización, de revolución digital y de nuevas tecnologías de comunicación, nos damos cuenta de que nuestra transición política no alcanza todavía a los medios, frente a lo cual, algunos de ellos postulan una especie de excepción jurídica, llegando a formular el principio —como piedra angular de su filosofía de la impunidad—, de que “no hay mejor ley que la que no existe” o lo que es peor, “la Ley de Imprenta es perfecta porque no se aplica”.

Las libertades de expresión e información y sus derechos conexos constituyen instrumentos idóneos para preservar el Estado de derecho y favorecer las prácticas democráticas, porque generan contrapesos frente al ejercicio del poder. Más aún: constituyen una polea de transmisión de conocimientos para que los individuos pasen de la condición de súbditos a la de ciudadanos.

El dato esencial de este debate es que, en una democracia que en verdad se precie de serlo, no puede haber poderes impunes ni poderes ilimitados.

En tal sentido, corresponde al legislador adecuar a un marco jurídico el desarrollo acelerado en materia de comunicación.

Es necesaria esa certidumbre jurídica para que los ciudadanos puedan ser más libres.

Las disposiciones jurídicas existentes que norman la actividad de la comunicación social —y que a la fecha están formalmente vigentes— se

encuentran en ordenamientos inoperantes, no tanto por lo añejo de su promulgación (la Ley de Imprenta data de 1917) sino por su falta de aplicación y consecuencia con la realidad normada.

En resumen: la transición política, la transición democrática de principios de siglo, no es posible si carecemos de seguridad jurídica en materia de medios de comunicación.

Lo anterior únicamente puede ser posible a través del establecimiento de mecanismos que obliguen a que ocurran procesos transparentes, tanto en el otorgamiento de concesiones de radio y televisión, como en la vigilancia de la aplicación de los reglamentos que regulan las actividades en materia de comunicación, evitando al mismo tiempo la existencia de monopolios.

Establecer reglas claras dotará de seguridad a los actores del proceso de comunicación. Que no sea el Poder Ejecutivo Federal el que discrecionalmente goce de tantas facultades. Por ejemplo, en los nuevos títulos de concesión de radio, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se reserva en forma expresa el derecho de revisarla cada cinco años. Eso le arrebató certeza jurídica a los concesionarios, quienes, en algunos casos, prefieren dejar de invertir.

Actualmente pisamos un terreno donde impera la inseguridad jurídica. Es necesario que nuestra mirada esté dirigida por un marco jurídico que al mismo tiempo sea el camino para que nos convirtamos en ciudadanos más libres, para que la democracia en el nuevo milenio sea un ejercicio y no un objetivo inalcanzable.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Elementos para una reconstrucción dogmática del derecho a la información en México*. III. *El derecho de la información en México*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, el debate acerca del derecho a la información cumplió ya más de dos décadas. Desde la reforma de 1977, que modificó la parte final del artículo 6o. de la Constitución para introducir la frase “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, se han organizado distintos foros y consultas públicas, en los cuales se han expuesto las más diversas opiniones sobre su naturaleza y contenido, así como sobre las supuestas “ventajas” e “inconvenientes” de su regulación;¹ incluso se han elaborado varias iniciativas de ley en tal sentido.² A pesar del largo camino reco-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco las valiosas observaciones de Héctor Fix-Fierro.

1 Por ejemplo, las audiencias públicas que, luego de la reforma del artículo 6o. de la Constitución, tuvieron lugar del 21 de febrero al 6 de agosto de 1980. Las ponencias presentadas pueden consultarse en *Audiencias públicas sobre el derecho a la información*, Cámara de Diputados, LI Legislatura, 1989, 3 ts., mimeo. Un análisis de ellas en López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 1984, pp. 71-130. Por su parte, la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados convocó a una consulta pública en materia de comunicación social que tuvo lugar del 8 de junio al 11 de julio de 1995. Véase *Consulta Pública en Materia de Comunicación Social. Primera Etapa de Relatoría de Foros Regionales*, Comisión Especial de Comunicación Social de la Cámara de Diputados, octubre de 1995. Algunas de las ideas que ahí se expresaron pueden consultarse en la revista *Crónica Legislativa*, año 4, núm. 5, octubre-noviembre de 1995.

2 A finales de diciembre de 1980, la entonces Coalición de Izquierda presentó una iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social. En el mismo año, la Coordinación de Comunicación Social de la Presidencia de la República, bajo la dirección de Luis Javier Solana, preparó un anteproyecto de Ley de Comunicación Social. Un análisis de su contenido en López-Ayllón, *op. cit.*, *supra*, nota 1, pp.

rrido, en la sociedad mexicana no se ha generado aún consenso sobre la necesidad y manera de regular las cuestiones relacionadas con la información, pues existen profundas divisiones y una enorme confusión sobre esta materia. A lo anterior ha contribuido, al menos en parte, la falta de rigor que ha existido para precisar el contenido y el alcance del “derecho a la información”.

Este trabajo pretende contribuir a la comprensión del “derecho a la información” y a los retos que implica su regulación para la sociedad mexicana. Para ello, en la primera sección, analizaremos este derecho como un derecho fundamental, principalmente a partir del marco conceptual proporcionado por la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.³ En la segunda sección expondremos lo que a nuestro juicio es la materia del derecho de la información y propondremos algunos principios que pueden orientar la política reguladora en este campo. Finalmente, haremos algunas reflexiones finales sobre el porvenir de la regulación de la información en México.

La materia que abordamos en este trabajo es extensa y presenta con frecuencia problemas que, por limitaciones de espacio, no será posible tratar con detalle. En efecto, la dogmática de los derechos fundamentales es técnicamente compleja e implica el planteamiento de cuestiones sutiles que no admiten respuestas sencillas. Para efecto de la exposición simplificaré, con el riesgo de banalizarlos, algunos de sus argumentos. Pretendo simplemente mostrar que la teoría sobre los derechos fundamentales puede aportar luz respecto de algunos de los problemas que se han expuesto en relación al derecho a la información y contribuir a resolver con rigor algunas de las cuestiones que, durante años, han sido respondidas con argumentos circulares. Esto ayudará, sin duda, a abandonar el callejón sin salida en el que nos encontramos respecto de su regulación.

106-111. Recientemente, los grupos parlamentarios de los partidos de Acción Nacional, de la Revolución Democrática y del Trabajo, de la LVI Legislatura del Congreso de la Unión, presentaron el 22 de abril de 1997 una nueva iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social que se complementaba con otra que reformaba la Ley Federal de Radio y Televisión y la Ley Federal de Entidades Paraestatales. El texto de ambas iniciativas puede consultarse en Zamarripa, José, *Hacia la normatividad de los medios de comunicación*, México, Grupo parlamentario del PRD, Cámara de Diputados LVI Legislatura, 1997, pp. 173-237. Para una visión de conjunto de los intentos por legislar en la materia véase Carpizo, Jorge, “Constitución e información” en Valadés, Diego y Carbonell Miguel (eds.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, 2000, pp. 44-48.

3 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Por otro lado, las innovaciones tecnológicas que han ocurrido en los años recientes, en particular la convergencia de las telecomunicaciones, la informática y los medios audiovisuales, están produciendo una profunda revolución en la capacidad social de procesar, almacenar y transmitir la información. Tradicionalmente anclados sobre una base nacional, mono-tecnológica y frecuentemente monopólica, los servicios relacionados con la información están modificándose rápidamente, al grado de crear auténticos espacios “virtuales”, deslocalizados y no jerarquizados, donde “circulan” diariamente millones de unidades de información. Las consecuencias económicas, políticas y culturales de esta revolución tecnológica plantean enormes desafíos al derecho. Ninguna política regulatoria nacional puede desconocer esta realidad cambiante, potencialmente rica, pero también perturbadora, que desafía los conceptos tradicionales y obliga a una evolución significativa de los procedimientos e instituciones jurídicas.

Así, es necesario reconocer que el debate en torno a la regulación de la información tiene importantes contenidos tecnológicos, políticos, económicos y sociales. Su análisis jurídico incluye sólo una de sus dimensiones y no pretende agotar la discusión. Sin embargo, la precisión sobre su contenido normativo permitiría delimitar mejor el debate y quizá sentar las bases para lograr el consenso sobre la necesidad de su regulación.

El estudio que presentamos a continuación se concentra fundamentalmente en el derecho mexicano, por lo que sólo incluye, de manera indicativa, algunos elementos de derecho comparado, mismos que han sido tratados con mucha mayor amplitud en otros trabajos.⁴ Vale la pena insistir que en el desarrollo de la legislación mexicana, en materia de información, el recurso al derecho comparado aportaría elementos indispensables para orientar una discusión informada sobre las opciones regulatorias para nuestro país en este complejo y cambiante campo.

II. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

Este apartado tiene como propósito reconstruir dogmáticamente el derecho a la información. Para ello consideraremos, en primer término,

4 Véase especialmente el trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en esta misma obra. Otra valiosa aportación es el trabajo de Villanueva, Ernesto, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, Madrid, Fragua, 1997.

en qué sentido se puede afirmar que el derecho a la información es una libertad fundamental. Posteriormente, exploraremos la estructura de estas libertades, lo que nos permitirá más adelante determinar el alcance de la expresión que se encuentra enunciada en la última oración del artículo 60. de la Constitución mexicana.

1. *El derecho a la información como libertad fundamental*

Para determinar si existe en el derecho mexicano un “derecho a la información” es necesario preguntarse si existe una norma de derecho fundamental⁵ que establezca tal derecho en la Constitución mexicana. La respuesta a esta pregunta es, en primera instancia, afirmativa, pues la parte final del artículo 60. constitucional establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Sin embargo, este enunciado no nos dice qué es ese derecho, ni cómo, en su caso, lo garantiza el Estado.

En realidad, esto no es un problema exclusivo del “derecho a la información”. Las normas de derecho fundamental expresadas directamente por el texto constitucional son frecuentemente abiertas, tanto semántica como estructuralmente. Son abiertas semánticamente debido a la imprecisión de las expresiones que contienen,⁶ y estructuralmente porque del mandato no se infiere si una situación ha de ser creada por acciones del Estado o consiste en omisiones del mismo, y si la existencia o realización de esta situación presupone o no derechos subjetivos.⁷ Para resolver estos problemas es necesario recurrir a la dogmática de los derechos fundamentales que ofrece algunos criterios para solucionarlos.

El primer paso es identificar otras normas, denominadas normas adscriptivas,⁸ que permiten precisar el contenido semántico y estructural del

5 De manera general, puede sostenerse que las “normas de derecho fundamental son aquellas expresadas a través de disposiciones iusfundamentales entendiéndose por éstas exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental”, Alexy, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 62. Sin embargo, debe hacerse notar que el mismo autor señala que esta respuesta presenta dos problemas. El primero, que no todos los enunciados de la ley fundamental expresan normas de derecho fundamental. El segundo puede formularse con la pregunta de si a las normas de derecho fundamental de la ley fundamental realmente pertenecen sólo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la ley fundamental.

6 *Ibidem*, p. 67.

7 *Ibidem*, p. 68.

8 Según Alexy, las normas adscriptivas no son estatuidas directamente por el texto constitucional sino que son adscritas a las normas directamente estatuidas por la Constitución. Por ello, las normas de derecho fundamental pueden consistirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental

enunciado constitucional. En derecho mexicano, y respecto del “derecho a la información”, estas normas incluyen otras normas constitucionales, principalmente los artículos 6o.,⁹ 7o.¹⁰ y 8o.¹¹ de la propia Constitución, y algunas normas pertenecientes al sistema jurídico mexicano que están contenidas, entre otros, en los siguientes ordenamientos y decisiones judiciales:¹²

- Convención Americana sobre Derechos Humanos;¹³
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;¹⁴
- Ley Federal de Radio y Televisión y su reglamento;
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo;

directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscritas. Como reconoce el propio Alexy, la calificación de normas adscriptivas como normas de derecho fundamental genera una serie de problemas, tanto respecto de su identificación como de su validez, que no es posible tratar en este trabajo. Baste señalar que una norma adscriptiva será válida si es posible dar una “fundamentación iusfundamental correcta” que incluye los criterios jurídico, ético y sociológico de validez. *Ibidem*, pp. 70-73.

9 Este artículo establece: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de un ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”.

10 Este artículo establece: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito”.

11 Este artículo establece: “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.

12 Para un análisis del contenido de estas disposiciones véase López-Ayllón, Sergio, *El derecho de la información*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1997, col. Panorama de derecho mexicano.

13 Vale la pena recordar que, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución mexicana, los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, firmados por el presidente y aprobados por el Senado son “ley suprema de toda la Unión”, y los jueces deben aplicarlos directamente. Esta situación ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia, la cual ha establecido que las normas de los tratados internacionales se incorporan al derecho interno y que por ello son de “observancia obligatoria y aplicación directa”. Véase *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava Época, Pleno, núm. 78, junio de 1994, p. 12 (contradicción de tesis 3/92). Más recientemente, en una controvertida tesis, el Pleno de la Suprema Corte estableció que lo tratados internacionales se ubican jerárquicamente incluso por encima de las leyes federales y locales. Véase los comentarios a esta tesis en la revista *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208. En el caso de los dos instrumentos internacionales que nos ocupan, el decreto de aprobación del Senado fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981, y el decreto de promulgación de esta Convención se publicó el 7 de mayo de 1981.

14 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

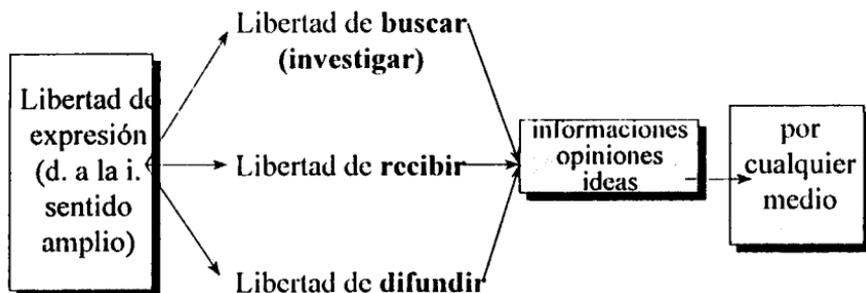
- Ley de Información Estadística y Geográfica;
- Ley General de Salud y sus reglamentos;
- Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales;
- Códigos civiles (federal, del Distrito Federal y de las entidades federativas);
- Códigos penales (federal, del Distrito Federal y de las entidades federativas), y
- Diversas tesis de jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

A este respecto, son especialmente importantes los artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵ y 19.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,¹⁶ pues estos instrumentos contienen la formulación moderna de la libertad de expresión. En efecto, estos artículos reformulan las libertades tradicionales de expresión e imprenta para adaptarlas a las nuevas condiciones de la información a finales del siglo XX. Es justamente este nuevo contenido el que, de acuerdo con la doctrina,¹⁷ constituye el “derecho a la información” y que, siendo parte del derecho mexicano, podemos expresar de la siguiente forma:

15 Este artículo establece: “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 a su elección”.

16 Este artículo establece: “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 a su elección”.

17 Véase, entre otros, López-Ayllón, Sergio, *op. cit., supra*, nota 1, pp. 146 y ss.; Desantes, José María, *La información como derecho*, Madrid, Editora Nacional, 1974, pp. 35 y ss.; Beneyto, Juan, “Los orígenes del derecho a ser informado”, *Persona y derecho*, 1978, vol. V, p. 24; Diesbach, Volker, “The Concept of Freedom of Information in International Guarantees of Human Rights”, *Law and State*, 1979, vol. 19, p. 95; Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, México, Siglo XXI, 1979, pp. 151 y ss.; Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado democrático e información. El derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*, s/l, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pp. 36 y ss. Desde otras concepciones, existirían dos derechos emparentados pero distintos: por un lado, la libertad de expresión, y por el otro, la libertad de información. Entre ambos no existiría subordinación ni identidad. Véase Llamazares Calzadilla, Ma. Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999, p. 41.



El “derecho a la información” (o la libertad de expresión o la libertad de información) comprende así tres facultades interrelacionadas: las de buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones o ideas,¹⁸ de manera oral o escrita, en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento. En este sentido, tal derecho incluye las libertades tradicionales de expresión e imprenta, pero es más amplio debido a que extiende la protección no sólo a la “búsqueda” y “difusión”, sino también a la “recepción” de informaciones, opiniones o ideas por cualquier medio.

Lo anterior, aunque permite precisar las conductas y el objeto del derecho, deja aún abierta la determinación de cuál es el contenido específico de las libertades que incluye. Ésta será la cuestión que trataremos en el siguiente apartado.

2. La estructura de las libertades fundamentales

El concepto de libertad es, según Alexy, “uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claro”.¹⁹ De ahí las dificultades

18 En general se admite que la información comprende hechos, datos, noticias y acontecimientos susceptibles de ser verificados. En cambio, las opiniones e ideas constituyen la exteriorización del pensamiento que implica normalmente juicios de valor, una actitud frente a la realidad o una orientación respecto a un hecho. Respecto de estas últimas no puede exigirse veracidad u objetividad pues, por definición, tienen un carácter subjetivo.

19 Alexy, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 210.

des para delimitar jurídicamente su contenido. Para este autor, la base del concepto de libertad es una relación triádica entre “el titular de una libertad (o de una no-libertad), un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad”.²⁰

Desde la perspectiva estricta de las libertades iusfundamentales, y siguiendo al mismo autor,²¹ es posible hacer las siguientes proposiciones:

- 1) Toda libertad de derecho fundamental (L) es una libertad que, por lo menos, existe en relación con el Estado (E).
- 2) Toda (L) que existe en relación con el (E) está protegida directa y subjetivamente, por lo menos, por un derecho de igual contenido a que el (E) no impida al titular del derecho hacer aquello para lo que tiene la (L).
- 3) La (L) protegida consiste en la vinculación de una libertad protegida y en un derecho al no impedimento, es decir, a no estorbar u obstaculizar la realización de las acciones protegidas.
- 4) El derecho al no impedimento por parte del (E) es un derecho a una acción negativa. A los derechos a acciones negativas corresponden prohibiciones a estas acciones, Alexy denomina “protecciones negativas” a las protecciones a través de prohibiciones.
- 5) Cuando se habla de derecho fundamental como “derecho de protección” se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen las libertades de derecho fundamental (L). Estos derechos están vinculados con las competencias para hacer valer jurídicamente sus violaciones.

De este modo, y reformulando las proposiciones anteriores, podemos decir que existe un derecho de libertad negativa perfecta frente al Estado cuando existen tres elementos: una libertad jurídica, un derecho frente al Estado para que no impida ciertas acciones, y una competencia para hacer valer jurídicamente sus violaciones.²²

Transportando esta formulación al derecho a la información podemos enunciar que éste consiste en que cualquier individuo puede, en relación

20 *Ibidem*, p. 211.

21 *Ibidem*, pp. 225 y ss.

22 La estructura formalizada de este enunciado es el siguiente: $LaEHa^{\wedge}DaE$ (\neg impide $E(Ha/\neg Ha)$); esto es, la libertad (L) consiste en que (a) puede decir en relación con el Estado (E), realizar H o no realizar H, y (a) tiene frente al Estado (E) un derecho (D) a que no le impida la alternativa de acción H o no H.

con el Estado, buscar, recibir o difundir —o no buscar, no recibir, ni difundir— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal individuo tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o difundir —o no lo obligue a buscar, recibir o difundir— informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio.²³ En caso de una violación por parte del Estado, el individuo tiene una competencia específica para su protección que, en el caso del derecho mexicano, se configura a través del juicio de amparo como medio genérico de protección de las garantías individuales (o derechos-libertades fundamentales).

Ahora bien, la dogmática de los derechos fundamentales ha establecido que, en ciertos casos, cuando la protección no es suficiente, es posible configurar “protecciones positivas” de las libertades fundamentales.²⁴ Estas protecciones surgen de la suma de una libertad negativa, tal y como ha quedado definida anteriormente, y de una acción positiva por parte del Estado. En otras palabras, en estos casos a la prohibición se suma una acción del Estado, cuyo propósito es ampliar el margen de acción de los ciudadanos y permitir un ejercicio más amplio de la libertad. En estos casos se configura lo que Alexy ha denominado “derechos sociales fundamentales”.²⁵

El argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es uno de libertad cuyo punto de partida se basa en dos tesis. La primera, que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de valor”.²⁶ La segunda, que “bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ‘ámbito vital dominado por ellos’, sino que depende esencialmente de actividades estatales”.²⁷

23 En este sentido, la hipótesis más ejemplificativa es la prohibición absoluta a los órganos estatales de ejercer cualquier tipo de censura previa en la emisión de informaciones y opiniones. Resulta esclarecedor que, como documenta Humberto Alcalá en esta misma obra, la mayoría de los tribunales, en particular la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido con toda claridad que la censura previa, directa o indirecta, queda prohibida en todo caso, y que a ella se equipara toda medida preventiva. Incluso la actividad judicial sólo puede ser ejercida una vez que se haya emitido la información u opinión.

24 Véase Alexy, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 226.

25 Véase Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 67-85.

26 *Ibidem*, p. 71.

27 *Idem*. El propio autor desarrolla las objeciones más importantes a estos derechos fundamentales sociales, que pueden ser agrupadas en dos argumentos complejos. Uno formal, y otro material. Simplificadamente, el argumento formal aduce el dilema de si los derechos fundamentales sociales

Existen genéricamente tres maneras en las que el Estado puede acrecentar el campo de acción de los individuos. La primera es otorgar competencias de derecho privado o público. Tal sería, en el caso que nos ocupa, por ejemplo, el establecimiento de los derechos de réplica o rectificación.²⁸ La segunda es el establecimiento de normas protectoras, típicamente de carácter penal,²⁹ sanciones administrativas, o el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil específico. Finalmente, la tercera manera, y sin duda la más problemática, es a través del otorgamiento de prestaciones. Tal sería el caso, por ejemplo, si el Estado estableciera condiciones para que los partidos políticos o grupos socialmente significativos tuvieran acceso a la radio y la televisión.³⁰ Mediante cualesquiera de estas tres “acciones positivas”, sumada a una libertad negativa, se constituye una protección positiva de una libertad fundamental (derecho prestacional).

Resta referirnos a dos cuestiones de enorme importancia que, por razones de espacio, sólo enunciaremos sin entrar en el desarrollo que requerirían. La primera de ellas es la relativa a las limitaciones de las libertades. La segunda a los conflictos entre libertades.

Existe consenso en admitir que las libertades fundamentales no son absolutas y que su ejercicio encuentra límites.³¹ Sin embargo, no cualquier limitación es válida, pues existen condiciones para ello. Una de ellas es que una norma sólo puede restringir derechos fundamentales si

conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del Parlamento a la de los tribunales constitucionales. El argumento material aduce que los derechos fundamentales sociales son irreconciliables con normas constitucionales materiales o, al menos, entran en colisión con ellas. En otras palabras, que existe una colisión entre los derechos sociales fundamentales y los derechos de libertad. Para el desarrollo y análisis de estos argumentos véase el mismo artículo citado, pp. 74 y ss.

28 Genéricamente se entiende por derecho de réplica o rectificación el derecho de las personas para rectificar la información difundida por un medio de comunicación social de hechos que la aludan, que considere inexactos y que puedan causarle perjuicio. El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

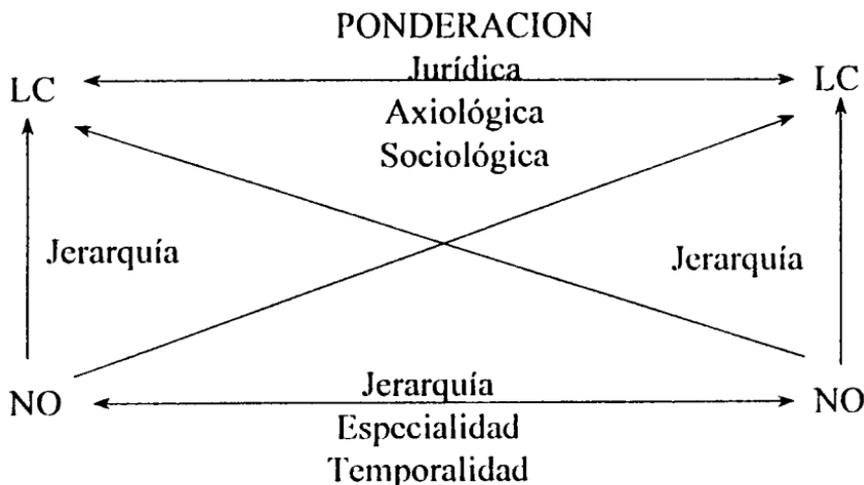
29 Tal sería, por ejemplo, el caso de los delitos de difamación o calumnias.

30 Este es el caso, por ejemplo, del denominado “derecho de antena”, que se define como el derecho que tienen los grupos sociales y políticos significativos al acceso a los medios de comunicación, particularmente aquellos dependientes o controlados por el Estado. Véase, por ejemplo, Souvirón Morenilla, José María, *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Granada, Comares, 1999, pp. 454-460.

31 Para el desarrollo de las restricciones de los derechos fundamentales véase Alexy, *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 267 y ss.

tiene carácter constitucional, o si la restricción está basada en una norma de rango constitucional. En otras palabras, sólo una norma constitucional puede, directa o indirectamente, restringir una libertad iusfundamental.³²

Una cuestión distinta a los límites, pero íntimamente relacionada con ella, la constituyen los conflictos entre libertades. En esta hipótesis no se trata de una limitación en sentido estricto, sino de la colisión de dos libertades. Para resolver este tipo de conflictos es necesario ubicar el nivel en el que se da el conflicto normativo. En el caso de conflictos entre libertades fundamentales (L), la resolución del conflicto requiere necesariamente una ponderación a tres niveles: jurídico, axiológico y sociológico.³³ En el caso de conflictos entre una libertad fundamental (L) y una norma ordinaria (NO), debe prevalecer, en razón de su jerarquía, la libertad fundamental. Por último, en los conflictos entre normas ordinarias (NO) derivadas de libertades fundamentales se atenderá a los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad. De este modo, una vez que se plantea un conflicto específico en materia de libertad de información, será necesario determinar la situación específica de éste para poder resolverlo. El cuadro siguiente sintetiza lo anterior:



32 *Ibidem*, p. 277.

33 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha delimitado el contenido de las libertades de expresión e información (artículo 20 de la CE) mediante la ponderación de los derechos y bienes que supuestamente han entrado en conflicto. Véase Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 30 y ss.

A partir de las ideas expuestas anteriormente podremos, a continuación, intentar delimitar el significado de la última parte del artículo 6o. de la Constitución mexicana.

3. *El alcance de la expresión “derecho a la información” en el artículo 6o. de la Constitución mexicana*

En primer término podemos sostener, conforme a lo expuesto hasta ahora, que existe en el derecho mexicano un haz de tres libertades (libertad de buscar, libertad de recibir y libertad de difundir) relacionadas con la información y la opinión, y que son las que, en conjunto, podemos denominar como “derecho a la información”. Este derecho engloba y reformula las libertades tradicionales de expresión e imprenta contenidas en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución, al tiempo que las amplía al incluir las acciones de “buscar” y “recibir”. Estas tres libertades tienen una cobertura amplia y protegen la emisión o recepción de informaciones y opiniones por cualquier medio o procedimiento (prensa, radio, televisión, cine, audio, video, teléfono, fax, Internet, etcétera).

Estas tres libertades constituyen derechos subjetivos de los particulares frente al Estado; es decir, suponen que los individuos tienen un derecho frente al Estado a que éste no les impida realizar las acciones protegidas. Los individuos pueden, por otro lado, realizar libremente las acciones protegidas y tienen un medio genérico de protección que, en derecho mexicano, se ejerce mediante el juicio de amparo.

Una parte de la doctrina en México, e incluso una cuestionable tesis de la Suprema Corte de Justicia,³⁴ han sostenido que el derecho a la información es una garantía social que se limita a asegurar la expresión de los partidos políticos por los medios de comunicación. Desde nuestro punto de vista, ésta es una interpretación incorrecta por diversas razones. La primera razón es que la doctrina reconoce que las garantías sociales tienen el propósito fundamental de tutelar a las clases económicamente débiles.³⁵

34 La tesis, en su parte relativa, dice: “Que el derecho a la información es una garantía social, correlativa a la libertad de expresión, que se instituyó con motivo de la llamada ‘reforma política’...y que no se pretendió establecer una garantía individual consistente en que cualquier gobernado, en el momento que lo estime oportuno, solicite y obtenga de los órganos del Estado determinada información”, *Semanario Judicial de la Federación*, octava Época, agosto de 1992, t. X, p. 44.

35 Véase, entre otros, Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3a. ed., México, UNAM, 1979, p. 161; Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio del derecho procesal social”, *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 497-526; Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 26a. ed., México, Porrúa, pp. 704 y ss.; las voces “Garantías individuales” y

En este sentido, resulta obvio que los partidos políticos no son sujetos de garantías sociales, pues no constituyen en ningún sentido una “clase económicamente débil”. La segunda se refiere a la ubicación del derecho a la información en el título primero de la Constitución (De las garantías individuales), así como al hecho de que esté incluido en los instrumentos internacionales de derechos humanos ya citados; ello permite afirmar que, como todos los derechos humanos, se trata de un derecho subjetivo individual. Finalmente, otras tesis de jurisprudencia de la propia Suprema Corte de Justicia han confirmado que el derecho a la información es una “garantía individual”.³⁶

“Garantías sociales”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. IV, pp. 273 y ss. Es importante no confundir este concepto de “garantías sociales” con el de “derechos sociales fundamentales”, o “derechos prestacionales” al que nos hemos referido anteriormente, pues la cobertura de éstos no está limitada a ciertas clases sociales, sino que tienen una cobertura universal. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la salud o el derecho a la educación.

36 Esto se comprueba empíricamente con las diversas tesis que, en materia de derecho a la información, han pronunciado los tribunales federales. Así se ha establecido que el artículo 6o. constitucional, *in fine*, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que “esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados”, *Semanario Judicial de la Federación*, novena Época, Pleno, t. III, junio de 1996, p. 513; “Si un recurrente sostiene que su interés jurídico deriva del artículo 6o. constitucional, porque como miembro de esa sociedad interesada en que se administre justicia en forma pronta y expedita, le afecta que el informe rendido por el presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal al Pleno del mismo, no contenga datos exactos en relación con el rezago de expedientes, tal afectación resulta inexacta en atención a que ese precepto consagra el derecho de todo gobernado a la información, pero el contenido del mismo como garantía individual debe presuponer la existencia de un acto autoritario que vulnere directamente esa prerrogativa del gobernado. Por tanto, si no se acredita que el quejoso haya solicitado la información de que se trata, no se demuestra que exista un acto de autoridad que vulnere la garantía que estima violada pues, independientemente de que exista un informe de labores rendido por la autoridad antes mencionada, ese acto, al no estar dirigido al promovente, no le causa ningún perjuicio pues, en términos de la ley orgánica respectiva, lo rinde al Tribunal Pleno y no al público en general.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena Época, Segunda Sala, t. V, febrero de 1997, p. 346; “El artículo 6o. constitucional vino a garantizar explícitamente el derecho a la información, que ya está implícito en todo sistema democrático, puesto que el voto de los ciudadanos

El derecho a la información en México, tal y como lo hemos delimitado anteriormente, encuentra las restricciones explícitas que están enunciadas en los artículos 6o.,³⁷ 7o.,³⁸ 3o.³⁹ y 130 de la Constitución,⁴⁰ 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴¹ 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴² y otras disposiciones aplicables de los códigos penales y la Ley de Imprenta. Estas restricciones⁴³ incluyen, de manera esquemática, las siguientes cuestiones:

1) la moral pública,⁴⁴ especialmente la protección de grupos vulnerables (niños y jóvenes);

tiene derecho a ser un voto informado y no un voto a ciegas. Y habiendo derecho a la información, es de verse que actualmente las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles, para establecer un floreciente negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general, protegidas por el artículo 6o. constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las garantías constitucionales. Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, sólo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del interés común, que está en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales...”, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. 115-120, sexta parte, p. 141.

37 Ataques a la moral, los derechos de terceros, se provoque algún delito o se perturbe el orden público.

38 El respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.

39 Interpretado a *contrario sensu*, la educación en México no podrá favorecer los privilegios de razas, religión, grupos, sexos o individuos.

40 Por ejemplo, los ministros de culto no podrán en actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o sus instituciones.

41 Sujeta a ciertas condiciones, puede restringirse la libertad de expresión para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de terceros y para proteger la seguridad nacional, el orden público y la salud o la moral públicas.

42 Se admiten restricciones para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

43 Para una perspectiva de derecho comparado véase Llamazares Calzadilla, María Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 304-365; Derieux, Emmanuel, *Droit de la communication*, 3a. ed., París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999, pp. 359-510; Morange, Jean, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 4a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 281-290 y 316-324.

44 En derecho mexicano, este concepto está vagamente desarrollado en el artículo 2o. de la Ley de Imprenta de 1917 y en los distintos delitos de ultrajes a la moral, corrupción de menores y provocación o apología del delito de los distintos códigos penales. La interpretación de los tribunales federales no ha esclarecido el contenido de este término, pero se ha reconocido que es relativo a la comunidad. En este sentido la Corte ha dicho que "...Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados

- 2) la seguridad nacional;
- 3) la defensa del Estado democrático;⁴⁵
- 4) el orden y la seguridad públicas,⁴⁶ y
- 5) la salud pública

Por otro lado, las libertades contenidas en el derecho a la información pueden entrar en colisión con los siguientes derechos:⁴⁷

- 1) El derecho a la intimidad o vida privada,⁴⁸ y
- 2) El derecho al honor y la reputación.

como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en materia de moralidad pública, tiene el juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas. El concepto es el medio moral que debe servir de norma y guía al juez, en la decisión de estos problemas jurídicos y no existe en tan delicada cuestión, un medio técnico preciso que lleve a resolver, sin posibilidad de error, lo que legalmente debe conceptuarse como obsceno...”, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta Época, Primera Sala, t. LVI, p. 133.

45 El artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que se prohibirá por ley “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

46 Además de, por ejemplo, los delitos de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión y revelación de secretos, en circunstancias excepcionales, el Estado puede suspender el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta hipótesis se encuentra establecida en el artículo 29 de la Constitución.

47 En derecho mexicano estos derechos se contienen, de manera directa o indirecta, en los artículos 6o. (derechos de terceros) y 7o. (vida privada) constitucionales, 13.2.a. y 11 (protección de la honra, la dignidad y la vida privada) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.3.a y 17 (vida privada) del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. Aunque de forma parcial, estos derechos están tutelados en materia penal a través de los delitos de difamación y calumnias. Otros ordenamientos contienen disposiciones que, aunque de manera meramente enunciativa, protegen la confidencialidad de la información, por ejemplo, los artículos 49 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 66 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

48 Recientemente la vida privada se ha constituido como una libertad autónoma. En términos generales, se genera una violación a la vida privada cuando una persona obtiene o difunde información sin respetar la exclusividad que corresponde a su titular. Esta situación se ha potencializado por los avances tecnológicos en materia de acopio, almacenamiento y transmisión de informaciones. Tanto el Estado como algunas entidades privadas (esto es: hospitales, escuelas, instituciones financieras y de seguros) cuentan con bancos de datos de información personalizada que pueden accederse y difundirse sin la autorización del titular. El problema se plantea prácticamente al tratar de delimitar la frontera entre el interés particular y el interés público a ser informado (en este sentido la “libertad de recibir” informaciones), en particular, cuando se trata de personajes de la vida pública. En estos casos, previa ponderación, puede prevalecer el interés público subyacente en la libertad de recibir informaciones, siempre y cuando exista un interés general que pueda ser afectado por hechos, actividades o manifestaciones que corresponden a la vida privada. Este conlleva el ejercicio de apreciación del interés, el cual debe estar en todo caso sometido al control judicial. En esta materia resulta ilustrativa

Ahora bien, del texto constitucional, en particular de la última frase del artículo 6o., parece desprenderse un concepto menos amplio de “derecho a la información”, que se refiere exclusivamente a las acciones positivas que el Estado tendría que realizar para asegurar el ejercicio de las libertades antes mencionadas. En otras palabras, lo que introdujo la reforma de 1977 fue un “derecho social fundamental” en el sentido que hemos definido anteriormente, y que complementa las libertades fundamentales de “buscar”, “recibir” o “difundir” informaciones y opiniones. El problema reside en que estas acciones no están delimitadas por el texto constitucional y por ello requieren necesariamente elaboración legislativa.

Es esta última parte la que, en gran medida, ha creado una enorme confusión cuando se habla de la “reglamentación” del derecho a la información. En realidad, se trata de la regulación de las acciones positivas del Estado para ampliar el ejercicio de las libertades (por ejemplo, a través de la legislación que asegura a los partidos políticos tiempo en los medios de comunicación). Esta regulación no podría ser violatoria de las libertades, pues su propósito es expandir su ejercicio. Por lo demás, los límites al ejercicio están señalados en el propio texto constitucional y por ello no podrían imponer restricciones adicionales.⁴⁹ Independientemente de lo anterior, las tres libertades (en tanto derechos subjetivos) pueden ejercerse de manera directa por los sujetos del derecho y no requieren de legislación secundaria alguna.

El problema reside, como lo ha señalado recientemente en un penetrante artículo Juan Antonio Cruz, en que la mayoría de los derechos so-

la interpretación que ha hecho la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que “...los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública... pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública”. Véase Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, *supra*, nota 33, p. 129. En México, los tribunales federales han dicho que “Allí [en la fracción I y en la IV de la Ley de Imprenta] se contiene una limitación a las garantías de los artículos 6o. y 7o. constitucionales, pero se refiere a la vida privada, no a la que observan los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, pues esto le interesa a la sociedad, y la crítica que la misma o sus componentes hagan, es legal si no se ataca la moral, a los terceros o al orden público”, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta Época, vol. VII, segunda parte, p. 10.

49 Mucho se ha hablado que la legislación reglamentaria del artículo 6o. constituiría una “ley mordaza”. Se olvida que la Constitución y las convenciones internacionales de derechos humanos prohíben de manera expresa cualquier tipo de censura previa. Por ello cualquier ley que la estableciera de manera directa o indirecta sería claramente violatoria de la propia Constitución.

ciales (o derechos prestacionales), en México, están configurados “como directrices que persiguen fines y que dejan al Estado la elección de los medios que considere adecuados para su realización”.⁵⁰ En efecto, el lenguaje utilizado en la Constitución deja amplios espacios de discrecionalidad para la administración y el Legislativo, diluyendo la protección ampliada que supone el derecho social fundamental.⁵¹ Esta situación es la que ha permitido la ausencia de una auténtica política legislativa en materia de información en México. Por ello, para comprender plenamente el alcance de la regulación en materia de información, vale la pena precisar un concepto de contenido diferente al que hasta ahora hemos explicado: “derecho de la información”.

III. EL DERECHO DE LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

El “derecho de la información” es un concepto doctrinal que se refiere al estudio y sistematización de las disposiciones jurídicas positivas en materia de información. Por definición, incluye, pero no se agota, en el estudio de las libertades de recibir, buscar y difundir informaciones y opiniones. Aunque los esfuerzos se han multiplicado en los años recientes, este derecho es todavía incipiente, pues aún no se ha elaborado un cuerpo organizado de principios que permita sistematizar el estudio de las normas jurídicas en materia de información.⁵² Su estudio responde, en la mayoría de los casos, a tipologías *ad hoc* que describen la situación en países y circunstancias específicos.

1. *La materia del derecho de la información*

Las disposiciones vigentes en materia de información tienen una extrema variedad en su objeto, contenido, origen, inspiración, funciones y naturaleza; se encuentran en instrumentos de naturaleza constitucional, administrativa, civil, penal, comercial, laboral, electoral e internacional. A pesar de lo anterior, es posible esbozar el campo de estudio del derecho

50 Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica” en Carbonell, Miguel, Cruz, Juan A. *et al.* (eds.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, p. 101.

51 *Idem.*

52 Al respecto véase Derieux, Emmanuel, *op. cit.*, *supra*, nota 43, pp. 13 y ss.; Desantes Guanter, José María, *Fundamentos del derecho a la información*, Madrid, Confederación de Cajas de Ahorro, 1977; Trudel, Pierre, *Droit de l'information et de la communication*, Montreal, Les Editions Thémis-Université de Montreal, 1984; Llamazares Calzadilla, María Cruz, *op. cit.*, *supra*, nota 44.

de la información.⁵³ Éste comprendería el estudio de las tres libertades a las que nos hemos referido, sus límites y conflictos; el régimen informativo del Estado; las normas que regulan a las empresas y las actividades de comunicación; el estatuto de los profesionales de la información; el régimen de responsabilidad civil y penal, y, al menos para algunos autores, el derecho de autor y los denominados derechos vecinos. El conjunto de estas disposiciones conformarían el universo de esta rama del derecho.

En México, como en otros países, tenemos un número importante de disposiciones, generales o particulares, con contenidos y objetivos distintos, incluso contradictorios, expedidas en distintos momentos, y que conforman el régimen jurídico de la información.⁵⁴ Estas disposiciones no tienen unidad alguna y, en muchos casos, sus contenidos están completamente sobrepasados por la realidad económica, tecnológica y social. Además, respecto de otros países, tenemos lagunas importantes en materias tales como las obligaciones informativas del Estado, el estatuto de las empresas y los profesionales de la información, así como el régimen de responsabilidad.

En otras palabras, las disposiciones en materia de información en México no responden a una visión de conjunto del manejo de la información, responden a los intereses más diversos. Sobre todo, y por distintas razones, las omisiones son las más preocupantes en esta materia.

2. *Algunos elementos para su regulación*

Es necesario reconocer que la regulación de la información no es una tarea fácil, y presenta problemas técnicos y políticos considerables. Por ello, la modificación del marco jurídico de la información requiere cuidado, así como un debate amplio que pueda construir consensos y claridad en los principios que regulan la materia. Al respecto cabe señalar, al menos, los siguientes aspectos.

En primer lugar deben destacarse las profundas transformaciones en el campo de la información.⁵⁵ La generalización de tecnologías digitales,

53 En esta clasificación seguimos de cerca la propuesta de Derieux, E., *op. cit., supra*, nota 43, pp. 13 y ss.

54 Para el desarrollo del contenido de estas disposiciones en derecho mexicano véase López-Ayllón, *op. cit., supra*, nota 13.

55 Véase Kuhlmann, Federico y Antonio Alonso, *Información y telecomunicaciones*, México, FCE, 1996, col. La ciencia para todos 149.

basadas en el código binario aplicable a todos los tipos de información, sumados al progreso en las técnicas de transmisión, ha producido la “convergencia” de la informática, las telecomunicaciones y los medios audiovisuales, lo cual está produciendo una auténtica revolución tecnológica de inmensas consecuencias en el mundo.⁵⁶ Todos los sectores de la actividad humana, el saber, la cultura, la seguridad, la economía, la identidad, el poder, la democracia y, desde luego, el derecho, se encuentran afectados por esta situación que ofrece al mismo tiempo enormes potenciales (acceso generalizado a información, descentralización, transparencia, incremento en el escrutinio público, etcétera) y grandes retos (uniformidad, monopolios, intromisión en la vida privada, etcétera).

Desde el punto de vista técnico, la tecnología permite flujos de información (mediante el uso del espectro radioeléctrico, el satélite o el cable) deslocalizados que escapan al control territorial propio del derecho nacional.⁵⁷ Esto supone un doble reto. Por un lado, la generación y aplicación de los principios regulatorios aplicables a los medios de transmisión, y por otro, aquellos relativos al contenido de la información.

Desde el punto de vista político y económico, el debate se plantea entre los enfoques liberales, que proponen que las condiciones de mercado son las mejores garantías de la pluralidad y diversidad en la información, y aquellos que cuestionan esta hipótesis en beneficio de distintos grados y calidades de intervención del Estado y la sociedad civil.⁵⁸

Este debate agita la mayoría de las discusiones sobre los modelos que deberían adoptarse cuando se plantean regulaciones de conjunto sobre la información, en particular, dadas las condiciones de globalización que existen en materia de información.⁵⁹ En todo caso, la experiencia comparada parece indicar que cada vez se abandonan más los enfoques regulatorios de “instrucción y control” por aquellos que intentan una mayor racionalización de la intervención regulatoria desde cualquier punto de vista. Sin embargo, dicha intervención parece esencial para asegurar la

56 Véase el estupendo trabajo de Cohen-Tanugi, Laurent, *Le nouvel ordre numérique*, París, Odile Jacob, 1999.

57 El ejemplo más visible es Internet, pero el problema es similar en la transmisión por cable o por medio de satélites.

58 *Ibidem*, pp. 147 y ss. Véase también Keane, John, “La democracia y los medios de comunicación”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm 129, 1991, pp. 549-567.

59 Véase Mattelart, Armand, *La mondialisation de la communication*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1988, col. que sai-je? 3181, 127 pp.

conurrencia de los agentes, adaptar los marcos jurídicos y, sobre todo, preservar los valores políticos y sociales fundamentales.

En este sentido, nos parece que la regulación se justifica en los siguientes casos. Primero, cuando se trata de administrar recursos escasos o para impedir la formación de monopolios y asegurar así la pluralidad de la información y la equidad en su acceso. Segundo, para prevenir o minimizar riesgos (esto es, exposición de menores a material pornográfico, excesos en la publicidad o las prácticas monopólicas). Tercero, para hacer compatible el ejercicio de diversos derechos (es decir, derecho a la vida privada y libertad de información) y cuarto, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones informativas de ciertos sujetos, en particular del Estado. En todos los casos, la regulación debería estar inspirada en el principio de transparencia y tender a asegurar la mayor participación social posible.

Desde esta perspectiva, sería factible reconsiderar el conjunto de las disposiciones jurídicas en materia de información en México y, en su caso, comenzar a establecer reglas en aquellos sectores donde hoy la legislación es silenciosa. Aquí es donde toma especial relevancia una construcción rigurosa del concepto de “derecho a la información”, pues es ésta la que permitirá dar coherencia y estructura al conjunto de las disposiciones jurídicas en materia de información. No debe olvidarse que, en última instancia, todas las normas positivas tendrán que ser congruentes con los principios constitucionales que ya hemos señalado.

En particular, nos parece urgente considerar la necesidad de regular la actividad informativa del Estado y el régimen de los medios de comunicación. En específico, podemos señalar los siguientes aspectos:

A. Respecto del Estado

- a) Establecer un régimen general que permita el acceso directo y personal de los ciudadanos a los documentos administrativos. Este principio admitiría excepciones; entre las más importantes están la protección a los documentos nominativos y la facultad de la autoridad administrativa de designar, sujeta a las condiciones que deben estar señaladas en la ley, ciertos documentos como confidenciales o no comunicables. Otros aspectos que debe incluir esta regulación incluyen las modalidades de acceso, los documentos que deben ser publicados y los procedimientos de defensa que debe tener el particular en caso que se le niegue acceso.

- b) Establecer la obligación de los órganos del Estado de crear archivos públicos y garantizar su acceso personal y directo. Como en el caso anterior, el acceso puede ser limitado bajo ciertas condiciones que deben estar contempladas expresa y específicamente en la legislación.
- c) Determinar las obligaciones del Estado como fuente de información. Este aspecto comprende la regulación de sus relaciones con los medios de comunicación; sus obligaciones en materia de publicación de información, y los mecanismos y procedimientos disponibles por los particulares para permitir su intervención en los procedimientos de toma de decisión (por ejemplo, publicación anticipada de proyectos de leyes y reglamentos para permitir que los particulares expresen su opinión).
- d) Avanzar en el perfeccionamiento de la regulación en materia electoral. A este respecto existe consenso en que es necesario revisar la regulación existente para asegurar los principios de equidad y pluralidad que deben guiar esta materia. Aunque mucho se ha hecho, en particular por las últimas reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimiento Electorales,⁶⁰ la experiencia de los procesos electorales sugiere la necesidad de profundizar en esta materia.
- e) Considerar la conveniencia de crear procedimientos administrativos o judiciales específicos para que los particulares puedan asegurar el cumplimiento de las obligaciones informativas del Estado (por ejemplo el *habeas data*).

B. Respecto de los medios de comunicación

- a) Crear reglas para permitir la transparencia del estatuto jurídico de las empresas dedicadas a las actividades de comunicación. Ello crearía, por un lado, condiciones que facilitarían su independencia de los centros de poder político y económico. Por el otro, permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que le informan.

60 Véanse, por ejemplo, los artículos de Carpizo, Jorge, "La reforma federal electoral de 1994", y de Magar, Eric y Molinar, Juan, "Medios de comunicación y democracia", ambos en la obra compilada por Alcocer, Jorge, *Elecciones, diálogo y reforma*, México, Nuevo Horizonte-CEPNA, 1995, 2 vols.

- b) Modificar los procedimientos vigentes para la asignación de las concesiones y permisos para la operación de los medios de comunicación.⁶¹ Esto incluye explicitar los criterios que debe utilizar la autoridad para asignarlos, determinar las modalidades de operación e incluso crear un organismo autónomo encargado de otorgarlos y supervisar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la concesión.
- c) Establecer el acceso a los medios de los grupos sociales y políticos significativos. Este aspecto es delicado, pues no se trata de imponer condiciones restrictivas a la operación, sino facilitar, mediante mecanismos equitativos, el acceso a ciertas organizaciones sociales significativas.
- d) Evitar las prácticas monopólicas y la concentración. Ésta es una de las claves de un sistema democrático que, lamentablemente, no ha conseguido ser lograda plenamente en el sistema mexicano de medios de comunicación.
- e) Regular los derechos de respuesta y rectificación en los medios de comunicación masiva. Esta regulación debe considerar las características del medio, precisar las personas a las que se les otorga, las razones para su ejercicio y los procedimientos para hacerlo valer.
- f) Establecer mecanismos de carácter procesal que permitan, mediante la acción de los particulares, corregir los posibles excesos de los medios de comunicación. Esto podría lograrse a través de un órgano especializado (es decir, el *ombudsman* de la prensa), la

61 Al respecto vale la pena referirse a diversas tesis pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en esta materia. Entre otras, la siguiente: “En cuanto a que la Secretaría de Comunicaciones es la única autoridad que cuenta con conocimientos suficientes para determinar si es o no de interés social que funcione determinado número de radiodifusoras, debe decirse que es una pretensión insostenible de las responsables, pues en primer lugar, las dejaría del análisis de constitucionalidad de sus decisiones en ese aspecto, lo que sería violatorio del artículo 103, fracción I, de la Constitución federal, y en segundo lugar, dejaría al arbitrio de los gobernantes el uso de uno de los medios más importantes para la difusión de las ideas, lo que sería dejar a su arbitrio o aun a su capricho o interés la libertad de expresión, lo que sería claramente violatorio del artículo 6o. constitucional, pues si el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la información, implícito ya en todo sistema democrático en que el voto de los ciudadanos debe ser un voto informado y no un voto a ciegas, ese derecho implica la obligación de no entorpecer el uso de los medios de difusión de ideas, y prohíbe que el Estado se erija en guardián tutelar de la cantidad o calidad de medios de difusión que en su propio criterio estima que deben existir en el país, como si paternalmente pudiese controlar la cantidad y calidad de la difusión de las ideas”, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. 145-150, sexta parte, p. 226. Véase también *Semanario Judicial de la Federación*, séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. 115-120, sexta parte, p. 141, tesis Radio y Televisión. Otorgamiento de Concesiones.

ampliación de las facultades de instituciones que ya existen (como las comisiones de derechos humanos) e incluso procedimientos especiales ante los tribunales administrativos y judiciales.

- g) Constituir un estatuto profesional aplicable a los profesionales de la información. Éste debería ser menos el resultado de una regulación estatal y más un verdadero código deontológico hecho y aplicado por los profesionales de la información. Por otro lado, como contrapartida a este estatuto aplicable a los profesionales de la información, debe contemplarse también un régimen de responsabilidad civil y penal especial en materia de información. Me parece que más que la acción del Estado, es la actividad de los ciudadanos la que permitiría ejercer acciones de balance en materia de información.

IV. CONCLUSIONES

México ha sufrido, en los últimos años, cambios dramáticos y profundos. En particular en materia jurídica, las transformaciones del sistema jurídico en los últimos años han dado origen a un “nuevo” diseño institucional que, aunque imperfecto, contiene los elementos esenciales de un sistema democrático moderno.⁶² Sin embargo, existen aún asignaturas pendientes, una de ellas es el régimen jurídico de la información.

En efecto, la vida democrática depende de la construcción de un espacio público informado. Así, en condiciones iguales, “cuanto mayor sea el grado de accesibilidad pública al derecho, de las decisiones judiciales junto con su justificación y de los otros documentos oficiales, tanto mejor es el Estado de derecho”.⁶³ Dicho de otro modo, sin información el Estado de derecho no es posible ni viable. Por ello, resulta indispensable, y urgente, una modificación en el régimen jurídico de la información en nuestro país, pues, a pesar de los debates de los que ha sido objeto, ha permanecido como uno de los sectores más reacios a una reforma integral que defina los sujetos informativos, sus prerrogativas, responsabilidades y obligaciones. El “vacío jurídico” existente, particularmente en las con-

62 Véase López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997 y González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, 432 pp.

63 Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2000, p. 131.

diciones de cambio tecnológico, sólo fomenta la impresión de un caos y favorece los intereses creados.

Así, la situación que guardan la legislación y la jurisprudencia mexicanas en materia de información se explica tanto por la ausencia de una política de comunicación social que permita estructurar coherentemente al régimen jurídico de la información, como por una formulación dogmática rigurosa de las libertades en materia de información. Lo anterior sólo podrá alcanzarse mediante un consenso político que incluya al Estado, los medios de comunicación y la sociedad civil respecto de los objetivos, la función, los medios y las garantías de la información, el cual debería tomar en cuenta las condiciones económicas y tecnológicas de la información, en particular, la existencia de redes de información a escala global. Este consenso podría entonces traducirse en las medidas legislativas o reglamentarias correspondientes y en la creación de las instituciones apropiadas encargadas de la aplicación y evolución del marco jurídico. El siguiente cuadro presenta, de manera esquemática, las condiciones para lograr una regulación eficaz, equitativa y efectiva.



Finalmente, es necesario enfatizar que la reglamentación de la información no debe significar controlarla o dirigirla. El establecimiento de un marco jurídico debe implicar, por el contrario, ampliar el régimen de garantías, de libertad y de independencia, estableciendo condiciones que propicien la pluralidad, la transparencia y el acceso a la información. En

ocasiones, la multiplicación de las reglas que se ven superadas por la realidad y el avance tecnológico no son la mejor solución. Se trata, sobre todo, de una elección de carácter político que debe posteriormente traducirse en un régimen jurídico coherente y creativo que busque fundamentalmente asegurar el acceso a la información y su pluralidad. Ésta es, sin duda, la mejor garantía del derecho a la información.

LIBERTAD INFORMÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Juan José RÍOS ESTAVILLO

SUMARIO: I. *La sociedad informatizada*. II. *La vinculación de "sociedad informatizada" con el derecho a la información*. III. *La información y su participación con el derecho*. IV. *La informática o información automatizada y su interacción con el derecho*. V. *La libertad informática como expresión del derecho a la información*. VI. *La autodeterminación informativa como cauce de la libertad informática*. VII. *La libertad informativa y la libertad informática, sus peculiaridades de regulación jurídica*. VIII. *La cuestión del habeas data*. IX. *El caso mexicano en materia de libertad informática*. X. *A manera de conclusión*.

I. LA SOCIEDAD INFORMATIZADA

Podemos considerar que en la actualidad, la sociedad ha iniciado a coparticipar de una serie de fenómenos tan importantes y correlacionados con su persona, que la lectura correlacionada frecuentemente con casi todas las manifestaciones del conocimiento es la relativa a la de la "informatización de la sociedad" o bien, con la de la "sociedad informatizada".¹

Por estos efectos resulta insuficiente encontrar pautas de correlaciones entre grandes empresas corporativas y máquinas electrónicas para plantear soluciones a sus problemas, pues tanto la información como su control "eficiente" es necesario llevarlos a cabo desde la más simple operación cotidiana de cualquier sujeto, sin importar su *status* personal (ya

¹ Baste simplemente reconocer trabajos como el de Nora y Minc, *La informatización de la sociedad*, Madrid, FCE, 1983.

no se habla de factores cuantitativos ni cualitativos, tampoco de edad, religión, género, economía o poder económico, entre otros), sino que ya todo ser humano, independientemente de su colocación en un conglomerado social, necesita participar de la información externa, así como determinar mucha de su ubicación por medio de la información que transmite.

Actualmente, algo puede considerarse de mayor participación mientras más aporte al medio que lo rodea, de ahí que sea importante precisar los cúmulos de información y los mecanismos para controlarla.

Pareciera ser que las frases se deben complementar con términos como “información”, “eficiencia”, “control” y “poder”, que necesariamente desembocan en concurrencias de “sociedad informatizada”.

Aunado a lo anterior, este mismo fenómeno se ha tratado de explicar mediante otros elementos; por un lado, con afirmaciones de determinaciones como: “desarrollo de las telecomunicaciones y su proyecto de liberalización, a partir de un mercado como el actual, monopolista y oportunista, con una gran competencia y un espectacular negocio”. También se habla de revolución de telecomunicaciones que “hace que el mundo empresarial y, consecuentemente, su repercusión social —incluso en el ámbito del hogar, con los límites de acceso a la intimidad— se plantee la orientación que se debe dar a la utilización de las TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones)”.²

Consecuentemente, ante esta realidad, resulta indispensable plantearse aquellas interrogantes que logren precisar un mayor acercamiento a la solución de tales inquietudes; esto es, ¿qué elementos coparticipan ante una sociedad informatizada? ¿intervienen las normas jurídicas?

Ante la primera interrogante, resulta necesario delimitar algunas peculiaridades: para efectos del presente trabajo lo que interesa es que ante una realidad fáctica e incuantificable,³ es importante precisar convergencias entre lo que identificamos como tecnologías en materia de telecomunicaciones con aquellos elementos humanos; es decir, lo que pretendemos es radicalizar (probablemente de una manera descarada y nada “sociológica”)⁴ las uniones o coparticipaciones de tecnología con personas, indi-

2 Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, Madrid, Aranzadi, 1997, p. 24.

3 Para nosotros, no puede resultar completamente válido identificar la totalidad de los elementos que confluyen en una relación social, de ahí que digamos que son fenómenos incuantificables.

4 Decimos “sociológica” en virtud de que no somos partidarios de utilizar términos como “impacto”, que pueden resultar más sociales que jurídicos.

viduos, pero ratificando tal intervención únicamente ante un sistema jurídico o ante un Estado de derecho.

Así entonces diremos que, como importantes elementos que derivan o participan de las consecuencias del binomio “sociedad e información automatizada” están las empresas, las administraciones públicas o privadas así como las personas o individuos.⁵

Estos elementos necesariamente influyen mutuamente en las peculiaridades de la participación de un orden jurídico.

Necesariamente existen grandes probabilidades de encontrar modificaciones de relaciones entre las empresas y objetivos de administración con manejo de grandes cantidades de información que pretenden automatizarse, lo que a su vez provoca consecuentemente, la modificación de relaciones “rudimentarias” anteriormente existentes. Esto ha llevado a plantear peculiaridades de una “sociedad informatizada”.

Por otro lado, no es válido tampoco dejar de reconocer las implicaciones que las relaciones que un individuo lleva a cabo con otro u otros se han desarrollado actualmente bajo la adopción de técnicas también automatizadas.

Parece ser que el mercado actual de las comunicaciones se ha inundado, por diversos bienes y servicios, de información que permite el acceso a ciertos datos que ya plantean las apreciaciones conceptuales de bienes y servicios de información automatizada, se modifican términos como conductas: ante la aparición de innumerables servicios de información, la opción como la elección representan dominios de decisión sumamente variados, lo que puede provocar nuevas reglas de mercado, competencias, así como peculiaridades en materia de bienes y servicios de información.

Con esto ya provocamos entonces una apreciación conceptual definitiva: la sociedad informatizada va creando sus propias fronteras cuya delimitación puede ser difícil o aumentada. Pareciera que los límites ante tal peculiaridad social son necesariamente el individuo, su capacidad de comunicación, así como los parámetros de interconexión entre la información que domina, la que conoce, la que pretende conocer como aquella que desconoce por completo.

5 Sobre este punto también coincide Montero, Etienne, “Del mercado de la información a la sociedad de la información. Aspectos jurídicos”, *Informática y Derecho, Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho*, Mérida, España, 1996, vol. II, núms. 12-15, p. 1065.

Por tal motivo, podemos concluir que los elementos coparticipantes ante una sociedad informatizada son:

- a) *Elementos materiales*: sociedad, información, empresa, administración y ser humano;
- b) *Elementos formales*: los límites o autolímites al desarrollo tecnológico como de las telecomunicaciones; los procesos de comunicación, los límites o autolímites a la participación de una decisión, así como un orden jurídico, que necesariamente deberá coexistir, como lo veremos en los siguientes párrafos.

Señalamos párrafos arriba como interrogante si ante las circunstancias de una sociedad informatizada, ¿pueden intervenir las normas jurídicas?

El principio elemental es que ante toda eventualidad social, convivencia humana o fenómeno que repercuta en una comunidad, se puede plantear necesariamente la posible peculiaridad, que en tales medios organizacionales existan normas jurídicas que regulen, o hagan patente la finalidad de constituir un Estado de derecho.

II. LA VINCULACIÓN DE “SOCIEDAD INFORMATIZADA” CON EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Por supuesto que una afirmación inicial puede circunscribirse en la correlación del propio cuestionamiento formulado; esto es, existe una directa y permanente vinculación entre sociedad informatizada y el derecho a la información.

El concepto información resulta demasiado ambiguo frente a otras disciplinas; es decir, no podemos hablar del mismo concepto en el ámbito de la comunicación como en el de la informática o específicamente del derecho. Esto es porque el contenido forma el esqueleto de la información, por lo que dependiendo de éste se determinará el área de aplicación. Sin embargo, uno de los fines que pretendemos lograr con el presente estudio es tratar de unificar un solo concepto para las materias que entrañan el presente trabajo.

Por lo tanto, hoy nos toca iniciar con la relación de la información, en su amplitud conceptual, para especificarla en el ámbito de lo jurídico; no dejamos de apuntar que resulta arriesgado universalizar un concepto arbi-

trariamente sin establecer que en cada forma de conocimiento pueden aparecer enfoques diferentes.

Si bien es cierto que el concepto de información gira al margen de otras tantas disciplinas,⁶ hoy nos planteamos la posibilidad de que ésta fuese una sola área de conocimiento autónomo; es decir, hablar de información como un ente independiente el cual cada día se genera de forma dinámica.

La información estudia la exteriorización del pensamiento humano, es el conjunto de datos que hace posible dar forma y contenido de todo el medio ambiente que le rodea y que permite por algún medio (signos, señales, lenguaje) ser asimilado ante otro ser de su misma especie y provocar efectos en él, con el ánimo de crear, instruir, ordenar, culturizar y educar, entre otros aspectos.

Conviene distinguir la información de los datos, en virtud de que éstos son una serie de hechos o acontecimientos que describen o se relacionan con una situación u objeto determinado y, en la medida que se acumulan y se hacen útiles, adquieren el carácter de información. Significa para nosotros que el dato, mientras no proporcione un interactuar en materia de decisiones propias o personales del receptor, no será información.

El concepto anterior nos lleva a retomar la afirmación de que la información es una medida de la comunicación.⁷ Esto puede surgir de la necesidad de que el individuo pueda sufrir algún efecto o no de lo que recibe de otro individuo de la misma naturaleza.⁸

En consecuencia, la información como concepto, desde un punto de vista general, representa la forma más precisa para determinar que el contenido en un proceso de comunicación implica algo entre los dos sujetos activos. Estos dos últimos serán los que determinen la clasificación de la

6 Un simple ejemplo de esto nos lo da la visión de tal concepto desde el punto de vista de las ciencias exactas, a la luz de la teoría de la información, estructurada desde 1949 por Shannon y Weber, quienes determinaron que la información, será “el factor cualitativo que indica la posición de un sistema y, eventualmente, transmitido por dicho sistema a otro”; desde la perspectiva de la teoría de las comunicaciones, la información será “el contenido, propiamente dicho, de toda transmisión”.

7 La comunicación, por ser un proceso social fundamental, se ha convertido en una de las más importantes encrucijadas en el estudio de la conducta humana. Sin la comunicación no existirían los grupos humanos. Difícilmente se puede teorizar o proyectar investigaciones en cualquier campo de la conducta humana sin antes haber elaborado alguna hipótesis respecto a la comunicación humana.

8 Los elementos en común de dos o más personas que pueden estar situados en un lugar, tiempo y espacio, pero que a la vez manifestados (emisor) en sus diferentes medios (canal), que captados de manera total (receptor), forman el proceso de comunicación.

información, pues toda ciencia es tratada de manera independiente y cuyas características hacen que se diferencie la información (unas de otras).

Información, del latín *informatio*, *-onis*, “implica comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”.⁹

Información, que supone ya el infinitivo latino *informare* permite una comprensión intuitiva del significado de la información; es decir, “poner en forma, crear, representar, presentar ordenadamente”.

Para José Paoli,

la información se debe entender como un conjunto de mecanismos que permiten al individuo reformar y organizar los datos del medio para que, estructurados de una manera determinada, le sirvan de guía de acción... a través de la información, el individuo orienta su acción, se conduce de un modo u otro, asume actitudes y conductas ante el mundo. En este sentido podemos decir que nuestra comunicación está informada. Informamos los datos al darles un sentido condicionado por nuestro contexto y educación.¹⁰

El acto de informar, para efectos de nuestro trabajo, será considerado consecuentemente bajo las perspectivas en cuanto a su fin y en cuanto a su contenido; en la primera, el acto de informar será suministrar o poner al alcance del hombre los elementos suficientes para orientar su acción y desarrollo. En la segunda percepción, implicará la canalización de la información básicamente como un medio educativo, como proceso de desarrollo humano de culturización y concientización individual y social.

Desde el enfoque clasificatorio de la información en cuanto a su objeto y fuente, se precisa que habrá información objetiva cuando provenga de la transmisión de hechos (noticias) y datos, pero no de opiniones. Será subjetiva cuando provenga de opiniones e ideas; es decir, lo que la lógica conoce como juicios de valor.¹¹

Se considera que en una sociedad informatizada como la actual, cada uno de los integrantes de una sociedad requerimos para nuestro desarrollo intelectual y humano mucha más información de la que nosotros directamente podemos percibir; por ende, necesitamos ser informados o no estar

9 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, 1992.

10 Paoli, José, *cit.* por López-Ayllón, Sergio, *El derecho a la información*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1984, p. 36.

11 *Ibidem*, p. 162.

impedidos al acceso de la información, de ahí que se catalogue la posición de todo receptor en una situación de dependencia, sobre todo en cuanto a la relación de desigualdad que existe entre autoridad y gobernado.

Desde otra posición, también resulta importante analizar la información desde el punto de vista de la utilidad de la misma. Si se trata de hechos (noticias) o simplemente una serie de datos, cabe hacer la aclaración que no basta recibir la sola transmisión noticiosa o el dato determinado, ya que cada persona en sus distintas facetas de ser social requiere que dicha información lleve un contenido veraz; de otro modo estaría recibiendo datos falsos que lo dejarían ajeno a la realidad, y por lo tanto, en desventaja con quien sí la conoce; o bien, estaría recibiendo una opinión.¹²

Vemos que la veracidad es un elemento importante en el proceso de información.

Para el Tribunal Constitucional español,

la veracidad constituye el “límite interno” de la libertad de información; aunque para mayor precisión debiera decirse del concepto información. De este modo, la información cuya libre difusión está constitucionalmente protegida o, mejor dicho, que puede llegar a obtener protección constitucional si reúne los restantes requisitos que hacen de ella el ejercicio de una libertad preferente, debe ser veraz.¹³

“Desde un inicio el Tribunal Constitucional se ha esforzado en distinguir veracidad y verdad. El artículo 20.1, d) (de la Constitución española que dice: artículo 20 ...reconocimiento y protección de los derechos a: d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia

12 Lo importante, ante la distinción de algunos conceptos interligados con información y comunicación, es delimitar las circunscripciones de la preponderancia como la finalidad del mensaje. Para estos efectos, y estableciendo un elemento comparativo con el Tribunal Constitucional español (el caso de México es demasiado escaso al respecto) se debe estar al elemento preponderante en el mensaje y el fin que se persigue con su difusión a la vista de las circunstancias del caso. Así pues, cuando en el mensaje examinado prevalezcan los juicios de valor sobre el relato de los hechos sobre los que se cimientan y el fin de su divulgación sea el de expresar una apreciación personal sobre alguien o algo, estaremos ante una opinión. Asimismo, si lo que se persigue con ello es informar a la colectividad, se tratará de información. *Cfr.* Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 27.

13 Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 33.

y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”), no protege únicamente la narración de hechos verdaderos o judicialmente probados. Si fuere así, no habría libertad de información posible y se sumaría en el silencio a quien quisiera informar. El error también goza de protección constitucional. Ahora bien, la veracidad, que como se acaba de ver, no excluye de la protección constitucional a la información errónea, exige a quien informa un comportamiento diligente en la comprobación de los hechos que desea narrar, expulsando del ámbito garantizado... a los rumores, las insidias, la información no comprobada, la información supuestamente obtenida de fuentes genéricas e imprecisas.¹⁴

Consecuentemente, podemos concluir que la información, como proceso de comunicación, consiste en proporcionar una serie de datos veraces al receptor que de manera sistematizada provocarán la toma de una o varias decisiones.

III. LA INFORMACIÓN Y SU PARTICIPACIÓN CON EL DERECHO

Desde nuestra perspectiva son dos las pautas en las que tiene que considerarse a la información como objeto material del derecho: una es la referente a su naturaleza y fundamentación en el campo de nuestra disciplina, así hablamos entonces de un derecho a la información; por otro, la valoración de la información tiene que especificarse en cuanto a su catalogación como jurídica, y así hablamos de una información jurídica.

Cada una de éstas guarda sus peculiaridades. Nos explicamos:

El concepto de “información” puede tener diversas acepciones de conformidad con la materia de estudio. Para lo que nos interesa debemos considerarla desde un punto de vista jurídico. Por tal, debemos decir que la información como materialización normativa es un derecho fundamental reconocido por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, denominado como derecho a la información.

El derecho a la información, fundamentado en la parte final del artículo 60. constitucional, ha sido analizado en cuanto a su naturaleza jurídica por varios autores;¹⁵ ante eso, simplemente nos resta considerar que estamos en presencia de un derecho social e individual, por medio del cual se

14 *Idem.*

15 Así tenemos, entre otros, a Sergio López-Ayllón, José Barragán, Ignacio Burgoa, Jorge Carpizo, Juventino Castro, y Carlos Ortiz Tejeda.

garantiza que el gobernado esté debidamente enterado de los diversos procesos o factores de variada índole —social, política, o económica— que se realicen en la sociedad y que afecten o no a la misma.

De lo anterior podemos deducir que el derecho a la información es reconocido como un derecho mixto; es decir, tanto individual como social, que contiene efectos dirigidos a diversos ámbitos.

Decimos que es una garantía de naturaleza o carácter mixto, porque el derecho a la información es una garantía constitucional que supone un derecho subjetivo público complejo; es decir, con distintas facetas divididas en dos grupos de diversa naturaleza jurídica: algunas de ellas tendrán una naturaleza de carácter colectivo y otras de carácter individual o, mejor dicho, personal. Aquellas de carácter colectivo, a su vez, pueden ser de dos tipos: social y transpersonal, este último individualizable y exigible cuando se actualice el supuesto, o sea, cuando se dé la afectación, canalizándose por vía de un interés difuso.¹⁶

Como esta parte final del artículo 60. constitucional no se encuentra reglamentada de manera expresa y general, sólo nos hace entender, desde una perspectiva general, que tal derecho puede ser el todo o la nada.

De aquí parte nuestro primer gran problema al pretender resolver, desde una perspectiva jurídica, un fenómeno tan importante como es el de la libertad informática.

Nosotros simplemente podemos decir que con motivo de la reforma constitucional de 1977 en que se garantiza el derecho a la información, y respecto a la función y relación que guarda la información con los diferentes niveles de la estructura social, no se ponderó el valor económico, cultural y social de la misma para integrarla como garantía constitucional.

Por otro lado, si hemos señalado que la información guarda sus peculiaridades formales en un primer orden con la disposición constitucional que la garantiza, también es importante entender, desde una valoración jurídica, que desde otro aspecto formal existen una serie de disposiciones de información, que por su catalogación en normas jurídicas se conforman como información jurídica.

16 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 439 (los géneros son los llamados “derechos e intereses colectivos”, que pertenecen a grupos sociales y se dividen en dos categorías: la primera comprende a los denominados derechos sociales, económicos y culturales, relativos a sectores sociales organizados en la defensa de los mismos... en tanto que la segunda se integra con los que tienen carácter difuso, pues... pertenecen a personas no identificadas que no están organizadas).

Como ya dijimos, si una consecuencia de la información se desprende por los conocimientos que ella implica en el ánimo racional e intelectual del hombre para la toma de sus decisiones, resulta conveniente adecuar que para la composición de un orden jurídico aplicado en un Estado de derecho y al atender a un sistema jurídico en específico, la información jurídica se vuelve vinculante y obligatoria en el cumplimiento de sus mandatos, tanto para sus autoridades como para los gobernados.

Por tal y con base en el sistema jurídico mexicano, podemos considerar que información jurídica es aquella que se conforma de la determinación de las fuentes formales del derecho.

En efecto, establecer que en toda sociedad debe existir un orden jurídico que regule la convivencia social, y que la sociedad como tal pueda utilizar dicha información, estamos hablando de un reconocimiento que sobre la misma debe dar el ordenamiento jurídico.

Ante esto, conceptualizamos que la información jurídica es aquella que emana de uno o varios órganos del Estado, bajo un procedimiento determinado también en la ley, que darán contenido a las relaciones sociales bajo los principios y valores del derecho, como son el de bien común, seguridad jurídica, principios generales del derecho, entre otros.

IV. LA INFORMÁTICA O INFORMACIÓN AUTOMATIZADA Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO

El término “informática” deriva del francés *informatique*, compuesto de *information* y *automedique*; es decir, tratamiento automático de la información.

Por su parte, Losano define a la informática como “la disciplina que se ocupa de la búsqueda documental realizada a través del ordenador electrónico”.¹⁷

Se ha considerado que el término fue acuñado por Philippe Dreyfus mediante la contracción de información automática, la cual es la ciencia del tratamiento automático o automatizado de la información, primordialmente mediante las computadoras.¹⁸

17 Losano, Mario G., *Curso de informática jurídica*, Madrid, Técnos, 1984, p. 205.

18 *Cit.* por Fix-Fierro, Héctor, *Informática y documentación jurídica*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1990, pp. 44 y 45.

En la informática existe siempre un proceso de automatización. Por lo tanto, la computadora y sus potencialidades como limitaciones forman parte indisoluble de esta disciplina.

Como ya señalamos, al haber establecido los parámetros de distinción y complementación de la información en relación con el derecho, entendiendo sus materializaciones en un “derecho a la información” y en una “información jurídica”, ahora nos toca, como siguiente punto, esclarecer los objetos de estudio formales en que la información, bajo uno solo de sus tratamientos que es la “automatización”, puede repercutir en las materializaciones del derecho. Con esto hablamos entonces de la informática como objeto formal en el derecho.

Sobre este punto y desde nuestro parecer, bajo estas premisas se da inicio a una relación denominada “derecho e informática”; es decir, bajo la implicación formal que guarda la información con el derecho en los dos rubros de clasificación que hemos hecho, apoyamos la idea de que la materia debe precisar, como punto y objeto de partida, dos reconocimientos: uno, consistente en dictar y estudiar los mecanismos de control de la información jurídica, así como regular y dictar los esquemas de su estructuración, argumentación y explicitación en campos del derecho y disciplinas afines, por lo que estamos en el campo de la informática jurídica, y dos, establecer los elementos de regulación jurídica respecto a las consecuencias que deriven, bajo la implicación jurídica, de los actos o hechos que repercutan en el orden de una sociedad por la utilización de bienes informacionales automatizados o informáticos, por lo que aquí estamos en presencia del derecho de la informática.

Desde nuestra perspectiva, podemos conceptualizar el derecho de la informática como el conjunto de normas jurídicas que regulan la creación, desarrollo, uso, aplicación de la informática o los problemas que se deriven de la misma en las que exista algún bien que es o deba ser tutelado jurídicamente por las propias normas.

En realidad, es cuestionable si en verdad existe esta disciplina como tal, por lo que la mayoría de los estudiosos de la materia han preferido analizar algunos campos en los que, aplicando la informática, se podrían relacionar los resultados con el campo del derecho. Uno de estos campos precisamente es el relacionado directamente con la protección jurídica de la información o datos personales e indirectamente con la libertad informática.

V. LA LIBERTAD INFORMÁTICA COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El punto de partida de este concepto de libertad informática se correlaciona, como ya lo señalamos, con el derecho a la información.

El reciente trabajo presentado por Jorge Carpizo¹⁹ señala que

en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre nace la garantía fundamental del derecho a la información.

El derecho a la información es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.

De la definición apuntada —que se deriva de la Declaración Universal de 1948— se desprenden los tres aspectos más importantes que comprende dicha garantía:

1. El derecho a atraerse información;
2. El derecho a informar, y
3. El derecho a ser informado.

A. El derecho a atraerse información incluye las facultades de a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos, y b) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.

B. El derecho a informar incluye las a) libertades de expresión y de imprenta y, b) la de constitución de sociedades y empresas informativas.

C. El derecho a ser informado incluye las facultades de a) recibir información veraz y oportuna, b) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias, y c) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin ninguna exclusión.

Este mismo autor continúa señalando que

el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días y que son indispensables tener en cuenta para fortalecerla, pero fundamentalmente para garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural.²⁰

Por último, nos resta precisar que en el entendido de variabilidades comparadas que encontramos en el marco de una regulación jurídica de la

19 Carpizo, Jorge, *Constitución e información*, en Carbonell, Miguel y Valadés, Diego (comps.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 161 y ss.,

20 *Idem*.

información, ha habido autores que han precisado de diversas maneras la clasificación de los elementos del derecho a la información; así, aunados a los entendimientos de que de este derecho derivan dos correlativos (derecho de colectar y de difundir información), existe otro más que se incorpora por las determinaciones del avance tecnológico, por lo que se habla entonces de un derecho “a controlar” la información,²¹ y de aquí nace precisamente la conformación inicial de la libertad informática.

VI. LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA COMO CAUCE DE LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Actualmente es frecuente encontrarnos ante la posibilidad de que nuestra información personal más particular tenga que ser “almacenada” o respaldada en fuentes o bienes informáticos; es decir, en soportes automáticos de información.

Existe el mandato constitucional que todo ciudadano mexicano debe registrar cierto tipo de información ante el órgano electoral encargado de elaborar las credenciales de identificación oficial ciudadana electoral, mejor conocidas como credenciales electorales; por otro lado, en la actividad diaria y ante la posibilidad de efectuar cierto tipo de contratos privados como el de apertura de cuentas bancarias, entre otros, es necesario también aportar ante órganos privados cierta información personal para determinar qué tipo de régimen de cuentas bancarias es conveniente contratar.

Es decir, ante el avance tecnológico y las posibles masificaciones en el manejo de información, tanto entes públicos como privados han visto la necesidad de modificar sus medios de archivar tal información para lo cual han recurrido a las computadoras.

Pero este fenómeno que, a simple vista puede resultar cotidiano, es necesario vislumbrarlo o cuestionarlo como una posible o presumible intromisión en la esfera privada o íntima de las personas y, ante esto, es necesario también determinar si las normas jurídicas deben delimitar estos alcances.

En efecto, ante las condiciones actuales de desarrollo tecnológico, las posibilidades de captar, relacionar, transmitir y almacenar información

21 Por ejemplo, Puccinelli, Oscar, *El habeas data en Indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 10 y 11.

personal son prácticamente ilimitadas. Por eso, es urgente cuestionarnos si es necesario establecer los mecanismos jurídicos que nos permitan impedir la informatización de los aspectos de nuestra vida cuyo conocimiento deseemos reservar; o bien, es necesario articular la forma de comprobar qué datos o informaciones existen sobre nosotros mismos en registros públicos o privados y determinar los cauces legales para corregir la inexacta información, completar la insuficiente o cancelar la que no debe figurar en ellos. Asimismo, es preciso saber a quiénes se puede transmitir esa información personal.

Como un primer punto relacionado, tenemos que decir que, desde nuestra perspectiva, y ya que no solamente hablamos de la participación entre autoridades con gobernados, existe este tipo de injerencias cada vez posiblemente más identificadas en los ámbitos de relaciones privadas; esto es, en relaciones entre transmisiones o intercambios de información personales entre particulares.

Con atención en lo anterior, ¿existe un ámbito de regulación sobre el tema a nivel constitucional, independientemente del artículo 16 de la Constitución, en el que sólo se regula la intervención o molestia de autoridades ante gobernados?,²² ¿existe mandato constitucional en la relación entre gobernados, si acabamos de afirmar que este fenómeno se da de manera más cotidiana entre los mismos gobernados?

Tratando de hacer una consideración interpretativa del texto constitucional, somos de la idea que como ámbito programático, el artículo 5o. de nuestra carta magna, en su párrafo quinto, nos acerca un poco más a la posible regulación o consideración del problema, cuando prescribe: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”.

A pesar de esta norma, consideramos que por ser precisamente un mandato, como ya dijimos, programático, resulta insuficiente para efectos de practicidad y de eficiente regulación constitucional.

Por otro lado, si afirmamos que el artículo 6o. constitucional también puede extenderse en su aplicación al presente punto en particular, tendríamos que recordar que, por la falta eficaz de una norma reglamentaria, re-

22 El texto del primer párrafo del artículo 16 constitucional es el siguiente: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

sulta insuficiente el marco de regulación normativo. Lo mismo tendríamos que decir si pretendiésemos justificar o responder al problema, con circunscribirnos en la pretensión de explicar la verdadera naturaleza jurídica del derecho a la información, con lo cual nuestra posible solución también podrá ser probablemente desafortunada.²³

Como un primer elemento de participación al referirnos a la libertad informática y sus diversas expresiones, tenemos el derecho a la intimidad, el cual se construye a partir de la noción de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privée* y se encamina, fundamentalmente, a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales. Es, pues, como lo señala Pablo Lucas Murillo, una respuesta ligada a exigencias concretas propias de la forma en que se desenvuelve la convivencia en nuestros días.²⁴

Este derecho no se reduce a tutelar las que podríamos considerar informaciones sensibles ni a las relativas a los aspectos más recónditos de la vida de un individuo; al contrario, este derecho se extiende a datos de apariencia, en principio inocua y que, de alguna manera, se sitúan en esa esfera privada en sentido estricto, que cada uno reserva exclusivamente para sí.

En algunos ordenamientos se ha interpretado el concepto de intimidad de una forma amplia, centrada especialmente en la voluntad de cada individuo afectado. De esta forma, el derecho a la intimidad vedaría, en principio, toda intromisión en aquellas esferas de la vida que el titular se reserva para sí. Esto quiere decir, por lo que respecta a la obtención y utilización de información que se refiere a la persona, que ésta tiene, en virtud del derecho a que nos referimos, la facultad de permitir o no y de controlar el uso que de aquélla se haga.²⁵

Si el derecho a la intimidad incluye la facultad de vedar la obtención y utilización de información personal, así como el control sobre esta última, cuando se consienta o se realice por mandato legal, entonces no habrá excesiva dificultad de incluir dentro del contenido de tal derecho la tutela frente al uso de la informática.

En algunos estudios doctrinales se ha cuestionado la similitud en alcances jurídicos de los derechos de la intimidad con aquellos derechos

23 Cfr. apartado B, punto 3, del capítulo primero del presente trabajo.

24 Lucas Murillo, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 25.

25 *Ibidem*, p. 26.

que derivan de la vida privada. Sobre este particular, se ha afirmado que la intimidad es aquel ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de nadie y, por tanto, ajeno a toda exteriorización y relación, mientras que la vida privada es aquella que se desenvuelve a la vista de pocos, o de otra persona y, en una acepción más amplia, el conjunto de actos que se realizan o piensan para conocimiento de las personas cercanas.²⁶

La intimidad se distingue de la vida o esfera privada, entre otras razones, porque pierde la condición de íntimo, aquello que uno o pocos conocen; por tanto, se destruye cuando se divulga. Constituye una instancia absoluta, a diferencia de lo público y lo privado, que se limitan dialécticamente entre sí. Por esta causa, la intimidad constituye un ámbito que no puede ser objeto de difusión mediante mensajes informativos, toda vez que difusión equivale siempre, en este caso, a destrucción. Sin embargo, la vida privada o, mejor dicho, determinados aspectos suyos pueden revestir un considerable grado de interés público que aconseje e incluso exija su difusión, ya sea en razón de las personas que los protagonizan, ya de las acciones o eventos de que se trate.

Luis Manuel C. Meján señala que “hay algunas construcciones doctrinales que parten de afirmar que intimidad es diferente a vida privada reservando la primera al fenómeno psicológico, inasible por el derecho y abocándose al conocimiento del segundo que por tener una manifestación externa de alguna manera, permite su conceptualización y regulación jurídica”.²⁷

Ahora bien, y tratando de entrar en materia, podemos señalar apoyándonos en lo antes dicho, que si se distingue entre ambos conceptos, podemos percibir lo siguiente: no pertenece a la intimidad lo que se contiene en archivos y registros públicos, puesto que de hecho ya ha trascendido, y consecuentemente puede ser conocido. Sin embargo, el hecho de que la legislación de diversos países establezca límites al acceso de dichos archivos y a la difusión de los datos obtenidos en ellos implica reconocer que no todo el contenido de los archivos públicos es difundible, por más que tampoco sea íntimo. Ello porque gran parte de esa información se refiere

26 Serna, Pedro, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Suplemento humana iura de derechos humanos, persona y derecho*, Pamplona, 1994, vol. 4, pp. 215 y ss.

27 Meján, Luis Manuel C., *El derecho a la intimidad y la informática*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 76.

a ámbitos que pueden todavía considerarse vida privada de las personas, habida cuenta que su conocimiento tiene interés sólo bajo cierto aspecto, en determinadas circunstancias y para ciertas personas que a veces pueden ser únicamente funcionarios del Estado.

Ante esto, el mismo Pedro Serna ha señalado que, en un sentido fáctico, prejurídico, se llama público a lo que de hecho ha sido difundido; en consecuencia, muchos datos contenidos en este tipo de archivos son privados, y deben seguir siéndolo en la medida en que la generalidad de las personas carece de interés legítimo para conocerlos y, por tanto, tampoco tiene derecho a ello. Si se tiene en cuenta que el titular primigenio del derecho a la información es el público, mal podrá existir en estos casos un derecho del informador en difundir aquellos datos.²⁸

Ahora bien, en el derecho interno de los Estados Unidos de América se hace la distinción entre cuatro categorías de posibles violaciones al derecho a la vida privada o íntima:

- a) La injerencia en la intimidad del individuo o *intrusion on plaintiff's privacy*.
- b) La divulgación al público de hechos concretos de la vida privada o *public disclosure of private facts*.
- c) La presentación de un individuo al público en general bajo una falsa luz, o *putting the plaintiff in a false light in the public eye*.
- d) La apropiación de ciertos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro, o *appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage*. Estos elementos pueden ser el nombre, la imagen, la voz, la conducta, etcétera.²⁹

Por otro lado, Meján señala que “un buen ejemplo de circunstancias que ordinariamente son reconocidos por todos los seres humanos como áreas en donde no desean la intervención de otros sería:

- Domicilio;
- Imagen;

28 Serna, Pedro, *op. cit.*, p. 217.

29 Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “El derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión: derechos humanos fundamentales”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, 1995, vol. 14, p. 81.

- Correspondencia;
- Papeles, archivos y registros particulares;
- Conversaciones telefónicas o en privado;
- Información financiera;
- Información médica;
- Relaciones afectivas o sentimentales;
- Relaciones sexuales;
- Posturas, ideologías y militancias religiosas y políticas;
- Circunstancias relacionadas con el honor;
- Antecedentes (penales, laborales, de estudio, etcétera)”.³⁰

Para estos efectos, hemos considerado entonces acercarnos un poco más a los elementos jurídicos de protección al hablar del derecho a la intimidad.

Primero debemos señalar que el vocablo inglés *privacy* no ha sido homologado en nuestro diccionario con la voz correspondiente, que sería la de “privacidad”. En el sistema anglosajón se considera que la *privacy* configura una esfera de la libertad, en la cual la persona ostenta unas facultades de exclusión para preservar sus posibilidades de autorrealización en todos los órdenes de la intimidad; asume el significado de garantía dirigido a preservar el ejercicio virtual de las libertades. Dicho concepto se clasifica en diferentes aspectos o formas, según se expresa la intimidad. Se divide en principio en tres órdenes:³¹

1. *La privacy de la esfera íntima*

Ésta comprende principalmente los hechos o circunstancias que pertenecen a la esfera de la libertad de la autoderminación de la personalidad. Se denomina el *habeas mentem* o “libertad genérica de la persona”. Como ejemplo de estos hechos o circunstancias que pertenecen a esta esfera:

- Los secretos documentales y domésticos;
- La inviolabilidad del domicilio;
- El derecho a la libertad sexual y a la contracepción, y
- El derecho a la planificación familiar.

30 Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

31 Cfr. González-Salas, Raúl, *El bien jurídico: intimidad*, pp. 70 y ss.

2. *La privacy de la esfera política*

Esta esfera se inserta en la salvaguarda de las garantías y libertades institucionales, como son:

- El derecho de asociación;
- La libertad religiosa o de conciencia, y
- El derecho a la sindicalización.

3. *La privacy de la libertad personal*

Comprende esta esfera, como las dos anteriores, la protección de la libertad genérica de la persona *habeas mentem*, pero en su forma más directa; es decir, en relación con el mismo cuerpo de la persona. Se desprenden de ella como objetos de tutela o de protección de la intimidad los relativos a las informaciones sobre:

- Las operaciones o pruebas médicas;
- La sustracción de sangre;
- El derecho a la confidencialidad y sigilo de las relaciones profesionales (abogados y médicos);
- La presunción de inocencia, y
- El derecho al silencio.

Además de estas facetas que le dan contenido al bien jurídico de la intimidad, constituye también el *habeas data* (de la cual profundizaremos posteriormente), y la garantía que consiste en proteger la intimidad expresada en la informática.

La protección de los datos computarizados en esta sociedad moderna, caracterizada por su avanzada tecnología que implica proteger algunos datos que se desea no sean del dominio público, por ejemplo:

- Los estados de cuenta bancarios;
- Las salidas del dinero al exterior;
- El monto del pago de los impuestos, etcétera.

La efectiva protección de la intimidad en la sociedad moderna dependerá no solamente de la protección jurídica de la esfera de la libertad personal, sino también de la regulación del manejo y de la circulación de los datos personales informatizados que de los ciudadanos se haga.

Uno de los elementos más importantes que deben ser tomados en cuenta en la elaboración de trabajos como el que hoy se llevan a cabo, sobre todo, al encontrarnos con un importante número de afirmaciones respecto a las diferencias entre intimidad y vida privada, es determinar sobre todo cuál es el bien jurídicamente protegido en estas relaciones.

En España, por ejemplo, y siguiendo información jurídica comparada, se ha planteado que la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 15 de diciembre de 1983 configuró el llamado “derecho a la autodeterminación informativa” (*Informationelle selbstbestimmungsrecht*) en orden al tratamiento automatizado de datos personales. Para dicho tribunal, e interpretando el contenido de un artículo de norma jurídica reguladora del derecho a la intimidad, la facultad del individuo (respecto a esta materia) deriva de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.³²

Pablo Lucas Murillo considera que el derecho a la intimidad normalmente implica el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida, y correlativamente, determinar libremente y dentro de ella la propia conducta. Es un típico derecho de defensa. A su juicio, sin embargo, “la técnica de la protección de datos es más complicada. De un lado, combina poderes del individuo frente a terceros (limitaciones, prohibiciones) con diversas garantías instrumentales. De otro lado, los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos. De aquí que el ámbito de esta protección sea más amplio que el propio derecho a la intimidad”.³³

Sobre estas premisas, Lucas Murillo afirma que “en orden a proteger los datos personales frente a la informática conviene abandonar la referencia de la intimidad y enunciar un nuevo derecho (el derecho a la autodeterminación informativa), que tendría como objeto preservar la información individual (íntima y no íntima) frente a su utilización incontrolada arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada”.³⁴

32 Ruiz Miguel, Carlos, “Protección de los datos personales automatizados”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 84, abril-junio de 1994, p. 237.

33 Lucas Murillo, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, pp. 117 y ss.

34 *Ibidem*, p. 120.

Conforme a Carlos Ruiz, estas diferencias explicarían que ciertos autores adjetiven la intimidad, distinguiendo la intimidad física o clásica (libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia, comunicaciones o relaciones) de la intimidad informativa (derecho a determinar cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo).³⁵

Por último, podemos señalar que lo que sí se identifica como caracteres implícitos en los derechos que se aprecian en el ámbito de la intimidad, son los siguientes: *a)* son innatos, o sea, corresponden al titular desde el origen de éste; *b)* son vitalicios, en cuanto acompañan al ser humano durante toda su vida; *c)* son inalienables, en cuanto no son susceptibles de enajenación por ningún título, están fuera del comercio; *d)* son imprescriptibles, porque no son alcanzados por los efectos del tiempo que no influye en su pérdida, no obstante el abandono del titular; *e)* son de carácter extrapatrimonial, aun cuando la lesión de estos derechos pueda generar derechos patrimoniales, y *f)* son absolutos en cuanto se ejercen *erga omnes*.³⁶

VII. LA LIBERTAD INFORMATIVA Y LA LIBERTAD INFORMÁTICA, SUS PECULIARIDADES DE REGULACIÓN JURÍDICA

El avance en el manejo y uso de las denominadas nuevas tecnologías de la comunicación han puesto en entredicho las valoraciones de derechos fundamentales como el de la intimidad o vida privada. Actualmente nos encontramos con una gran pugna de regulación entre aquello que puede comunicarse y aquello que en cierta forma puede afectar privilegios personales. Ante esto, es preciso que en un primer aspecto se determine por el poder público qué es aquello que sí puede decirse de algo o de alguien para no confundir la variedad de interpretaciones que sobre un concepto fundamental podemos aportar una gran generalidad de personas.

Sin embargo, y antes de iniciar sobre las vertientes de la libertad informativa, es necesario precisar que sobre este concepto "libertad informativa" se ha dicho por Frosini que "representa una nueva forma de desarrollo de la libertad personal; no consiste únicamente en la libertad negativa del *right to privacy*, de custodiar celosamente una vida reserva-

35 Ruiz Miguel, Carlos, *Protección de los datos personales automatizados*, pp. 241 y ss.

36 Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 80.

da, que es condición de privilegio que puede volverse insostenible en la sociedad moderna (piénsese, por ejemplo, en la asistencia médica en una sociedad con gestión unificada del servicio médico, posible ahora gracias a los programas informáticos). Consiste también en la libertad de informarse, es decir, de ejercer un control autónomo sobre los datos propios, sobre la propia identidad informática, así como existe el derecho a proteger la propia integridad física y moral”.³⁷ Por otro lado, y para diferenciar “libertad informativa” con “libertad informática”, el mismo Frosini ha dicho que esta última

consiste en el derecho a poder disponer de los datos de información personal propios y, por tanto, a permitir o rehusar su uso por parte de las agencias de información que manejan los bancos de datos; derecho a controlar la veracidad de los datos, el acceso a su conocimiento por parte de terceros, el uso que de ellos se haga con finalidades sociales, económicas, políticas.³⁸

Respecto a estas diferenciaciones, Puccinelli ha dicho que libertad informativa es el derecho a recabar y difundir información sin límites arbitrarios, mientras que la libertad informática es aquella proyección del principio-valor libertad que se cristaliza en el derecho de coleccionar toda la información cuyo conocimiento o registro no esté legalmente prohibido por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en un interés colectivo relevante (por ejemplo, seguridad del Estado), es decir, que implica la sujeción de la actividad informática solamente a las reglas que razonablemente le sean impuestas por la ley.³⁹

Por lo antes dicho, se ha considerado que una de las mayores preocupaciones que este tema ha provocado y en atención a las peculiaridades del avance informático, es el relativo a la automatización de la información personal.

Atendiendo a estas cuestiones, y sobre todo a aquellas que derivan del avance tecnológico, los legisladores europeos del oeste fueron los primeros en considerar los efectos sociojurídicos provocados por la informatización en la sociedad. Con base en esto, países como Francia, Suecia, Alemania, Noruega, Austria y Dinamarca elaboraron, en la década de 1970, los primeros instrumentos legislativos que protegieron al individuo

37 Frosini, Vittorio, *Informática y derecho*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 21 y 22.

38 *Idem.*

39 Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

frente al mal uso de su información con apoyos informáticos. Generalmente sus sistemas o mecanismos de protección y control de las afectaciones que se sufrían en materia de automatización de datos personales en una computadora se hicieron a través de la conformación de oficinas, que por la vía administrativa resolvían los conflictos que se suscitaban.

Destacan en este sentido la consagración constitucional de este derecho como una garantía individual que han hecho las Constituciones española, portuguesa, colombiana y peruana, entre otras, que en términos generales determinan:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre; el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Por su parte, el dispositivo peruano indica, dentro del capítulo de derechos fundamentales de la persona que se integran, entre otros, en el artículo 2o, que toda persona tiene derecho a que en los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no se suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

La doctrina española considera que la denominación "libertad informática" significa un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad garantizar la facultad de las personas de conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión.⁴⁰

40 Pérez Luño, Antonio E., *cit.* por Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, p. 67.

En la práctica vemos cómo este derecho o libertad informática ha tomado varias vertientes: así, tenemos que se excluye del manejo libre de información cierto tipo de datos que reconocen ser de contenido más íntimo a la que denominan información sensible; es decir, aquella información de carácter personal, referente al origen racial, las opiniones públicas, las convicciones religiosas y otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, que no pueden ser tratados automáticamente a menos que el derecho interno prevea las garantías determinadas. En el mismo sentido se encuentra la información de tipo personal concerniente a las infracciones penales.⁴¹

Ahora bien, sobre el tipo de información que puede ser insertada en bancos de información, la libertad informativa toma las siguientes vertientes:

- a) *Derecho de información*: en el sentido de tener el individuo la posibilidad de conocer la existencia de algún banco de datos o fichero de información personal;
- b) *Derecho de acceso a la información personal*: como la aptitud que tiene el sujeto de conocer el contenido de aquellos bancos de datos automatizados, cuyo objeto es el manejo o almacenamiento de información personal;
- c) *Derecho de actualización*: gracias al cual el individuo puede exigir la corrección de ciertos datos;
- d) *Derecho de confidencialidad*: el cual concede al sujeto la exigencia a que la información que proporciona permanezca ajena al conocimiento de terceros, y
- e) *Derecho de exclusión*: que, por la naturaleza de la información, puede el individuo cancelar, borrar o solicitar la destrucción de información denominada como sensible.

Otros autores como Davara Rodríguez⁴² han explicado este mismo punto bajo los siguientes matices:

Existen principios, derechos y procedimientos que cualquier legislación actual sobre protección de datos debe recoger. En materia de principios nos habla de:

41 Cfr. artículo 6o. de la Convención para la Protección de Personas sobre el Tratamiento de Información de Carácter Personal, firmada en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

42 Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

- a) El de pertinencia de los datos, de acuerdo con el ámbito y la finalidad para los que se hayan obtenido;
- b) Los de exactitud y actualización, de forma que los datos reflejen con veracidad la situación real del titular, complementados con los principios de congruencia y de racionalidad, en relación con la necesidad de garantizar que los datos no pueden ser tratados, ni utilizado el resultado de su tratamiento en casos de que ya lo hubieran sido, nada más que en aquellos casos en que sea totalmente necesario y adecuado a la finalidad para la que fueron tomados, y
- c) El de consentimiento del interesado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal “salvo que la ley disponga otra cosa” y que expone, de alguna manera, la limitación por el titular de los datos, definiendo él mismo el nivel de protección a los que les quiere someter.

En materia de derechos, este mismo autor refiere:

- a) El derecho de autodeterminación que reconoce a la persona la facultad de decidir cuándo y cómo está dispuesta a permitir que sea difundida su información personal o a difundirla ella misma; esto es, la facultad de la persona de controlar y conocer los datos que sobre ella se encuentran en soportes informáticos o susceptibles de tratamiento automatizado;
- b) Los derechos de información y acceso del titular sobre los datos que existan referentes a él en los ficheros, y sobre el fin para el que han sido recabados y registrados, y
- c) Los derechos de rectificación y cancelación del interesado en el caso de que los datos sean inexactos, o cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido registrados.

En cuanto a los procedimientos, se nos señala que el ejercicio de los mencionados derechos se llevará a cabo mediante un procedimiento determinado. Este procedimiento puede orientarse en la línea de lo que se ha dado en llamar *habeas data*, como instrumento que permita facilitar un camino mediante el que el ciudadano puede encontrar una auténtica defensa de los derechos que se pretende proteger. Y aunque este autor no lo señala expresamente, también se puede recurrir a la postura de solución de conflictos derivados por estos problemas a través de la instancia administrativa y no meramente jurisdiccional, como lo es la del *habeas data*.

Veamos estas dos vertientes procedimentales para resolver el problema que enfrenta la automatización de datos o informaciones personales.

Sin embargo, y antes de continuar, tenemos que afirmar junto con Velásquez Bautista, que la evolución tecnológica que permite la aparición del “mercado de información”, tratada y transmitida por medios telemáticos, representa para el derecho adaptaciones imprescindibles. Por ello, se nos habla de la segunda generación de leyes de protección de datos.⁴³ Pues la primigenia interacción intimidad-informática se ha ampliado de tal forma que actualmente tenemos que manifestarnos acerca del “tratamiento automatizado-derechos y libertades fundamentales”. La concepción de la protección de datos ha evolucionado transformándose en “libertad informática”. La autorización para las transferencias internacionales de datos cede ante el principio de la libre circulación de las informaciones, etcétera.⁴⁴

Por último, no queremos dejar de apuntar las notas que en el preámbulo de la directiva sobre protección de datos personales, aprobada en 1995 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, se mencionan expresamente, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Que los sistemas de tratamiento de datos deben respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad;
- b) Que la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro reclama la protección de los derechos fundamentales de las personas;
- c) Que las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como en los principios generales del derecho comunitario, y
- d) Que en la directiva se establecen los principios de la protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del res-

43 Con base en este autor, una primera generación de leyes sobre la materia se tuvieron con la Ley de Protección de Datos de Hesse (7 de octubre de 1970), Ley de Datos de Suecia (11 de mayo de 1973), Ley Alemana Federal de Protección de Datos (27 de enero de 1977), Ley de Privacidad de Estados Unidos (31 de diciembre de 1974).

44 Velásquez Bautista, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Colex, 1993, p. 14.

peto de la intimidad, que precisan y amplían los del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales.

Esto es precisamente lo que trata de resolver el derecho mediante los dos siguientes procedimientos: el administrativo y el jurisdiccional.

Países como Francia (Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades); Dinamarca (Agencia de Protección de Datos) y España (Agencia de Protección de Datos) tienen destinadas la tutela y vigilancia de sus disposiciones normativas sobre el manejo, uso y difusión de la información personal a entidades administrativas con funciones inspectoras, sancionadoras y de información a los interesados.

Como principios rectores de protección, a efecto de dar un panorama más amplio, las primeras normas europeas que regularon peculiaridades sobre datos personales, previo a otorgar las facultades conferidas, coincidían en los siguientes principios:

- a) El de la justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables;
- b) El de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir, con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección;
- c) El de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales;
- d) El de especificación del propósito o la finalidad de la recogida, tratamiento y transmisión, para que los datos no sean usados con fines diferentes;
- e) El de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal;
- f) El de salvaguardia de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado;

- g) El de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales;
- h) El de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos;
- i) El de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación, y
- j) El de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos.⁴⁵

Para explicar y tratar de entender un poco las peculiaridades de protección respecto a esta vía administrativa, veremos dos ejemplos; el primero, referente a Francia y el segundo, respecto a España.

Con relación al caso francés, la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades de Francia está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones de la ley e investida de poder reglamentario en los casos por ella previstos. La Comisión es un órgano extrapoder, integrado por delegados legislativos, ejecutivos y judiciales, y puede acceder a los registros públicos o privados, con sujeción al secreto profesional.

Los sistemas de tratamiento automatizado de informaciones nominativas, cuando son operados por cuenta del Estado, de un establecimiento público, de una colectividad territorial o de una persona privada encargada de un servicio público, deben ser autorizados por una ley o por un acto administrativo fundado, previa opinión de la Comisión. Los registros puramente privados deben hallarse autorizados por la propia Comisión.

Se garantiza a toda persona el derecho de oponerse, por razones legítimas, a que las informaciones que le conciernan sean objeto de tratamiento automatizado, se excluyen ciertas prácticas reglamentariamente autorizadas. Se prohíbe la recopilación de datos por cualquier medio fraudulento, desleal o ilícito y, en el mismo sentido, se obliga a quienes recopilen datos a informar a cada interesado acerca del carácter obligatorio o facultativo de las respuestas, de las consecuencias de una respuesta incorrecta, de los destinatarios de la información y de la existencia del derecho de acceso y de rectificación.

Salvo permiso expreso de los interesados, está prohibido introducir o conservar en memoria informatizada datos nominativos que, directa o in-

45 *Cit. por Puccineli, Óscar, op. cit., pp. 104 y 105.*

directamente, se refieran a los orígenes raciales, a las opiniones políticas, filosóficas o religiosas o a la afiliación sindical de las personas. Esta norma también reconoce excepciones sujetas a autorización especial.

Se establece también que toda persona, justificando su identidad, puede interrogar a los organismos correspondientes acerca de la existencia de informaciones personalizadas que le conciernan, así como solicitar la rectificación, la actualización y complementación de tales informaciones. La corrección puede también ejercerse de oficio, cuando el organismo tome conocimiento de una inexactitud en los datos registrados.

Los derechos amparados por la ley francesa se hallan garantizados por disposiciones penales, que establecen penas de prisión o de multa para quienes ejerzan el tratamiento automatizado de informaciones nominativas sin cumplir los recaudos legales o reglamentarios.⁴⁶

Por lo que respecta a España,⁴⁷ existe en este país la Agencia de Protección de Datos, la cual tiene, entre sus funciones primordiales, las siguientes:

1. Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos.
2. Emitir autorizaciones.
3. Dictar instrucciones para adecuar los tratamientos automatizados a la ley; es decir:
 - a) Atender las peticiones, reclamaciones e información;
 - b) Ordenar la cancelación de los ficheros;
 - c) Ejercer la potestad sancionadora;
 - d) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de ley en desarrollo legislativo de su competencia;
 - e) Recabar de los responsables de los ficheros, ayuda e información;
 - f) Velar por la publicidad de los ficheros automatizados existentes;
 - g) Redactar una memoria anual en la que constara la aplicación de las leyes sobre protección de datos y contara además con una relación de los códigos tipo y un análisis de las tendencias en materia de protección de datos, a escala nacional e internacional;

46 Esta información fue tomada de Guibourg, Ricardo A. *et al.*, *Manual de informática jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 268 y ss.

47 Esta información fue obtenida de Barriuso Ruiz, Carlos, *op. cit.*, pp. 166 y ss. También se pueden consultar las siguientes obras que tratan el tema: Velásquez Bautista, Rafael, *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Madrid, Colex, 1993; Peso Navarro del y Ramos González, Miguel Ángel, *Confidencialidad y seguridad de la información: la LOARTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Madrid, Díaz de Santos, 1994; Davara Rodríguez, Miguel Ángel, *Manual de derecho informático*, Pamplona, Aranzadi, 1997, entre otros.

- h) Ejercer control;*
- i) Velar por el cumplimiento de normas de seguridad y secreto;*
- j) Cuantas otras le sean atribuidas;*
- k) Potestad de inspección;*
- l) Informar a las personas de sus derechos;*
- m) Resolver las reclamaciones formuladas;*
- n) Adecuar los tratamientos automatizados a los principios de la ley.*

Todas estas funciones las realiza a través de su director y son recurribles por la vía contencioso-administrativa.

Además, en los ficheros estadísticos, la Agencia ejerce el control de legalidad, informa de los proyectos de ley y el contenido y formato de los cuestionarios.

Internacionalmente la Agencia de Protección de Datos coopera y ejerce el control de los datos de carácter personal introducidos en la parte nacional española de la base de datos del Sistema de Información Schengen (SIS).

Por otro lado, al Registro General de Protección de Datos de la Agencia le corresponde dar publicidad de los ficheros automatizados, posibilitando el ejercicio de los regulados en los artículos 13-15 de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, considerada como pieza clave.

En especial se inscriben en este registro los siguientes actos y documentos:

- a) Las autorizaciones de transferencia;*
- b) Los códigos tipo. Rectificando de oficio los errores materiales de los asientos, expidiendo certificaciones de los mismos y publicando una relación anual de los ficheros notificados e inscritos.*

La inspección de datos de la agencia tiene las funciones inherentes al ejercicio de la potestad de inspección que se le atribuyen a la propia agencia. Los funcionarios que realicen las funciones inspectoras tendrán la consideración de autoridad pública, y guardarán secreto, incluso después de haber cesado. En particular, la inspección de datos efectuará inspecciones de cualquier fichero, en su ubicación, y podrá:

- a) Examinar los soportes de información y los equipos físicos.*
- b) Requerir el pase de programas y examinar la documentación pertinente y los sistemas de transmisión y acceso a los datos.*
- c) Realizar auditorías de los sistemas informáticos. Para ello se podrá requerir el envío de toda la información o se podrá acceder a los locales.*

VIII. LA CUESTIÓN DEL *HABEAS DATA*

El segundo elemento que ha aparecido como mecanismo de protección y control respecto a la intromisión o afectaciones que sufre la información personal o los datos personales que son incorporados o tratados en un medio informacional es de naturaleza jurisdiccional, conocido como *habeas data*.

Como lo han precisado Ekmekdjian y Pizzolo,⁴⁸ el *habeas data* no tiene añeja o rancia prosapia. Es una de las garantías constitucionales más modernas, aunque se la denomine mitad en latín y mitad en inglés. En efecto, su nombre se ha tomado parcialmente del antiguo instituto del *habeas corpus*, en el cual el primer vocablo significa “conservar o guardar tu...”, y del inglés *data*, sustantivo plural que significa “información o datos”. En síntesis, en una traducción literal sería “conserva o guarda tus datos”.

Sobre este mismo particular, Dalla Via e Izascum Basterra⁴⁹ siguiendo a Sidow J. M. Otón, han señalado que *habeas data* significa “tienes tus datos”, el vocablo *habeas* viene del latín, segunda persona del subjuntivo de *habeo... habere*, que significaría “téngase en su posesión”, y *data*, que es el acusativo plural de *datum*, es definido por los más actualizados diccionarios como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamientos por medios automáticos. Por lo que *habeas data* quiere decir “que tengas los registros, los datos”.

Estos mismos autores, de acuerdo con Jorge Reinaldo Vanossi, señalan que el *habeas data* es una parte minúscula de un tema abarcativo de dos facetas, una que denomina clásica o tradicional del derecho de la información y del manejo de ese derecho que ha tenido grandes evoluciones en los últimos tiempos; y la otra, que estaría dada por el “impacto” que han causado la informática, la telemática y demás medios recientemente incorporados a nuestra cultura. Estas innovaciones pueden servir para el bien o para el mal. La falta de control o la falta de recursos o de herramientas en manos de los particulares para poder defenderse, en caso

48 Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 1 y ss.

49 Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999, p. 101.

de que exista realmente una desviación de poder en el uso de estos medios, puede significar no sólo un perjuicio material, sino una honda lesión a los derechos de la personalidad humana.⁵⁰

El *habeas data* como vía constitucional procesal, tal y con esa denominación surge de la Constitución brasileña de 1988.

Con base en tales antecedentes se ha señalado por Afonso da Silva⁵¹ que la denominación de *habeas data* es atribuida a Firmín Morales Prats, quien emplea la expresión *habeas data* al lado de *habeas scriptum* (aproximadamente como sinónimos, en el sentido de derecho al control de la circulación de datos personales) y *habeas mentem* (como expresión jurídica de la intimidad).

Para Morales Prats, seguido por José Cretella Júnior,⁵² el *habeas data* se origina en formulaciones que significan un paralelo con el *hábeas corpus*: “toma los datos que están en tu poder y entrégalos al interesado”, o “brinda al interesado impetrante, mediante certificación, todos los datos o documentos que se encuentren en tu poder para que pueda defender él sus derechos en juicio”. Dicho de otra manera, literalmente significa “tenga el dato”, y busca asegurar el acceso a informaciones para la tutela de la honra, de la tranquilidad, del patrimonio, de la vida privada, entre diversos valores, contra los atentados efectuados por organismos públicos o de carácter público, en la anotación de datos e informaciones acerca de las personas.

Al continuar con la obra de Óscar Puccinelli, sigue este autor determinando que

con referencia a la disputa respecto de la palabra *data*, existen dos posiciones: Cretella Júnior sostiene que *data*, es un acusativo neutro plural de *datum*, de la misma raíz que el verbo latino *do, das, dedi, datum, dare, “dar”, “ofrecer”*. *Datum*, singular de *data*, es empleado por Propertio, en las Elegías, libro III, elegía 15, verso 6: “*nullis capta Lycina datis*” y por Ovidio, en las Metamorfosis, libro VI, verso 363, ambos con el sentido de “presentes”, “donativos”, “ofertas”, y no con el sentido de “datos”. Los diccionarios de lengua inglesa traducen *datum*, plural *data*, por *facts*, “*things certainly known*”; “*no or available*”. En portugués, el *data* es traducido por “documentos”, “datos” (común en el lenguaje de la informática: pro-

50 *Ibidem*, p. 102.

51 Referenciado por Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, p. 209.

52 *Idem*.

cesamiento de datos). “Datos” son “informaciones”, que constan en archivos, de bancos de datos. “Informaciones relativas a las personas, que constan en registros o bancos” son datos.⁵³

El origen de esta garantía, según Néstor Pedro Sagüés,⁵⁴ se explica en virtud del desarrollo del llamado “poder informático”, puesto que aquellos que hacen informática (productor, gestor y distribuidor de datos) están amparados en otro tipo de normas constitucionales, como las que establecen el derecho a comerciar, a trabajar, ejercer toda industria lícita, propiedad, etcétera, pero no están en la misma situación los registrados en archivos o bancos de datos, ya que los mismos pueden contener información equivocada, falsa, obsoleta, etcétera, para ser usada con fines discriminatorios o simplemente porque constituyen una lesión al derecho de intimidad de las personas.⁵⁵

La denominación como la acción de *habeas data* tiene su antecedente en la Constitución brasileña de 1988, que en su artículo 5o., inciso LXXII establece: “Conceder el *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que conste en registro o banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, b) para la rectificación de datos cuando no se prefiera hacerlo por proceso reservado judicial o administrativo”.

Como lo señalan Dalla Via e Izascum, esta norma tiene a su vez como antecedente y fuente directa la ley número 824 del estado de Río de Janeiro dictada en 1984.⁵⁶

Sin embargo, ¿cuáles fueron o han sido los antecedentes materiales que se han dado en nuestras sociedades a efectos de considerar una acción procesal de protección constitucional para efectos de diversos sistemas normativos contemporáneos? Independientemente de lo que hemos señalado en el transcurso del presente estudio, se ha señalado que

en una situación de conflicto mundial latente y la necesidad de control, vigilancia y de demostrar superioridad, dieron origen a la más impresionante era de investigaciones e inventos de toda la historia de la humanidad, a tal

53 *Idem.*

54 *Cit. por Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, op. cit., p. 102.*

55 Néstor Pedro Sagüés ha afirmado también que las tareas relacionadas con el tratamiento automatizado de datos personales requieren comúnmente de tres operadores principales: el productor, que recolecta los datos; el gestor, que los sistematiza mediante la programación indispensable para la consulta de terceros, y el distribuidor, que los transmite al usuario.

56 Dalla Via, Alberto R., e Izascum Basterra, Marcela, *op. cit.*, p. 59.

punto que importa una identificación general como la era “científica y espacial”. El avance de la tecnología, so pretexto de una vida mejor, originó como contrapartida una serie de perjuicios y problemas trascendentes e impensados que hacen dubitable la vida futura en el planeta en un plazo aproximado de doscientos años. Tamaño poder tecnológico de investigación, junto con un poder de destrucción, concentraciones impresionantes de capitales y peligros reales de supervivencia, dieron lugar a [la] tercera generación de declaraciones, derechos y garantías referidas al uso racional de la tecnología, de los recursos naturales y del espacio aéreo. La finalización de la guerra fría... trajo aparejado el nuevo fenómeno de la “globalización”, que sólo puede ser posible por la existencia de una tecnología de “última generación” que permite el flujo constante e ininterrumpido de información entre todas las partes del mundo.

En cuanto al hombre, la preservación de las garantías adquiridas y el reconocimiento de otras en función de la falta de equiparación entre las grandes empresas y el pequeño consumidor o usuario, que en soledad carecería de toda posibilidad de reconocimiento y actuación (provocan) que los derechos y libertades de (las denominadas como pertenecientes a la) “tercera generación” se presenten como una respuesta al fenómeno de la *contaminación de las libertades (liberties pollution)*, término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona individualizan la situación de erosión y degradación que padecen los derechos fundamentales por algunos usos que se le dan a las nuevas tecnologías.⁵⁷

En tal sentido, se considera que el *habeas data* retoma su ímpetu como parte integrante de esta nueva generación, porque viene a responder a una necesidad del hombre común de oponerse a la información falsa, arbitraria o discriminatoria que se encuentre en cualquier base de datos, sin interesar la importancia de la misma.

Se considera entonces que el *habeas data* guarda algunas finalidades u objetivos principales:

- 1) Acceder a los registros para controlar los datos propios y del grupo familiar;
- 2) Actualizar los datos obsoletos o corregir o actualizar los inexactos;
- 3) Asegurar la confidencialidad de ciertos datos o asegurar la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar su conocimiento por terceros, y

⁵⁷ Pierini, Alicia *et al.*, *Habeas data, derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999, pp. 38 y 39.

4) Omitir o cancelar datos de la información sensible⁵⁸ cuya divulgación podría lesionar gravemente el derecho a la intimidad.

También se considera que esta garantía tiene una finalidad inmediata, que está comprendida en la posibilidad que tienen las personas de tomar conocimiento de los datos a ellas referidos y de su finalidad. Respecto a la finalidad mediata se determina en cuanto que si dichos datos resultan falsos o discriminatorios podrá exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos.

Como otro ejemplo de los fines y objetivos de esta institución procesal, tomamos como parámetros algunos pronunciamientos jurisprudenciales que se han dictado en Colombia, que a manera de reseña aplican, desarrollan o reiteran algunos valores y principios:

a) La prevalencia de la categoría del ser sobre el haber, con todas sus consecuencias;

b) La prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información como exigencia de la dignidad humana;

c) La persona es la única legitimada para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada;

d) La dignidad humana es el supremo principio de la Constitución de 1991;

e) Los procesos tecnológicos no pueden comprometer los derechos y libertades humanas;

f) Los bancos de datos adquieren particular relevancia en el moderno derecho constitucional informático por cuanto pueden amenazar o vulnerar derechos fundamentales tales como la intimidad, la personalidad, la honra y el buen nombre;

g) Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo, el cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales so pretexto de mantener “registros históricos o de satisfacer el principio de integridad de la información”;

58 Se considera que aquellas informaciones de naturaleza sensible son aquellas que tienen que ver con el origen racial y color de la piel; opiniones políticas; convicciones o actividades religiosas; conductas sexuales y de salud; o bien, datos que revelen el origen o aquellas informaciones que revelen algún tipo muy peculiar de convicciones, entre otros. Existen autores como Francisco Zúñiga Urbina que clasifican la información sensible en “informaciones muy sensibles”, “informaciones sensibles” como en “información neutra”. Cfr. Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

h) El dato económico personal no puede circular sin que previamente se garantice a sus titulares los derechos reconocidos por la Constitución Política. Además, la entidad financiera que los recibe no se convierte por ello en propietaria exclusiva de los mismos y, en consecuencia, debe respetar los intereses jurídicos del titular concernido;

i) La dignidad humana prevalece sobre la probidad comercial;

j) La veracidad no puede derruir sin motivo legítimo la muralla jurídica de la intimidad;

k) En razón de su dignidad humana, el deudor moroso puede esperar que en el manejo de sus antecedentes se le depare cuando menos el mismo tratamiento que recibe el infractor de la ley penal,

l) La protección del crédito no puede lograrse en desmedro de las exigencias de la libertad personal, particularmente en aquellos casos en los cuales el deudor no tenga antecedentes penales o contravencionales (en los términos del artículo 248 de la Constitución).⁵⁹

En otro orden, también es necesario reconocer que se habla de aspectos de la personalidad que se encuentren referenciados con la intimidad de las personas.

En este punto surge un interesante cuestionamiento respecto a si las personas morales o jurídicas pueden ser consideradas como sujetos activos o legitimados para accionar tal derecho, sobre todo si se toma en cuenta que el *habeas data* constituye una garantía cuyo fundamento jurídico es la protección de una parte especial del derecho a la intimidad, la cual se refiere a los datos personales.

Sobre el particular, y sin pretender abundar sobre la materia, se ha opinado por la mayoría de los autores que tocan el tema, que de válido es indudable, que si se considera al derecho a la intimidad como una especie del género de los derechos personalísimos (por ejemplo, el derecho al honor, a la vida, a la dignidad, etcétera) la respuesta a la interrogante se dará en sentido negativo. Sin embargo, al momento de cuestionarse sobre lo ocurrido en la dimensión práctica, en la vida cotidiana, afirman que se puede demostrar cómo determinadas conductas afectan el honor y la intimidad de la persona moral de similar manera de afectación que si se trata de una persona física.

⁵⁹ Angarita Baron, Ciro, "Colombia: el *habeas data* en la Constitución de 1991", *Informatica e diritto*, Florencia, vol. 20, núm. 1, 1994.

Estadella Yuste⁶⁰ sostiene que la justificación de la protección de datos de las personas físicas se desprende del amparo concedido a los derechos humanos individuales; en cambio, la protección de personas jurídicas hunde raíces, en gran parte de los casos, en derechos económicos. Así entonces, en ocasiones el uso incorrecto de información económica hace tan vulnerables a los individuos como a las entidades jurídicas (por ejemplo, un balance crediticio negativo fruto de información errónea puede perjudicar la estabilidad financiera de una empresa o de un individuo). Parece lógico entonces, que las entidades jurídicas puedan disfrutar de un derecho de acceso o de corrección sobre información que hace referencia a esa entidad.

Por tales argumentos, se considera consecuentemente que una solución posible estaría dada en considerar a las personas jurídicas no como titulares de derechos personalísimos de manera permanente, como es el caso de las personas físicas, sino en un determinado contexto y en situaciones o condiciones concretas en que sea necesaria su protección; es decir, la protección no se otorga “en sí misma”, sino “para sí”, según el caso de que se trate.⁶¹

Por otro lado, y en relación con la naturaleza jurídica del *habeas data*, según Óscar Puccinelli, esta institución en Indoiberoamérica presenta dos versiones principales: una dedicada a la tutela de ciertos aspectos del derecho a la protección de los datos personales (*habeas data* propio o tradicional), y la otra, preocupada por garantizar el derecho de acceso a la información pública (*habeas data* impropio). La primera de ellas, generalmente reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia como *habeas data*; y la segunda, ordinariamente vinculada con esta nueva garantía, a excepción de la Constitución peruana de 1993, que lo hace.⁶²

Entre los países que a nivel constitucional, legislativo secundario o jurisprudencial han reconocido esta figura de manera directa o indirecta se cuentan, entre otros, Brasil, Colombia, Guatemala, Ecuador, Paraguay, Perú, Argentina, Bolivia y Costa Rica.

Al hablar de la naturaleza jurídica de una institución como la que hoy nos ocupa es conveniente tomar en consideración que, al establecer esquemas comparativos, lo primero que tenemos que reconocer es lo suma-

60 Cit. por Ekmekdjian y Pizzolo, *op. cit.*, p. 83.

61 *Idem.*

62 Puccinelli, Oscar, *op. cit.*, p. 194.

mente complejo que resulta, simplemente para el caso latinoamericano, el tema de la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Ya Héctor Fix-Zamudio ha señalado lo siguiente:

El tema de la tutela judicial de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos y su proyección en el sistema interamericano es sumamente complejo, tomando en consideración que nuestros países han recibido, en su ámbito interno, una influencia angloamericana, especialmente a través del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, que sirvió de paradigma en los primeros años de la independencia de España y, un poco más adelante, también respecto a Brasil.

Además, debe tomarse en consideración que el modelo estadounidense se introdujo en Latinoamérica en ordenamientos que se habían forjado en la tradición romano-canónica, a través de más de tres siglos de dominación española y portuguesa, por lo que su resultado fue productos híbridos, debido al “transplante legal” de la revisión judicial angloamericana, que en los Estados Unidos debe considerarse como un principio y no como procedimientos concretos, en tanto que en nuestra región se tradujo en la creación de instituciones procesales específicas.⁶³

Así pues y previa consideración al lector de que con atención a los diversos sistemas o mandamientos normativos de cada país, lo que implica que ciertos significados de instituciones jurídicas no impliquen lo mismo en otro (por ejemplo, el amparo), procedemos a considerar con Puccinelli,⁶⁴ que en Brasil, la institución que se comenta es un remedio constitucional, un medio destinado a provocar la actividad jurisdiccional y que, por tal motivo, tiene naturaleza de acción, más específicamente de acción constitucional; se dice también, que es un instrumento de tutela cautelar de la libertad informática... en una acción-proceso de naturaleza cautelar de amparo constitucional, que con carácter sumario y extraordinario permite hacer efectivos derechos específicos con relación a “información sensible no registrable”.

En la doctrina argentina existe coincidencia generalizada respecto de que se trata de una acción procesal constitucional, pero no hay unanimidad en cuanto a su filiación... así indican que se trata de un amparo

63 Fix-Zamudio, Héctor, “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, p. 175.

64 Puccinelli, Óscar, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

especializado, mientras que para otros se emparenta más con el *habeas corpus*.

En lo que hace a la segunda versión de *habeas data*, esto es, el diseñado para acceder a informaciones, aparece claramente como un derecho (salvo el Perú, donde se lo concibe expresamente como garantía), por la generalizada ubicación y formulación constitucional, derecho que, en definitiva, es judicialmente protegible por medio de remedios constitucionales, y por lo tanto en algunos países como Colombia no existiría diferencia en la práctica (el derecho de *habeas data* colombiano es amparable por vía de la acción de tutela).

En síntesis, continúa Puccinelli, el *habeas data* aparece regulado en Indoiberoamérica, a veces como derecho y a veces como acción o garantía constitucional.⁶⁵ En la doctrina y la jurisprudencia se observa que en líneas generales se ha seguido la fórmula elegida por cada país, aunque en ocasiones se le otorga una naturaleza mixta (acción y derecho) y no coincide, cuando se entiende como acción o proceso, respecto de si se trata de un tipo de amparo o de *habeas corpus*.

Ahora bien, considerando que el *habeas data* en todos los casos en que fue regulado:

- a) Encierra ciertos derechos de fondo que son expresados de manera exclusiva (esto es, no son reiteración de otras disposiciones) y no taxativa;
- b) Que tales facultades integran el derecho a la protección de datos (o el derecho a la autodeterminación informativa, según el punto de vista que escojamos), y que
- c) Las regulaciones que lo consagran están reconociendo un derecho para el cual prevén conjuntamente disposiciones procesales constitucionales ya sean específicas (como ocurre en la mayoría de las Constituciones) o genéricas, aplicables a todos los otros derechos (por ejemplo, Colombia),

consecuentemente se debe colegir que el *habeas data* sería un derecho o un derecho-garantía. Sin embargo, bien podría entenderse de la siguiente

65 Este mismo autor señala en *op. cit.*, p. 70, que Bidart Campos ha precisado que "Dentro del ámbito tutelar de los derechos personales, y en afinidad con las garantías clásicas frente al Estado, hay 'derechos' denominados tales que, en rigor, sirven y se usan para la defensa de otros derechos; a aquellos denominados derechos que se dirigen a proteger otros derechos se les asigna la categoría y naturaleza de garantías".

manera: dado su carácter instrumental, el *habeas data* constituye en realidad una garantía de los derechos que pretende proteger, estén o no insertos en la norma que lo consagra.

IX. EL CASO MEXICANO EN MATERIA DE LIBERTAD INFORMÁTICA

En el caso de México no contamos con una norma jurídica que de manera general, ordenada, expresa y directa reconozca los mencionados derechos a la intimidad, o bien, de la vida privada, sobre todo con especificaciones claras hacia el ámbito de aquella información de tal naturaleza que se automatiza.

Ya Luis Manuel Meján ha señalado que

es menester que, en un Estado de Derecho, exista una regulación cuidadosa del manejo que, tanto individuos, como empresas, como la Administración Pública, puedan hacer de la información que compilan para el cumplimiento de sus actividades y funciones; que reconozca el derecho a la intimidad de los individuos, que dé a estos medios de acceso de conocimiento de lo que se almacena sobre él, que se defina quién es el propietario de la información, que se le dé derecho de hacer rectificaciones, que se le permita conocer cuál es el uso que se da a esa información.⁶⁶

Sin embargo, lo que sí resulta importante señalar es que la nueva Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 24 de diciembre de 1996, que entró en vigor el 24 de marzo de 1997, establece en sus artículos 107-110 algunas disposiciones respecto a los datos o informaciones contenidos en bancos de datos (término que no es definido por tal Ley).

De estas disposiciones y para el tema que nos ocupa, resulta importante transcribir el artículo 109:

Artículo 109. El acceso a información de carácter privado relativa a las personas contenida en las bases de datos a que se refiere el artículo anterior (el artículo 108 habla de las bases de datos que no sean originales), así como la publicación, reproducción, divulgación, comunicación pública y transmisión de dicha información, requerirá la autorización previa de las personas de que se trate.

66 Meján, Luis Manuel C., *op. cit.*, pp. 104 y 105.

Quedan exceptuados de lo anterior, las investigaciones de las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, de acuerdo con la legislación respectiva, así como el acceso a archivos públicos por las personas autorizadas por la ley, siempre que la consulta sea realizada conforme a los procedimientos respectivos.

El gran problema que nosotros encontramos en esto es que el manejo propio de la particularidad de los datos o informaciones personales no es equilibrado en cuanto los sujetos ahí establecidos.

Por otro lado, una norma autoral, basada en principios de propiedad intelectual, ¿debe regular algo tan supremo como es la protección de información personalísima, sobre todo cuando se pueden trastocar una serie de valores o principios humanos y a la vez fundamentales? ¿Algún día podremos proteger de manera general nuestra información personal ante el avance informático?

Para dar respuesta a estas interrogantes es necesario identificar todas las peculiaridades y especializaciones que la información, sobre todo automatizada, implican. Desde este momento señalamos que no todo tipo de información puede regularse por estas vías (ya sean protecciones administrativas o jurisdiccionales).

Tomemos en cuenta expresiones como las de Francisco J. Eguiguren, quien de manera acertada ha precisado:

Al margen de lo novedosa que ha resultado la incorporación constitucional del *habeas data*, considero que su existencia como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación, pues no pasa de ser una suerte de “amparo especializado” para la defensa de ciertos derechos.

No resulta causal que en países como Brasil, Colombia o Argentina, el ejercicio del *habeas data* se remita al procedimiento del amparo (o su equivalente nacional) y que en el Perú la incipiente legislación de la materia no ofrezca ninguna peculiaridad sustancial que amerite la existencia de un proceso constitucional autónomo o diferente del amparo. Ello nos convence de la conveniencia de efectuar supresión del *habeas data* del elenco de las garantías constitucionales.

Muy distinto es el caso si es que tendemos a entender la institución del *habeas data* no como una garantía sino, más bien, como la denominación particular de un derecho específico, o de un conjunto de éstos, vinculados ya sea a la autodeterminación informativa... o al acceso a información de entidades públicas... Por ello encontramos muy positiva la presencia en el texto de la carta de 1993 de dichos derechos.

...Sólo resta aguardar que la utilización del *habeas data* se incremente cada día y, lo más importante, que la jurisprudencia vaya plasmando criterios que garanticen su eficacia y completen los alcances de los derechos constitucionales involucrados. Ello será fundamental, y decisivo, para el futuro de este proceso constitucional, pues no debe olvidarse que su ejercicio supone (en no pocos casos) intentar afianzar la transparencia en la gestión e información de instituciones públicas, cuyo accionar ha gustado de privilegiar el secreto y la exclusión de acceso informativo al ciudadano. Asimismo, porque estará también de por medio frecuentes casos de enfrentamiento con poderosos intereses políticos y económicos, tanto de entidades gubernamentales como de grupos privados.⁶⁷

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Opinamos que independientemente de la diferenciación que ya se ha apuntado del derecho a la información respecto al individuo o gobernado en relación con otros individuos o gobernados, con el Estado y con el derecho como sujetos interrelacionados, es necesario establecer otros límites o valoraciones respecto al derecho a la información como garantía constitucional:

1. Un insulto o juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de la idea, pensamiento u opinión, debe carecer de protección constitucional;

2. Es necesario establecer pautas diferenciales entre una opinión (juicio de valor personal que no sea formalmente injurioso e innecesario para lo que se expresa); la información (narración veraz de hechos, cuya protección constitucional se hace depender de que no vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos); la noticia (narración veraz de hechos que, además, versa sobre asuntos dotados de relevancia pública por los hechos narrados o los sujetos que en ellos participan, contribuyendo a la formación de la opinión pública libre); como por último, las falsedades (rumores o insidias que pretenden disfrazarse tras una aséptica narración de hechos y que en realidad son relatos que carecen por completo de la nota de veracidad).⁶⁸

67 Eguiguren P., Francisco J., "Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano", *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, núm. 35, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1999, pp. 73 y 74.

68 Bastida Freijedo, Francisco J. y Villaverde Menéndez, Ignacio, *op. cit.*, p. 29.

3. La protección constitucional debe variar tomando en consideración la escala en que se sitúe el mensaje enjuiciado, así como la perspectiva de materialización del mismo (no es lo mismo la prensa escrita o un soporte informático).

4. Resulta primordial determinar aquello que no sea información, por ejemplo, aquello que defrauda el interés colectivo o que carece de un fin informativo, como los rumores, insidias, insultos y vilipendios; las narraciones falsas o tendenciosas; la supuesta información hecha con intención de infamar, la que afecta la intimidad o la que vulnera bienes o valores jurídicos, como la buena fe, la seguridad del Estado o el buen funcionamiento de las instituciones públicas.⁶⁹

5. También será necesario ponderar algunas circunstancias propias de la información en atención a su manejo o finalidad; así, será necesario justificar algunos límites hacia particularidades como son la publicidad comercial, información sindical, entretenimiento, publicidad estatal, apologías, publicidad electoral, resoluciones de naturaleza jurídica, información personal, entre otras. Esta ponderación también deberá hacerse respecto a los sujetos que interactúan con tales particularidades.

Si llegase la información a trastocar otro u otros bienes jurídicos (honor, intimidad, etcétera) pero tal información divulgada cumple con el fin de contribuir a la formación de una opinión pública libre, entonces este concepto se debe incluir en una posición de supremacía con finalidad democrática, y consecuentemente deberá ser sujeta de protección constitucional, a pesar de trastocar, como se ha dicho, otros valores o bienes jurídicos protegidos por un texto constitucional.

69 *Ibidem*, p. 30.

**EL NUEVO DERECHO
DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS**

APROXIMACIONES AL NUEVO DERECHO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS. HACIA UN RÉGIMEN JURÍDICO DEMOCRÁTICO DE LA RADIO Y TELEVISIÓN

Ernesto VILLANUEVA*

SUMARIO: I. *¿Quién puede recibir concesiones o licencias?* II. *¿Quién debe otorgar las concesiones o licencias?* III. *¿Bajo qué criterios deben otorgarse las concesiones o licencias de radio y televisión?* IV. *¿Cómo y hasta dónde debe satisfacerse el derecho de respuesta?* V. *¿Qué debe regular la ley en materia de programación y qué debe ser producto de códigos deontológicos programáticos?* VI. *Conclusiones.*

En principio es menester señalar que en las líneas siguientes no se pretende abarcar, en modo alguno, todos y cada uno de los múltiples aspectos que se derivan del tema apropiadamente denominado nuevo derecho de los medios electrónicos, que es, al mismo tiempo, un reto legislativo y de naturaleza doctrinal. En realidad esta intervención versa sobre uno solo de los temas de este nuevo derecho, el derecho de la radio y la televisión. Es ciertamente un aspecto que reviste una importancia capital por sus enormes implicaciones en los procesos de formación de la opinión pública¹ sobre los distintos rubros de la vida colectiva. Y en México abordar este debate es particularmente útil por dos razones fundamentales: primero, por el régimen jurídico atípico que existe sobre la materia, que se ha traducido en una discusión de vieja data iniciada a mediados del siglo pasa-

* Profesor titular de derecho de la información de la Universidad Iberoamericana.

1 La opinión pública es, en síntesis, una suma de opiniones o percepciones individuales sobre un tema que se encuentra en la agenda mediática de la discusión y puede afectar, de una manera u otra, a los ciudadanos. Véase Price, Vicent, *Opinión pública*, México, Universidad de Guadalajara, 1994.

do, la cual hoy en el siglo XXI sigue abierta, nutrida, por desgracia, más de especulaciones políticas y juicios sociológicos, que de aportaciones jurídicas más o menos objetivables, susceptibles, por ello mismo, de poner las cosas en su justa dimensión, y segundo, por el creciente impacto de la radio y la televisión en la definición de la agenda pública del país, sin más parámetros normativos, en muchas ocasiones, que los derivados de los criterios de ventaja política y comercial. Obviamente al igual que lo que sucede en todo el mundo, la radio y la televisión son la fuente donde se informa y entretiene la mayoría de la gente, razón de más que justifica con creces introducirse a este tema.

El estudio del derecho de la radio y la televisión contiene un grado de mayor complejidad en relación con la prensa escrita. Y es que parece haber consenso en que el patrimonio público del espacio aéreo, el número limitado de frecuencias disponibles —siempre infinitamente menores al número eventual de solicitantes— y la gran audiencia de la radio y la televisión constituyen argumentos capitales que explican —y justifican eventualmente— este singular fenómeno. Una cosa, empero, es cierta: a mayor acceso privilegiado a un bien escaso propiedad de la nación corresponde un grado mayor de responsabilidad, que se debe reflejar en normas jurídicas apropiadas y, de manera complementaria, en normas deontológicas que propicien medios al servicio público. Existe consenso² en que el servicio público se traduce en hechos en el momento en que la radio y la televisión: *a)* tienen una cobertura general; *b)* buscan satisfacer los más distintos gustos e intereses; *c)* consideran a las minorías; *d)* manifiestan preocupación por la identidad nacional y la comunidad; *e)* se mantienen al margen del gobierno y de los grupos de interés; *f)* compiten por una buena programación más que por una mera mayor audiencia, y *g)* establecen directrices para los productores de programas sin restringirlos.

Es importante precisar que el uso de un bien escaso público y su gran presencia social explican por qué la radio y la televisión están sujetas a un régimen legal de mayor amplitud que otros medios de comunicación. El problema central surge, empero, al momento de plantear un modelo democrático que responda de la mejor manera posible a las siguientes cinco interrogantes, apenas esbozadas en forma enunciativa, no, por supuesto, de manera limitativa:

² Reporte Peacock, *The Public Service Idea in British Broadcasting*, Londres, Broadcasting Research Unit, 1986, pp. 2-5.

1. ¿Quién puede recibir concesiones o licencias de radio y/o televisión?
2. ¿Quién debe otorgar las concesiones o licencias de radio y/o televisión?
3. ¿Bajo qué criterios debe otorgarlas?
4. ¿Cómo y hasta dónde debe satisfacerse el derecho de respuesta?
5. ¿Qué debe regular la ley en materia de programación y qué debe ser producto de códigos deontológicos programáticos?

Si bien es cierto que no existen respuestas unívocas o de validez universal a las interrogantes anteriores, también lo es que el derecho comparado y el derecho internacional público pueden ser de gran utilidad para extraer las principales constantes que se observan al momento de legislar en la materia. De esta forma, es posible esbozar las primeras líneas definitivas de lo que podría denominarse una aproximación hacia un modelo de régimen jurídico democrático de la radio y de la televisión.

I. ¿QUIÉN PUEDE RECIBIR CONCESIONES O LICENCIAS?

Esta interrogante es crucial porque representa el punto de partida del engranaje del régimen de la radio y televisión. Es regla general en el derecho comparado que el primer requisito de acceso a una concesión o licencia de radio y televisión es la acreditación de la ciudadanía del país concerniente. Y ello es entendible por la trascendencia social de la radio y la televisión en la vida comunitaria. Existen, además, otros requisitos que pueden determinar la posibilidad de recibir una concesión o licencia, como la calidad moral de los solicitantes, la prohibición a determinados grupos o congregaciones y la residencia efectiva durante un tiempo determinado de los solicitantes, a efecto de asegurar un conocimiento más profundo de la realidad nacional, entre otros. En México los ministros de cultos religiosos carecen del derecho a obtener la explotación de una frecuencia³ de radio y/o televisión. No obstante, cualquier otro ciudadano mexicano o sociedad cuyos socios sean mexicanos puede solicitar una concesión o licencia de radio y televisión. Esta circunstancia ha generado gran liberalidad por cuanto a los eventuales beneficiarios de concesiones de radio y televisión, que lo mismo pueden ser políticos en activo, o haberlo sido, que personas con antecedentes penales relevantes. En otros

3 Artículo 16 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

países, la legislación es más estricta con el propósito de satisfacer de mejor manera el bien común. En Argentina,⁴ por ejemplo, la ley dispone que para obtener una licencia se necesita: *a)* ser argentino, nativo o naturalizado, en ambos casos con más de diez años de residencia en el país y mayor de edad; *b)* tener calidad moral e idoneidad cultural, acreditadas ambas por una trayectoria que pueda ser objetivamente comprobada; *c)* tener capacidad patrimonial acorde con la inversión a efectuar y poder demostrar el origen de los fondos; *d)* no estar incapacitado o inhabilitado, civil ni penalmente para contratar o ejercer el comercio, ni haber sido condenado o estar sometido a proceso por delito doloso, ni ser deudor moroso de obligaciones fiscales o previsionales; *e)* no ser propietario ni socio de diferentes sociedades de radiodifusión. No tener vinculación jurídica o económica con empresas periodísticas extranjeras o nacionales, y *f)* no ser magistrado judicial, legislador, funcionario público, militar o personal de seguridad en activo.

II. ¿QUIÉN DEBE OTORGAR LAS CONCESIONES O LICENCIAS?

El relevante papel social de los medios electrónicos ha sido un factor de atracción para que la administración pública o el Congreso desempeñen funciones regulatorias en este ámbito. Hace dos siglos bajo la división de poderes de Montesquieu se consideraba que el Poder Ejecutivo debía sin más ejecutar la ley y, por ello mismo, en algunos Estados todas las funciones de ejecución o aplicación de normas recaían en la esfera precisamente del Ejecutivo. Los conflictos de interés, el tráfico de influencias, la parcialidad de la autoridad administrativa fueron algunas de las razones para que diversas actividades fueran retiradas de la esfera de la administración al transcurso de los años. Un ejemplo muy cercano a nosotros es la función electoral, que en México la desarrolla una entidad autónoma, el Instituto Federal Electoral. En Costa Rica, el artículo 90. de la Constitución brinda incluso un tratamiento de cuarto poder del Estado al Tribunal Supremo de Elecciones.⁵ La búsqueda de independencia e im-

4 Ley Nacional de Radiodifusión número 22.285, promulgada el 15 de septiembre de 1980.

5 En efecto, el artículo 90., tercer párrafo, de la Constitución de Costa Rica, a la letra dice: "Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes".

parcialidad constituye el argumento principal que subyace en ese proceso de tránsito. Esa misma tendencia se ha registrado también en el campo de los medios electrónicos, que no se advierte, sin embargo, en México donde la atribución para otorgar concesiones de radio y televisión es competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.⁶ Por el contrario, el caso más extremo de independencia es el de Alemania proveniente de una decisión del Tribunal Constitucional⁷ al interpretar la libertad de los radiodifusores del control gubernamental bajo el espíritu del artículo 5o. de la Constitución alemana, sentando las bases de las autoridades reguladoras independientes en este país como un aspecto clave de la libertad del control del gobierno. En España, un informe del Senado en materia de televisión concluyó, a propósito de las autoridades independientes, que:⁸

La composición y procedimiento de elección de tales comisiones varía de un país a otro. Todas comparten, sin embargo, la idea de que la comisión —o la figura como ocurre en el caso italiano— sea independiente de la administración y de los partidos políticos, con el fin de servir mejor a la pluralidad y a la autonomía del medio e impedir, al mismo tiempo, la interferencia del gobierno en el sector audiovisual.

En efecto, es posible corroborar la presencia creciente de autoridades reguladoras independientes, lo mismo en democracias consolidadas como en países en vías de desarrollo o, incluso, en países que recientemente han optado por la democracia como los de Europa del Este. Veamos algunos ejemplos que permitan validar las afirmaciones anteriores. En Alemania se puede advertir un gran proceso de participación ciudadana en la integración de la autoridad reguladora independiente. En el estado de Baja Sajonia, por ejemplo, la Comisión de Radiodifusión está compuesta⁹ de al menos 26 miembros designados de la forma siguiente:

1. Cinco miembros de los partidos representados en el Landtag (Parlamento del Land), en proporción a los votos respectivamente

6 Artículo 9o., fracción I, de la Ley Federal de Radio y Televisión.

7 First Television Case, 12 BverfGE 205 (1961) cit. por Barendt, Eric, *Broadcasting Law*, Nueva York, Clarendon Press Oxford, pp. 35 y 36.

8 Senado, *Informe de la Comisión Especial sobre Contenidos Televisivos*, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación, 1995, p. 147.

9 Artículo 30 de la Ley de Radiodifusión del Estado de Baja Sajonia del 23 de mayo de 1984.

- emitidos en su favor en las elecciones precedentes para el Landtag, siguiendo el procedimiento *d'Hondt* de cifras máximas.
2. Respectivamente un miembro por cada partido que al comienzo del mandato de la Asamblea esté representado por Grupo Parlamentario en el Landtag, y no haya nombrado miembro según el numeral 1.
 3. Un miembro, la Confederación de Iglesias Evangélicas de la Baja Sajonia.
 4. Un miembro, la Iglesia Católica Romana.
 5. Un miembro, las comunidades judías.
 6. Dos miembros, la Confederación Alemana de Sindicatos.
 7. Un miembro, el Sindicato Alemán de Empleados.
 8. Un miembro, la Confederación Alemana de Funcionarios.
 9. Dos miembros, las asociaciones de empleadores, uno del sector de la industria y otro del sector del comercio.
 10. Un miembro, las asociaciones del artesanado.
 11. Un miembro, las asociaciones de agricultores.
 12. Un miembro, las asociaciones de mujeres.
 13. Un miembro, las asociaciones juveniles.
 14. Dos miembros, las asociaciones deportivas.
 15. Un miembro, las asociaciones de expulsados de territorios del Este.
 16. Respectivamente un miembro otros cinco grupos y organizaciones socialmente relevantes, a determinar por el Landtag.

En Burkina Faso, la atribución para otorgar concesiones o licencias de radio y televisión recae en el Consejo Superior de la Información,¹⁰ el cual está compuesto¹¹ por 11 miembros, 4 designados por el presidente de la República, 2 a propuesta de la Cámara de Diputados, 2 designados por la Corte Suprema de Justicia y 3 nombrados por las asociaciones profesionales de periodistas. Y en Polonia esta función corresponde al Consejo Nacional de Radio y Televisión, organismo independiente, integrado por 9 miembros,¹² 4 miembros nominados por la Cámara Baja, 2 por el Senado y 3, incluyendo el presidente del Consejo, por el presidente de la República.

10 Artículo 11 de la Ley número 95-304.

11 *Ibidem*, artículo 2o.

12 Artículo 7o. de la Ley de de Radio y Televisión del 29 de diciembre de 1992.

III. ¿BAJO QUÉ CRITERIOS DEBEN OTORGARSE LAS CONCESIONES O LICENCIAS DE RADIO Y TELEVISIÓN?

Es importante subrayar, de entrada, que toda persona física tiene como atributo inherente a su personalidad tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la igualdad ante la ley, derechos humanos fundamentales, reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7o. y 19) y, en nuestro continente, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13 y 24). El principio de igualdad, por un lado, y el ejercicio del derecho a la libertad de información, por el otro, en materia de acceso a una concesión o licencia de radio y televisión entran en colisión con el hecho de que se trata de frecuencias limitadas; de un bien escaso, que materialmente resultaría imposible repartir entre todas las personas, incluso entre sólo aquellas potencialmente interesadas en una frecuencia televisiva o radiofónica. Estamos, pues, ante un conflicto de bienes jurídicos, entre aquellos derechos que merecen protección y las limitaciones derivadas por razones técnicas y acuerdos internacionales que acotan la distribución de frecuencias entre los distintos países. Se requiere, por tanto, ejercer criterios de ponderación. Y ponderación significa para el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*: “compensación o equilibrio entre dos pesos”. La ponderación lleva implícito el valor de la justicia o de la equidad. Más aún, “no hay ponderación justa sin criterio justo. Pero es que además, el criterio de la ponderación no puede ser justo si no es conocido”.¹³ En nuestro país, el criterio no es justo ni es conocido por la simple y sencilla razón de que descansa en un principio de discrecionalidad administrativa¹⁴ que tiene en la secrecía uno de sus ingredientes constitutivos, además de la enorme politización que le es propia. En el derecho comparado los criterios de ponderación se encuentran definidos, por el contrario, por aspectos tales como: a) la solvencia económica de los solicitantes; b) la garantía de pluralismo, y c) la diversidad cultural. Por supuesto, al hacer un análisis sobre los criterios de ponderación en diversas legislaciones es posible encontrar diferencias entre unas y otras, pero coincidiendo en una cuestión

13 González Encinar, José Juan, “El derecho de la televisión”, *El régimen jurídico de la televisión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, Cuadernos y debates 55, p. 26.

14 Artículo 19 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

fundamental: existen criterios por mandato de la ley. En Estados Unidos, por ejemplo, la ley establece 4 criterios de ponderación:¹⁵ a) criterio legal, el cual comprende ser ciudadano estadounidense; no haber sido sancionado por prácticas contra la empresa o por haber transmitido material obsceno; b) criterio técnico, el cual implica que el solicitante debe contar con un equipo técnico adecuado que minimice interferencia con otras estaciones, mejore la calidad de recepción del público y promueva optimizar la eficiencia del servicio; c) criterio financiero, el cual supone que el solicitante debe tener fondos suficientes para operar, por lo menos, durante tres meses sin publicidad alguna; d) criterio de antecedentes personales, el cual incluye tener una buena imagen y no haber sido condenado por delitos relevantes para los efectos de operar una concesión. En España, al igual que en buena parte de Europa, los criterios atienden aspectos relacionados con los contenidos programáticos. En efecto, en este país los criterios orientativos que deben tomarse en cuenta para otorgar las concesiones son los siguientes:¹⁶ a) necesidad de garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y corrientes de opinión; b) viabilidad técnica y económica del proyecto atendiendo, entre otros factores, al capital social escriturado y desembolsado y a las previsiones financieras durante todo el periodo de la concesión; c) relación en los proyectos de programación entre la producción nacional, europea comunitaria y extranjera, dándose preferencia a la de expresión originaria española y a la europea comunitaria; d) capacidad de las sociedades solicitantes para atender las necesidades de programación con una cobertura limitada a cada una de las diversas zonas territoriales, y e) previsiones de las sociedades solicitantes para satisfacer en el conjunto de su programación las diversas demandas y los plurales intereses del público. En particular, el gobierno debe valorar “las garantías ofrecidas por los concurrentes a fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, así como la necesidad de diversificación de los agentes informativos y el objetivo de evitar tanto los abusos de posición dominante como las prácticas restrictivas de la libre competencia”.

15 C. Creech, Kenneth, *Electronic Media Law and Regulation*, Newton, Focal Press, 1996, pp. 92 y 93.

16 Artículo 9o. de la Ley 10/1988, del 3 de mayo, de Televisión Privada.

IV. ¿CÓMO Y HASTA DÓNDE DEBE SATISFACERSE EL DERECHO DE RESPUESTA?

El derecho de respuesta se puede definir como

la facultad que se concede a una persona, física o jurídica, que se considere perjudicada en su honor, prestigio o dignidad, por una información, noticia o comentario, publicada en un medio de comunicación social y que le lleva a exigir la reparación del daño sufrido mediante la inserción de la correspondiente aclaración, en el mismo medio de comunicación e idéntica forma en que fue lesionado.¹⁷

El derecho de réplica cumple un triple papel, dependiendo desde el punto en que se observe. Visto desde la óptica de la empresa de radio y televisión constituye un límite a su libertad de información. Analizado desde la perspectiva del individuo representa una fórmula para garantizar el derecho al honor y a la vida privada. Y observado desde la visión de la sociedad integra una garantía del derecho a la información. En síntesis, el derecho de réplica: *a)* constituye una vía inmediata, de carácter extrajudicial, que habilita al particular para defender su honor, reputación, personalidad o imagen afectadas por información inexacta o equivocada, mediante la difusión de las precisiones o correcciones pertinentes, en el medio donde se originó la controversia; *b)* representa un vehículo de comunicación entre emisores y receptores, que coadyuva a fomentar la responsabilidad y la veracidad en la información que transmiten los medios de comunicación a la opinión pública, y *c)* ofrece a la sociedad civil distintas posturas y puntos de vista sobre hechos controvertidos, circunstancia que le brinda mayores elementos de juicio sobre temáticas de interés general. El ejercicio del derecho de respuesta tiene, por supuesto, limitaciones propias, toda vez que de no tenerlas haría nugatoria la libertad de información de los medios en general. El punto central es analizar en qué casos debe ser admitido el derecho de respuesta. En principio vale decir que, desde el punto de vista doctrinal, para que sea admisible la respuesta: *a)* debe expresarse una información, mención o referencia inexacta o agravante que lesione alguno de los derechos de una persona, a través de un medio de comunicación masiva que se dirige al público en general. Por

17 González Ballesteros, Teodoro, *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y televisión*, p. 30.

lo general el texto inexacto o agravante es una relación de hechos, una nota informativa. Con todo, las informaciones susceptibles de respuesta pueden ser datos que por su naturaleza puedan ser examinados en cuanto a su integridad, y cuya esencia no esté formada exclusivamente por la manifestación de una opinión personal, valoración o advertencia en cuanto a la actitud de un tercero. De esta suerte, también la fotografía puede constituir referencia a una persona, aunque a simple vista pareciera no contestable (pese a que aquélla pudiera afectar la intimidad o haya sido obtenida contra la voluntad del implicado, en cuyo caso operaría la acción judicial para resarcir el daño moral provocado); pero si la fotografía en cuestión es editada y refleja una escena que nunca existió en ese momento es posible ejercer el derecho de respuesta; *b)* la información difundida debe contener un grado de inexactitud o de agravio que afecte o sea susceptible de afectar cualquiera de las garantías individuales de una persona, particularmente su dignidad personal, de tal suerte que pueda deducirse la existencia de un interés legítimo por parte del respondiente; *c)* el afectado tiene el derecho para efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en forma gratuita, oportuna y guardar correspondencia y proporcionalidad con la información de los hechos que la justifica, no debe ser contraria a la ley, a las buenas costumbres, ofensiva al periodista ni debe lesionar intereses legítimos de terceros. Los respondientes pueden ser personas físicas, bien directamente los afectados, sus parientes hasta el cuarto grado en caso de ausencia o de otros impedimentos, o bien, sus herederos cuando la persona aludida haya muerto sin haber respondido. También las personas morales y las entidades públicas son susceptibles de ejercitar el derecho de respuesta; *d)* la negativa a publicar o difundir la respuesta o rectificación a la brevedad posible brinda al respondiente acción judicial de trámite sumarísimo para hacer eficaz su derecho de respuesta, y *e)* la publicación o respuesta del afectado no sustituye ni exime de las responsabilidades legales a que hubiere lugar en materia civil o penal.

Hasta ahora, en México, buena parte de los comunicadores y de los investigadores de los fenómenos de la comunicación han considerado que sólo existe el derecho de respuesta en materia de prensa escrita, no así por lo que hace a la radio y televisión, en virtud de que ese derecho no está previsto ni menos desarrollado en el cuerpo de la Ley Federal de Radio y Televisión vigente. Efectivamente, el derecho de respuesta no proviene de nuestro derecho legislado, sino de la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos, reconocida por México el 24 de marzo de 1981. Cabe recordar que en los términos del artículo 133 de la Constitución, los tratados internacionales suscritos por México, a través del presidente de la República, con aprobación del Senado forman parte destacada de nuestro orden jurídico vigente. Más todavía, a la luz de lo dispuesto por el artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene preeminencia sobre las disposiciones de derecho interno. Dicho lo anterior, véase que el derecho de respuesta está claramente regulado por la Convención Americana, en el artículo 14, que a la letra dice:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Se puede observar que el derecho de respuesta no está limitado a la prensa escrita, sino que es susceptible de ejercerse ante cualquier medio de difusión, incluyendo ciertamente a la radio y televisión. Cabe señalar que existe un compromiso de buena fe de los Estados parte para adecuar su legislación interna a las prescripciones previstas en la Convención Americana, según lo establecen los artículos 1.1 y 2o., que a la letra dicen:

Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2o. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¿Qué sucede empero si los Estados partes no adoptan las medidas legales necesarias para proteger los derechos humanos contenidos en la Convención? ¿Debe esperarse pacientemente a que el Estado parte decida legislar para proteger ese derecho? En la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado ya sobre el particular. El numeral 28 de la Opinión de la Corte Interamericana en cuestión no deja lugar a dudas sobre la exigibilidad directa del derecho de respuesta, al señalar que:

El hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados partes de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención y de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

Es oportuno recordar aquí que México ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Por todo lo anterior, cabe decir que sí existe en nuestro país el derecho de respuesta frente a la radio y televisión. En el derecho comparado la actuación de buena fe de los países se ha traducido en una legislación que establece las condiciones bajo las cuales debe ejercerse el derecho de respuesta, las cuales admiten ciertas diferencias entre unos y otros. En Alemania, por ejemplo, en el estado de Baja Sajonia, el derecho de respuesta funciona de la manera siguiente,¹⁸ a saber:

a) Todo organizador está obligado a difundir una réplica de la persona, grupo o entidad que haya resultado afectada por una imputación de hechos expuesta en la emisión. Pero no existe deber de difusión de réplica cuando la persona, entidad o grupo afectado no tenga justificado interés por la difusión, o cuando la réplica sea de extensión inadecuada. La réplica es de extensión adecuada si no sobrepasa la amplitud de la parte impugnada de la emisión.

18 Artículo 18 de la Ley de Radiodifusión del Estado de Baja Sajonia del 23 de mayo de 1984.

b) La réplica debe hacerse sin demora, por escrito y ha de estar firmada por el afectado o por su representante legal. En la réplica se ha de mencionar la emisión impugnada y la imputación de hechos, además ha de limitarse a exponer datos reales y su contenido no debe ser punible en ningún aspecto.

c) La réplica ha de difundirse sin demora dentro de la misma sección del programa y en tiempo de emisión equiparable al de la emisión impugnada. Si una emisión se mantiene dispuesta para recepción en cualquier tiempo que se desee, en tal caso la réplica ha de permanecer vinculada a la emisión mientras dure esa disponibilidad. Si la emisión no está ya disponible o termina su disponibilidad antes de transcurrir un mes después de admitida la réplica, entonces se ha de mantener la réplica en posición análoga mientras lo exija el afectado, pero como máximo durante un mes en conjunto.

d) La réplica debe difundirse sin interferencias ni omisiones. Toda refutación contra la réplica no debe estar en relación directa con ésta, y debe limitarse a exponer datos reales.

e) La réplica debe difundirse gratuitamente.

f) Constituyen excepciones al derecho de réplica los informes verídicos sobre sesiones públicas de órganos legislativos y ejecutivos de la Federación, estados, municipios, cualesquiera otras corporaciones municipales, o de los tribunales.

V. ¿QUÉ DEBE REGULAR LA LEY EN MATERIA DE PROGRAMACIÓN Y QUÉ DEBE SER PRODUCTO DE CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS PROGRAMÁTICOS?

La interrogación sobre la programación de los medios electrónicos se trata de una cuestión fundamental estrechamente relacionada con el ejercicio de las libertades de expresión e información y con los intereses legítimos de la sociedad también protegidos por la ley. Por esta razón, ciertamente la ley debe establecer regulaciones, pues de no hacerlo estaríamos ante derechos absolutos que, como se ha dicho en forma reiterada, no existen en esta materia. El asunto central no reside en la pregunta sobre si se deben regular o no contenidos programáticos, sino hasta dónde esos contenidos deben estar regidos por la ley. En el derecho comparado no hay una fórmula única. De la gran liberalidad alemana y estadounidense en la materia se puede llegar a los extremos rígidos de la legislación de Egipto y buena parte de los países árabes. En este sentido, nuestra consideración es que el derecho debe únicamente establecer normas mínimas

que eviten un atentado al derecho a la vida privada, la paz, la moral y el orden público, entendidos en un sentido restrictivo y como medidas *sine qua non* en un régimen democrático, así como toda medida que promueva el odio y la discriminación racial, étnica, sexual, de preferencias sexuales, social y cultural. Por supuesto, ello no significa que no deba haber normas que promuevan proactivamente contenidos de gran calidad, lo que no debe confundirse con programas de alta cultura. Y es que un programa de gran calidad supone algo mucho más amplio, a saber:¹⁹ a) respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales; b) respuesta a las inquietudes de la audiencia desde una perspectiva lo más amplia posible; c) incluir una proporción de material original; d) proveer información veraz, independiente del gobierno y de intereses de grupo; e) garantizar la libertad de expresión y estimular el libre desarrollo de la opinión reflejando la naturaleza pluralista de la sociedad, y f) incorporar en su estructura medios que puedan ser vistos como fórmulas de responsabilidad ante el público. Esta tarea importantísima debe quedar, empero, en el ámbito de códigos deontológicos elaborados por los concesionarios y licenciarios con el concurso de la sociedad y de los anunciantes. Eventualmente, la ley podría establecer la obligatoriedad para que cada medio electrónico tenga su propio código ético con el contenido que libremente desee, como ya sucede en la legislación de distintos países. La legislación de Nueva Zelanda en la materia es un ejemplo paradigmático de este modelo que funciona satisfactoriamente. Esta sería una fórmula efectiva que, por un lado, ofrece una vía de responsabilidad social de los medios electrónicos frente a la sociedad y, por el otro, habilita al radioescucha y al televidente para consumir de manera crítica los contenidos de la radio y la televisión. Los códigos deontológicos ofrecen la gran ventaja de que puedan regular *in extenso* los diversos aspectos de la programación, bien se trate de noticias, telenovelas, programas de concursos o deportivos, tan sólo por mencionar algunos ejemplos. Vale recordar aquí que la deontología y el derecho no son mecanismos antitéticos ni excluyentes; por el contrario, se complementan y se enriquecen mutuamente. Y es que mientras el derecho establece los mínimos para garantizar la convivencia pacífica y armónica de los seres humanos en sociedad, la deontología introduce los máximos para dignificar el quehacer profesional y optimizar la calidad de vida de

19 Pragnell, Anthony, *Freedom and Control. The Elements of Democratic Broadcasting Services*, Frankfurt, The European Institute for the Media, 1991, p. 3.

todos. Existen elementos que pueden ser atendidos mediante instrumentos deontológicos, tales como: *a)* cuestiones de buen gusto; *b)* el tratamiento de la mujer y de los grupos vulnerables en programas y anuncios; *c)* transmisión de contenidos subliminales; *d)* tratamiento responsable de los programas de sexo y violencia; *e)* tratamiento de los niños en los programas y los programas para los niños y los adolescentes; *f)* tratamiento de la dignidad humana de invitados a programas, especialmente a concursos; *g)* llamadas al aire; *h)* cobertura de manifestaciones, etcétera.²⁰ En Canadá, por ejemplo, es sintomático el compromiso de los concesionarios privados de la radio y la televisión con los contenidos éticos. En efecto, los industriales canadienses de la radio y la televisión han sostenido que:²¹

El propósito de este Código de ética es documentar la actuación llevada a cabo por los propietarios y gerentes de las estaciones de radiodifusión, que como parte integral de los medios de comunicación de esta nación, su primera responsabilidad hacia los radioescuchas y televidentes de Canadá es la diseminación de información y noticias, ofreciendo una variedad de programas de entretenimiento para satisfacer los diversos gustos, y la necesidad de ejercer estándares éticos en los negocios cuando traten con los publicistas y sus agencias. Se reconoce que la posesión más valiosa de una radiodifusora es el respeto que deberá ganar y mantener sólo por la adhesión de los estándares más altos de servicio público e integridad. La forma electrónica de publicación conocida como radiodifusión comercial privada es un negocio altamente competido dedicado a ofrecer servicios lucrativos a todo el público en beneficio de todos sus intereses —negocios, política, recreativos, informativos, culturales y educativos—. Los ingresos provenientes de la publicidad hacen posible la radiodifusión no gubernamental y que todos los programas, incluyendo los de noticias, información, educación y entretenimiento, estén disponibles para los canadienses. Cada emisora es responsable de la programación en las estaciones autorizadas.

VI. CONCLUSIONES

De lo dicho anteriormente, conviene hilvanar algunas conclusiones preliminares expuestas en aras de poder acercarnos a ese nuevo derecho de los medios electrónicos. Veamos:

20 Una visión más amplia del papel de los códigos deontológicos puede encontrarse en nuestra obra *Ética, radio y televisión*, México, UNESCO-UIA, 2000.

21 Antecedentes del Código de Ética del Consejo Canadiense para los Estándares de Difusión.

- A. Es necesario para el interés de la sociedad que quienes reciban concesiones de radio y televisión gocen de solvencia moral y no hayan sido sentenciados por delitos relevantes para efectos de la administración de una estación de radio y/o televisión.
- B. Es imprescindible que las concesiones y la aplicación de la ley sea hecha por una autoridad colegiada independiente, a efecto de satisfacer el principio de seguridad jurídica y de imparcialidad democrática.
- C. Deben existir criterios claros para asignar concesiones, de tal suerte que haya una justa competencia entre los solicitantes de frecuencias y que el público tenga derecho a saber que quienes fueron seleccionados garantizan de mejor manera el interés público. Para ello es necesario: *a)* que haya un anuncio público de las frecuencias disponibles; *b)* que exista una invitación abierta para presentar solicitudes y un tiempo adecuado para preparar los expedientes que sean pertinentes; *c)* que sean publicadas todas las solicitudes recibidas (con exclusión de los datos confidenciales que sean apropiados); *d)* definir los métodos de entrevistas para los solicitantes, y *e)* publicación de los solicitantes que hayan obtenido las frecuencias y los criterios orientativos que funden y motiven la decisión de referencia.
- D. Debe regularse con plena justicia el derecho de respuesta para evitar infracciones a los derechos de las personas y lesiones al legítimo interés de los concesionarios o licenciatarios de la radio y televisión.
- E. Deben garantizarse adecuadamente por mandato legal los derechos esenciales de las personas susceptibles de ser lesionados por las cartas programáticas de la radio y la televisión y, en forma paralela, debe fomentarse la expedición de códigos deontológicos y *ombudsman* internos que aseguren su efectivo cumplimiento en beneficio de toda la sociedad.

Sólo de esta medida podrá validarse la idea de un nuevo derecho de los medios electrónicos que aún no existe plenamente en nuestro entorno cercano.

LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES: ¿POR QUÉ Y CÓMO REGULAR?

Luis Javier MIERES MIERES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justificación de la legitimidad de las obligaciones positivas o de interés público en la configuración de los contenidos audiovisuales*. III. *Asegurar la calidad democrática de la información*. IV. *Promover una programación de calidad*. V. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La ponencia general presentada por el profesor Ernesto Villanueva plantea una pregunta que estimo esencial en la regulación de los medios audiovisuales: ¿qué debe regular la ley en materia de programación y qué debe ser producto de códigos deontológicos programáticos? Su tesis es que “el derecho debe únicamente establecer normas mínimas que eviten un atentado al derecho a la vida privada, la paz, la moral y el orden público, entendidos en un sentido restrictivo y como medidas *sine qua non* en un régimen democrático, así como toda medida que promueva el odio y la discriminación racial, étnica, sexual, de preferencias sexuales, social y cultural”. Los códigos deontológicos, en cambio, actúan como complemento de la regulación establecida por el Estado al fijar “normas que promuevan proactivamente contenidos de gran calidad, lo que no debe confundirse con programas de alta cultura”.

El objeto de la presente ponencia trata esta cuestión fundamental del derecho de los medios de comunicación: por qué y cómo regular los contenidos audiovisuales; esto es, los contenidos de la programación ofrecida por los operadores de televisión.

* Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

La legislación puede imponer a los operadores de televisión dos tipos de obligaciones que limitan su libertad de programación: obligaciones positivas o de servicio público en la configuración de los contenidos a fin de obtener una ciudadanía informada, ilustrada e integrada; y obligaciones negativas o prohibiciones en garantía de derechos de terceros que operan como límites de la información que puede ser lícitamente transmitida. Mediante ambas técnicas se trata de que los mensajes transmitidos por los medios electrónicos tengan una determinada calidad democrática: información plural, veraz, y respetuosa con bienes constitucionalmente protegidos y especialmente vulnerables (derechos de la personalidad, protección de los menores). El mercado de los servicios audiovisuales no es un mercado cualquiera, es además un foro en el que se genera un bien público: la información, esencial para el funcionamiento de un sistema democrático. Esta consideración nos lleva a exponer cuáles son las razones que justifican la intervención del Estado en ese, como dijo el juez Holmes, “mercado de las ideas”.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS O DE INTERÉS PÚBLICO EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

El punto de partida para el análisis de la legitimidad de la imposición por el Estado de obligaciones positivas a los operadores de televisión es la función democrática de la libertad de información. Es un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas la afirmación de que la garantía de la libertad de expresión e información es un presupuesto del funcionamiento del sistema democrático. La libertad de información tiene un doble aspecto: es un derecho de libertad frente al Estado cuyo ámbito de protección lo constituye la posibilidad de comunicar y recibir información sin injerencias de los poderes públicos. Pero, al tiempo, a través de esta libertad se garantiza una institución política fundamental de la democracia representativa, la opinión pública libre. La libertad de la opinión pública posibilita que los representados puedan hacer oír su voz en todo momento e influir en la agenda política de los representantes durante el mandato.¹ Que los ciudadanos estén informados de un modo amplio sobre los asuntos de interés público es presupuesto necesario de la corrección de los mecanismos de responsabilidad política de los representantes.

1 Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, p. 112.

Como afirma Bernard Manin, la opinión pública es “esa voz colectiva del pueblo que, aun sin poder vinculante, siempre puede llegar más allá del control de los que están en el gobierno”, por ello “el sistema representativo es un sistema en el que los representantes nunca pueden afirmar con completa confianza y certeza ‘nosotros el pueblo’”.²

Esta dimensión institucional de la libertad de información ha sido reconocida por los diferentes tribunales constitucionales europeos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán entiende que este derecho es “sencillamente constitutivo” del orden constitucional democrático,³ el Tribunal Constitucional español, por su parte, ha afirmado:

el artículo 20 de la Norma Fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del 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 modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuesta (STC 159/1986, FJ 6o.).

La función democrática de la libertad de información es especialmente intensa cuando se trata de los medios audiovisuales. La televisión constituye no sólo un medio, sino también un factor en la formación de la opinión pública. Es la principal fuente de información y distracción de las sociedades contemporáneas. No sólo cada hogar tiene un aparato de televisión, sino que el tiempo diario que cada ciudadano dedica a ver televisión es considerable (por ejemplo, en 1998 en Europa, el ciudadano medio dedicaba 205 minutos al día a ver la televisión, seis minutos más que el año anterior).⁴ Por otra parte, el medio televisivo tiene una especial

2 Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, p. 215.

3 BVerfGE 7, 198, 208 (caso Lüth): “Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstitutierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselment ist. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt”.

4 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital, COM (1999), 657, p. 8.

fuerza sugestiva en los espectadores, al presentar los acontecimientos como reales, y define no sólo lo que vemos, sino cómo lo vemos, al proporcionar conceptos y clasificaciones políticas, sociales, étnicas y geográficas de los hechos e informaciones que transmite.

Estas características específicas de los medios audiovisuales han sido tomadas en cuenta por los Estados a la hora de configurar una regulación de la prestación de estos servicios de difusión más intensa y basada en principios distintos del régimen de la prensa escrita. Ver y oír no es lo mismo que leer. Sobre esta base, la jurisprudencia ha construido los argumentos que han justificado ese trato normativo diferenciado: la mayor penetración de la televisión (“pervasiveness” es el concepto utilizado por el Tribunal Supremo Norteamericano en su sentencia *FCC vs. Pacific Foundation*, 438 U.S 736 —1978—) y el poder de captación sobre el telespectador. Estas singularidades de los medios audiovisuales les confieren un mayor poder de influencia en la formación de la opinión pública. Los operadores prestan un servicio de indudable interés público. Por ello, la intervención del Estado puede resultar necesaria a fin de preservar el pluralismo informativo en los contenidos que se transmitan a través de esos medios. Y ello es así aunque hayan decaído las razones tecnológicas basadas en la escasez del medio de transmisión (el espectro radioeléctrico) que han justificado tradicionalmente la intervención pública en el sector.

En efecto, la técnica tradicional utilizada para articular la intervención pública sobre el sector audiovisual ha sido la declaración de la actividad de televisión como servicio público de titularidad estatal. El Estado se reserva la titularidad del servicio de modo que los particulares carecen de un derecho previo a crear medios audiovisuales. La posibilidad de acceder al mercado depende de un previo acto público de autorización.⁵ En España, el Tribunal Constitucional ha considerado, conforme a la Constitución, este régimen de regulación del servicio de televisión con base en la siguiente argumentación:

5 El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé expresamente la compatibilidad del reconocimiento del derecho de libertad de expresión e información con un régimen de autorización previa. En su apartado primero se establece: “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 injerencia 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 televisión a un régimen de autorización previa”.

...la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar la igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del artículo 20, CE. Desde esta perspectiva, las limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (artículo 7.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) son un refuerzo de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado, cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6o. B).

De la argumentación del tribunal se derivan dos razones justificatorias del régimen de servicio público: garantizar la satisfacción de “una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural” y asegurar el acceso en condiciones de igualdad de los operadores privados a la utilización de un bien limitado. De estas dos razones, la primera es de carácter normativo, no dependiente de circunstancias empíricas derivadas de la mejora tecnológica de los soportes de difusión, y se proyecta directamente sobre la regulación de los contenidos transmitidos. El control del acceso a través de la técnica del servicio público puede no estar justificado en un futuro más o menos próximo, pero la imposición de determinadas obligaciones en relación con los contenidos sí, siempre que sigamos considerando la libertad de información como un elemento consustancial a un Estado democrático. Por ello, es conveniente diferenciar servicio público y obligaciones de servicio públi-

co o interés general. La suerte del primero no alcanza, necesariamente, a las segundas.⁶

En efecto, hoy, asegurar el pluralismo de la información en el mercado audiovisual es el fin constitucional que legitima la limitación de la libertad de programación de los operadores de televisión. La libertad de programación se integra en el ámbito protegido por el derecho a comunicar información y tiene una clara dimensión de libertad negativa: consiste en la prohibición de toda injerencia o influencia no sólo estatal, sino en general, externa, en la elección, contenido y configuración de la programación.⁷ Imponer determinadas obligaciones a los operadores para asegurar que produzcan una información con determinadas calidades democráticas (información que exponga los puntos de vista relevantes, que trate asuntos de interés público o de interés comunitario, que sea veraz y objetiva) constituye sin duda una limitación de la libertad de información de los operadores para asegurar y proteger la libertad de información de la colectividad. En esta paradoja radica, como afirma Owen Fiss, la ironía de la libertad de información: “el Estado puede ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión, puede hacer cosas terribles para socavar la democracia; pero también cosas maravillosas para fomentarla”.⁸

Ahora bien, establecido el fin legítimo que puede perseguir el Estado en la limitación de la libertad de información de los medios audiovisuales, debe analizarse si las medidas resultan necesarias. El juicio de necesidad de la intervención estatal depende de si el mercado audiovisual genera por sí el tipo de información constitucionalmente deseada. Algunos sostienen que la intervención del Estado es innecesaria. Gracias a la tecnología digital se ha ampliado la oferta audiovisual, el ciudadano como consumidor puede elegir el tipo de programación que desee, de acuerdo con sus propios intereses y la pluralidad de operadores de televisión asegura el pluralismo (externo) de la información. Los servicios de televi-

6 En este sentido, Muñoz Machado, Santiago, *Servicio público y mercado. La televisión*, Madrid, Civitas, 1998, vol. III. Tras un análisis de la jurisprudencia constitucional española sobre la materia afirma: “El error básico de toda esta jurisprudencia consiste en confundir dos conceptos de servicio público que no son idénticos. Uno de ellos es el servicio público como prestación sometida a un régimen jurídico especial establecido, sobre todo, en la legislación de contratación administrativa. El segundo es el servicio público como objetivo, como contenido y como límite de la programación de los canales de televisión” (p. 140).

7 Así, por ejemplo, BVerfGE 59, 231, 258: “Rundfunkfreiheit ist in ihrer zunächst wesentliche Bedeutung Programmfreiheit in Sinne eines Verbots nicht nur staatlicher, sondern jeder fremden Einflubnahme auf Auswahl, Inhalt und Ausgestaltung der Programme”.

8 Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 110.

sión son, además, variados: televisión de pago, interactiva (video a la carta o video bajo demanda), canales temáticos, por lo que se diluye el carácter peculiar de la televisión en su forma tradicional (emisión en abierto, programación generalista, cobertura estatal y nula interactividad), y con ello, no se singulariza frente al resto de medios de comunicación como un factor preeminente en la formación de la opinión pública.⁹

Este diagnóstico de la situación del mercado audiovisual es, ciertamente, optimista y tal vez a medio o largo plazo las cosas puedan ser así. Pero hoy, a pesar de los efectos de la llamada revolución digital, el mercado audiovisual manifiesta una serie de disfunciones que impiden que se genere de un modo espontáneo el tipo de información que un Estado democrático precisa para su correcto funcionamiento. En efecto, según Cass Sunstein,¹⁰ pueden determinarse varios “fallos del mercado” audiovisual que hacen necesaria la intervención estatal.

En primer lugar, en el mercado audiovisual los espectadores son el producto. Con la salvedad de los sistemas “pay-per-view”, los operadores de televisión ofrecen público a los anunciantes que pagan por obtener espacios en la programación. Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los programas más valorados son los que proporcionan una gran audiencia o se dirigen a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrecen al espectador-consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas “serios” o que tratan temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos. Los espectadores no tienen la posibilidad de hacer valer sus preferencias mediante el pago de un precio.

En segundo lugar, existe una tendencia a la homogeneidad en la programación. El análisis de los intereses de la audiencia para determinar qué tipo de programas pueden tener éxito es costoso y sus resultados no siempre fiables, salvo que se trate de un análisis detallado. Por ello los operadores de televisión utilizan como parámetro de conducta en la toma de decisiones sobre los contenidos de la programación la observación de

9 Ésta es la argumentación de Bullinger, Martin-Mestmäcker, Joachim, *Multimedienste. Struktur und Staatliche Aufgaben Nach Deutschem und Europäischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

10 Sunstein, Cass, R., “Television and the Public Interest”, *88 California Law Review*, núm. 499, 2000, pp. 514-517.

la conducta de los otros. Un programa de éxito genera un efecto de emulación de la fórmula que ha obtenido el favor de la audiencia. La uniformidad de contenidos y fórmulas de programación supone una limitación de la capacidad de elección de los espectadores.

Finalmente, la información es un bien público. Generar información de calidad supone un coste elevado y las posibilidades de hacer pagar por su uso son limitadas. La información una vez hecha pública puede ser utilizada por cualquiera, porque sobre ella no existe un derecho de propiedad que permita discriminar y someter a condiciones el uso posterior a la divulgación. Por ello la tendencia será infraproducir información de calidad y sobreproducir información "barata".

A la vista de estos fallos del mercado audiovisual, la intervención del Estado para asegurar el pluralismo está en principio justificada. Sin embargo, un argumento fuerte en contra de la intervención estatal en los contenidos audiovisuales es afirmar que ello es contrario al principio liberal de neutralidad del Estado, porque imponer determinados estándares de información o programación en los medios audiovisuales es una medida típicamente paternalista. Fomentar y promover desde el Estado determinado tipo de información o programación que se considera buena para los ciudadanos supone una injerencia en la autonomía individual.

La crítica es seria y prueba de ello es la inseguridad de los legisladores a la hora de definir las obligaciones positivas o de servicio público que se imponen a los operadores de televisión. Se asume comúnmente que la libertad de información es valiosa porque con ella se garantiza la institución de la opinión pública libre, pero cuando el Estado pretende fortalecer la democracia fomentando determinados contenidos audiovisuales se duda si por ser democrático, puede dejar de ser liberal. Una vía de superación de la objeción puede ser la diferenciación entre información y programación.

III. ASEGURAR LA CALIDAD DEMOCRÁTICA DE LA INFORMACIÓN

Exigir que la información cumpla determinados requisitos de corrección democrática no es lo mismo que imponer contenidos específicos en la programación audiovisual. En efecto, el Estado no deja de ser neutral si exige que las informaciones que difundan los operadores de televisión deban ser veraces, objetivas e imparciales, que deban separarse de las opi-

niones y que deban presentar los distintos puntos de vista relevantes. Estos principios suelen concretarse en diversas técnicas: el derecho de réplica y de rectificación, el derecho de antena a favor de determinados grupos, etcétera. Puede discutirse si la imposición de los correlativos deberes a los operadores privados supone un sacrificio desproporcionado de la libertad de programación, pero de lo que no cabe duda es que estas medidas están directamente vinculadas con la promoción del pluralismo y no implican una opción del Estado sobre *qué* debe informarse, sino sobre *cómo* hay que hacerlo.

Para ilustrar este extremo es útil recordar las vicisitudes de la *fairness doctrine* norteamericana.¹¹ Como se sabe, la Federal Communications Commission (FCC) impuso desde 1959 a los operadores privados de radiodifusión ciertos deberes de honestidad o imparcialidad informativa. Se exigió a los radiodifusores que al tratar temas de relevancia pública lo hicieran de una manera equilibrada, presentando los distintos puntos de vista. Al efecto, se reconoció un derecho de réplica en favor de aquellos que hubieran sido perjudicados por una información u opinión previamente difundida, y de aquellos candidatos sobre los cuales se hubieran difundido comentarios hostiles. Estas obligaciones de servicio público en la elaboración de informaciones por los radiodifusores fueron consideradas constitucionales por el Tribunal Supremo en 1969, en su sentencia *Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC*, con el argumento de que satisfacían un fin legítimo como el derecho del público a ser informado adecuadamente sobre asuntos de interés público y no lo hacían de modo desproporcionado. En 1987, la FCC decidió suprimir la referida doctrina al considerar, que si bien su fin era legítimo, los resultados que se obtenían con ella eran contrarios a lo pretendido. Se consideró que la *fairness doctrine* desalentaba a los operadores a informar sobre asuntos de interés público que fueran controvertidos y promovía, en la práctica, la difusión de una expresión e información neutra que no contribuía a la vitalidad del debate público. La consecuencia de la supresión de las exigencias de interés público fue la expansión de la libertad editorial de los operadores, cuya voz no iba ya a ser limitada en beneficio de la de aquellos que quisieran ser oídos en el foro público de la televisión.

11 Al respecto, Fiss, Owen, *op. cit.*, pp. 78-82. Asimismo, Rallo Lombarte, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 375-379.

Sin embargo, el debate sobre la necesidad de estas obligaciones positivas en la elaboración de información no ha cesado. Recientemente, el Tribunal Supremo en la sentencia *Arkansas Educational Television Commission vs. Forbes*¹² se ha pronunciado sobre si existe un derecho constitucional de acceso de terceros a espacios televisivos. La sentencia desestima la pretensión de un candidato (Ralph Forbes), a las elecciones al Congreso, de participar en un debate político organizado por una televisión pública que lo había excluido por considerar que su candidatura carecía de una expectativa seria en la contienda electoral. El tribunal falló en contra de la pretensión del candidato excluido afirmando que “in most cases, the First Amendment of its own force does not compel public broadcasters to allow third parties access to their programming”. Sin embargo, la sentencia introduce una excepción a esta regla: existe un derecho de los candidatos a acceder a un debate cuando el medio haya denegado la oportunidad de participar basándose en su desacuerdo con los puntos de vista del candidato. Para el tribunal, por tanto, el medio puede negar el acceso a candidatos con base en razones imparciales y objetivas, pero cuando actúa parcialmente, los candidatos excluidos tienen derecho a participar en el foro que les ha sido cerrado discriminatoriamente. Para algunos, esta sentencia, a pesar de las limitaciones del caso (debate electoral en una televisión pública), puede marcar un punto de inflexión en el debate sobre la justificación y necesidad de imponer obligaciones positivas en la elaboración de informaciones por los operadores de televisión, públicos y privados.¹³

En el ámbito europeo, el compromiso con la exigencia de que la información debe tener una determinada calidad democrática forma parte del acervo común de los ordenamientos de los distintos países. Así lo pone de manifiesto el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, del 5 de mayo de 1989, celebrado en el seno del Consejo de Europa, y ratificado por España en enero de 1998. Su artículo 7.3 dispone: “El radiodifusor cuidará de que las noticias televisadas presenten fielmente los hechos y los acontecimientos y favorezcan la libre formación de opiniones”. Las dos técnicas tradicionales que han servido para asegurar el cumplimiento de esta obligación son el derecho de rectificación y el dere-

12 118 S. Ct. 1633 (1998).

13 En este sentido, Fiss, Owen, “Censorship of Television”, *93 Northwestern University Law Review*, núm. 1215, 1999, en especial, 1236.

cho de réplica. El derecho de rectificación habilita a toda persona, física o jurídica, que se considere afectada por una información que juzgue errónea o inexacta a exigir a la dirección del medio de comunicación la rectificación de la información difundida.¹⁴ La limitación de los sujetos titulares del derecho a aquellos que sean afectados o perjudicados por el error o inexactitud de la noticia se explica porque el bien jurídico inmediatamente protegido es el derecho o interés legítimo¹⁵ conculcado por la información. Ahora bien, no cabe duda de que este derecho sirve también al derecho colectivo, a una información que presente “fielmente los hechos y los acontecimientos”. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional: “El derecho de rectificación... supone... un complemento a la garantía de la opinión pública libre que establece también el citado precepto constitucional [artículo 20.1.d: derecho a recibir información veraz], ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, al interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquél derecho fundamental protege” (STC 168/1986, del 22 de diciembre, FJ 5o.).

El derecho de réplica, por su parte, se proyecta sobre la expresión de opiniones e ideas. Las opiniones no son ni verdaderas, ni falsas, sino más o menos plausibles o convincentes. La fuerza de una opinión depende de que exista un debate abierto a las voces disidentes. El derecho de réplica limita el monopolio de los medios sobre el foro que es la televisión y obliga a que se permita el acceso a la voz discrepante. El artículo 8o. del Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza impone a los Estados parte la obligación de asegurar a toda persona las garantías que posibiliten su ejercicio, al igual que el artículo 23.1 de la Directiva “Televisión sin Fronteras”, en su nueva redacción, y ello es expresión del consenso europeo sobre la legitimidad constitucional de este límite a la libertad de los medios de decidir el contenido de su propio mensaje.¹⁶

14 La regulación española al respecto se contiene en la Ley Orgánica 2/1984, del 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

15 No necesariamente siempre el derecho al honor. Supongamos una noticia en la que se afirme erróneamente que determinado local ha sido clausurado por contravenir las disposiciones administrativas sobre contaminación acústica. En este caso, el propietario del local resulta afectado en sus intereses legítimos (potencial pérdida de clientela) y tiene derecho de rectificación.

16 La situación contrasta con la interpretación del Tribunal Supremo Norteamericano, quien en su famosa sentencia *Miami Herald vs. Tornillo* de 1974 consideró inconstitucional una ley de Florida que reconocía un derecho de réplica.

Otra técnica al servicio del objetivo de que la colectividad tenga acceso a una información de calidad democrática es el reconocimiento de un derecho a tiempo de antena en favor de determinados grupos. La Constitución española establece en su artículo 20.3 que “la ley garantizará el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público de los grupos sociales y políticos significativos”. El Tribunal Constitucional ha interpretado que este precepto reconoce un auténtico derecho de acceso a tiempo de antena en la programación de los medios públicos en favor de los grupos sociales y políticos significativos cuya configuración legal corresponde al legislador, que deberá establecer una regulación que no incurra en discriminación o arbitrariedad en la delimitación de los concretos grupos y las causas de denegación. La lesión de este derecho por su denegación discriminatoria o arbitraria supone una lesión mediata del derecho a la libertad de expresión.¹⁷ La concreción legal de este derecho, sin embargo, salvo en el periodo electoral donde existe una regulación detallada, es prácticamente inexistente. El legislador ha atribuido al Consejo de Administración de Radio Televisión Española la competencia para fijar los criterios de ejercicio del derecho de acceso en los espacios de los medios audiovisuales públicos (artículo 24 de la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y la Televisión), y hasta la fecha esa regulación sigue inédita.¹⁸

El Estado, en definitiva, puede imponer determinadas obligaciones positivas a los medios audiovisuales para asegurar que la información sea plural y libre, y no monopolizada por aquellos que tienen el control editorial del medio. Pero con estas medidas no se obliga a que los medios informen sobre asuntos de interés público, sino que de hacerlo, tienen de-

17 STC 63/1987, del 20 de mayo. En palabras del Tribunal: “Este derecho de acceso, en otras palabras será en cada caso articulado por el legislador, pero ni éste queda libre de todo límite constitucional en dicha configuración, ni la eventual vulneración de sus determinaciones por los aplicadores del derecho podrá decirse constitucionalmente irrelevante en orden al ejercicio eficaz de las libertades consagradas en el artículo 20, pues estas libertades habrán de realizarse a través de estos medios, de la manera que quiere la Constitución en el apartado 3 del mismo precepto, de tal modo que la denegación discriminatoria, o arbitraria por carente de fundamento legal, del acceso que la ley haga posible, entrañará el consiguiente menoscabo del derecho del grupo así afectado —de quienes a su través pretenden difundir las propias ideas y opiniones— a la libertad que la Constitución garantiza [artículo 20.1.a]” (FJ 6o.).

18 Al respecto, Rallo Llombarte, *op. cit.*, pp. 147-188, donde se puede encontrar un desarrollo de las posibilidades del derecho de acceso de grupos sociales y políticos, abogando el autor por una interpretación extensiva que no lo limite a los medios públicos, sino que la ley lo extienda también a los operadores privados.

terminadas obligaciones. El Estado no puede exigir que se informe sobre determinados hechos o acontecimientos considerados de interés público, pero sí puede, en cambio, prohibir que se informe sobre hechos que carecen de valor para la colectividad y afecten a derechos de terceros.

En efecto, los límites al derecho a la información derivados de la garantía de los derechos de la personalidad (derecho al honor y a la intimidad personal y familiar) tienen el efecto reflejo de incentivar a los medios a difundir informaciones que versen sobre asuntos de interés público, porque así gozarán de la protección constitucional y quedarán a salvo de las demandas por difamación o intromisión ilegítima en la intimidad. En los conflictos entre libertad de información y derecho al honor o a la intimidad, el primero prevalece sobre los segundos cuando la información controvertida versa sobre personas o hechos de interés público. La noción de interés público es normativa, no se identifica con el interés del público o con lo que los medios puedan considerar que tiene relevancia pública. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Constitucional:

para deslindar una y otra dimensión y valorar si lo divulgado ha de quedar reservado al ámbito de la intimidad o, por el contrario, puede ser objeto de información pública, el criterio determinante es la relevancia para la comunidad de la información que se comunica. Esto es, si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo que posee un indudable valor constitucional; y es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 115/2000, del 5 de mayo, FJ 9o.).

Una delimitación amplia del ámbito protegido por los derechos fundamentales al honor y a la intimidad tiene como consecuencia que toda información relativa a una persona constituya, *prima facie*, una intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad constitucionalmente protegida. De este modo, afirmada, en principio, la intromisión en el derecho de la personalidad, el peso del juicio de ponderación recae en el análisis de la concurrencia de un interés público legitimante de la información, de su intensidad y de la relevancia de los datos u opiniones divulgados. Esta estrategia de fortalecer la protección constitucional de los derechos de la personalidad, ampliando su ámbito de protección, y, como efecto reflejo,

incentivar la responsabilidad de los medios a la hora de tomar sus decisiones editoriales, es la que ha seguido recientemente el Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la intimidad.

Este derecho protege un bien hoy especialmente vulnerable debido al avance de las tecnologías de la información y a la expansión de los medios de comunicación. Hasta ahora el Tribunal venía definiendo el ámbito protegido por el derecho a la intimidad a partir de datos objetivos, intentando definir áreas de la vida privada de las personas amparadas constitucionalmente. Esta estrategia estaba llena de dificultades. Un concepto material de intimidad es un “cesto para recoger agua”,¹⁹ porque presupone la existencia de unas pautas sociales suficientemente homogéneas en la delimitación de lo que los individuos consideran que es su intimidad, y en las sociedades pluralistas de hoy ese grado de homogeneidad está lejos de alcanzarse. El riesgo consistía en que determinadas facetas de la vida privada de las personas quedaran en tierra de nadie: que no gozaran de la protección constitucional *prima facie*, aunque su divulgación por los medios no satisficiera interés público alguno. Por ello, es del mayor interés la nueva línea jurisprudencial del Tribunal al definir el ámbito protegido por el derecho a la intimidad. En sus palabras:

El derecho a la intimidad salvaguardado en el artículo 18.1, CE, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad. El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1, CE no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espa-

19 “El concepto mismo de intimidad es una mala herramienta de trabajo, es un cesto para recoger agua. La expresión ‘intimidad’ refiera a las realidades más diversas y heterogéneas. Probablemente constituya algo de lo que a la larga haya de prescindir a favor de conceptos mucho más concretos, y articulados en esquemas legales y doctrinales distintos”. Salvador Coderch, Pablo (dir), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 303.

cio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida personal o familiar (STC 134/1999, del 15 de julio, FJ 5o.).

Cada individuo define su propio ámbito de intimidad y controla frente a terceros la información sobre su persona y su vida. Ni los medios, ni los poderes públicos (tampoco el Tribunal Constitucional) pueden negar *ab initio* que el dato considerado ilícitamente divulgado forma parte de la esfera. El ámbito de protección *prima facie* de la intimidad lo establecen los titulares del derecho. En caso de conflicto de derechos, a los tribunales sólo les corresponde ponderar si la intromisión constituida por la divulgación de datos de la intimidad de un sujeto está justificada por el servicio de la información al derecho de todos a recibir información sobre asuntos de interés público. Queda, por tanto, excluida otra estrategia hasta ahora posible: afirmar que no hay lesión del derecho a la intimidad porque el dato divulgado no forma parte del ámbito constitucionalmente protegido, aunque la información no verse sobre un personaje público (aquellos que ejercen funciones públicas) o un personaje de notoriedad pública (aquellos que por su profesión son objeto de atención de los medios y suelen desvelar voluntariamente datos sobre su vida privada), ni sobre un hecho de relevancia pública en el que la persona esté involucrada (por ejemplo, el supuesto de una persona procesada con motivo de la investigación de un delito). La nueva jurisprudencia obliga al Tribunal Constitucional a ahondar en la noción de interés público en todos los casos de conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad, sentando, así, criterios precisos en la delimitación de su contenido. Los medios de comunicación, por su parte, deberán realizar un análisis previo y más atinado sobre si la información que pretenden divulgar, y que puede afectar a la intimidad de un sujeto, es relevante para la opinión pública, esto es, si divulgándola realizan la misión democrática del derecho de libertad de información.

IV. PROMOVER UNA PROGRAMACIÓN DE CALIDAD

El peso de la objeción de vulneración del principio de neutralidad del Estado en relación con los contenidos de la programación es mayor que en el caso de la información. Ciertamente, como ha afirmado Pablo Salvador, “en un mundo de hombres y mujeres adultos y educados, el paternalismo puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas o que la regulación es el subrogado de la educación y, a la postre, de la libertad”.²⁰ La especificación normativa de qué tipo de programación es de interés público y debe, por ello, difundirse en todo caso, incurre en ese vicio. Ahora bien, si el análisis de los fallos del mercado audiovisual expuestos más arriba es correcto, resulta que determinados contenidos tienden a no ser ofrecidos por los operadores, y con ello se limita la capacidad de elección de los espectadores. Si lo que preocupa, desde un punto de vista democrático, es esta falta de oferta, la respuesta adecuada para solventar ese déficit y no incurrir en algún tipo de paternalismo o elitismo es crear mecanismos que induzcan a los operadores a competir al alza en la calidad de su programación.

Esta estrategia pretende fomentar determinados contenidos audiovisuales, pero sin involucrar directamente al Estado en la operación. Su diseño puede describirse del siguiente modo:

a) Introducir en el mercado audiovisual operadores públicos encargados de asumir estándares de calidad de la programación especialmente elevados. Éste es un mecanismo de compensación de los fallos del mercado. Para que sea eficaz y no incurra en los mismos vicios, debe limitarse la posibilidad de financiación a través de la publicidad y vincularse directamente la financiación pública al cumplimiento de las tareas de servicio público encomendadas.²¹ El papel de las televisiones públicas en el actual

20 Salvador Coderch, Pablo, *op. cit.*, p. 147.

21 El sistema de financiación de los medios públicos de radiodifusión ha sido objeto de un intenso debate en el ámbito de la Unión Europea. El problema era asegurar que la financiación pública de estos medios no incurriera en un falseamiento de la competencia en relación con los operadores privados. El equilibrio buscado entre la necesidad democrática de mantenimiento de un sistema de radiodifusión pública y el respeto de las normas comunitarias que limitan las ayudas otorgadas por el Estado (artículo 83 del Tratado de la Comunidad Económica Europea), ha sido expresado en el Protocolo sobre el Sistema de Radiodifusión Pública de los Estados Miembros, anexo al Tratado de la Comunidad Económica Europea, introducido por el Tratado de Amsterdam. En el Protocolo se consideran las ayudas estatales a los medios públicos compatibles con las normas comunitarias “en la medida en que la financiación se conceda a los órganos de radiodifusión para llevar a cabo la función

panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información, cultura y educación dirigida a la generalidad de la población.²²

b) Definición normativa de los principios de programación exigibles a los operadores privados. Estos principios deben ser formulados de un modo genérico y no preciso, deben expresar un estándar mínimo de la programación exigible a los operadores privados. Con ellos tan sólo se señala un objetivo, no prejuzgando los concretos medios para conseguirlo, cuya determinación queda en manos de los titulares de la libertad de programación. Un ejemplo de esta formulación lo ofrece el artículo 41.2 del Convenio Estatal de Radiodifusión alemán. En él se establece: “Los programas de radiodifusión deben contribuir a expresar el pluralismo del ámbito alemán y europeo mediante una cuota razonable de información, cultura y educación; ello sin perjuicio de la posibilidad de ofrecer canales temáticos”.

c) ¿Cómo impulsar la consecución de estos objetivos? La técnica sancionatoria es inadecuada. Primero, porque la formulación normativa es lo suficientemente flexible y genérica como para considerar legítimo cualquier tipo de programación. Sancionar por el incumplimiento de un enunciado normativo tan vago constituiría una arbitrariedad. Segundo, porque utilizar la coacción estatal para asegurar el cumplimiento de estos objetivos constituye un sacrificio desproporcionado de la libertad de programación y una patente transgresión del principio de neutralidad del Estado. Por ello, la tendencia actual es la creación de mecanismos flexibles que interactúan con las fuerzas del mercado audiovisual, los operadores de televisión y los espectadores. Estos mecanismos consisten en la creación de autoridades independientes y en la promoción de organizaciones de autorregulación.

de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público”.

22 Así, por ejemplo, lo ha establecido el Tribunal Constitucional Alemán en su sentencia del 5 de febrero de 1991 (BVerfGE 83, 238). Según el tribunal, a la radiodifusión pública le corresponde prestar en toda su amplitud lo que denomina “Grundversorgung” (servicio esencial), “debe asegurarse que los entes públicos de radiodifusión ofrezcan a la generalidad de la población una programación que informe de un modo amplio y en toda la extensión de la tarea clásica de la radiodifusión y que en el marco de esa oferta de programación se produzca una pluralidad de opiniones en el modo exigido constitucionalmente” (BVerfGE 83, 238, 298).

Las autoridades de regulación de los medios audiovisuales tienen una doble legitimación. Por un lado, la legitimación democrática de origen en la medida en que los miembros que las integran son nombrados por el Parlamento mediante mayorías cualificadas. Con ello se asegura que la autoridad sea independiente del gobierno y responsable políticamente ante el órgano representativo del electorado. Por otro lado, cuentan con una legitimación de funcionamiento dado que sus miembros son nombrados entre personas de méritos relevantes en el sector audiovisual y las técnicas de intervención en el sector consisten en buscar equilibrios entre los intereses generales que justifican la imposición de obligaciones de servicio público y los intereses y necesidades de los operadores privados.²³ Estas técnicas se basan en medidas como la emisión de informes, recomendaciones y auditorías sobre la calidad de servicio público de la programación de los distintos operadores a fin de otorgar “sellos de calidad”. El procedimiento de adopción de esas medidas debe ser abierto al público, bien mediante consultas públicas, bien mediante quejas individuales, de modo que la autoridad devenga un centro de encuentro y debate entre operadores y consumidores. La eficacia de la actuación de estas autoridades depende en buena medida del grado de legitimación de funcionamiento que consigan alcanzar. Los operadores estarán dispuestos a adecuarse a los criterios sustentados desde la autoridad por dos tipos de incentivos: bien porque de no hacerlo pueden sufrir una sanción difusa de los espectadores, bien por el temor de no ver renovadas sus licencias de prestación del servicio de televisión. El segundo motivo es, tal vez, el más apremiante mientras el sistema de acceso al mercado audiovisual esté sujeto a la previa obtención de un título habilitante concedido por el Estado (a través de la propia administración, previo informe positivo de la autoridad, o de la misma autoridad independiente). El temor a la sanción difusa de los espectadores será tanto más intenso, cuanto mayor sea la centralidad y prestigio de la autoridad y la publicidad de sus decisiones, así como el grado de asociacionismo de los espectadores en defensa de sus intereses. Por ello es conveniente que las autoridades independientes

23 Este aspecto lo destaca Tornos Mas, Joaquín, *Las autoridades de regulación de los audiovisuales*, Madrid, Marcial Pons, 1999. El autor afirma: “Al regular el sector audiovisual lo que se exige es intervenir en garantía del pluralismo, del equilibrio entre valores contrapuestos y de los intereses entre el mercado y los fines de servicio público. Este modo de actuar, en el marco de un ordenamiento en gran parte indefinido, no es el propio de la Administración. Requiere otra legitimación y otra *expertise*”, *op. cit.*, p. 69.

de regulación del sector audiovisual sean separadas de las autoridades que regulen el sector de las telecomunicaciones, y, si existen otras autoridades en el nivel regional, debe asegurarse una colaboración y cooperación intensa. La pluralidad y divergencia de autoridades en este sector merma inevitablemente su eficacia.²⁴

La promoción de organizaciones de autorregulación es una medida complementaria a la intervención pública a través de autoridades independientes. En el ámbito europeo, la Directiva 97/36/CE, del Parlamento europeo y del Consejo de reforma de la llamada Directiva “Televisión sin Fronteras” (Directiva 89/522/CEE), ha apelado a la necesidad de que los Estados miembros promuevan organizaciones de autorregulación.²⁵ Asimismo, en los Estados Unidos la Comisión consultiva sobre obligaciones de interés público de los radiodifusores de televisión digital, cuyos trabajos concluyeron en diciembre de 1998,²⁶ propuso, entre otras medidas, un modelo voluntario de Código de Conducta para los radiodifusores de televisión digital. No se trata de una autorregulación que excluya de plano la intervención pública del sector, sino que la presupone. La ley fija algunos objetivos genéricos de interés público que la programación debe alcanzar; la concreción de esos objetivos corresponde a los operadores, quienes elaboran normas más precisas que asumen voluntariamente; finalmente, el cumplimiento de los objetivos legalmente expresados y de las normas de

24 La situación de caos organizativo es evidente en Alemania donde existe una miríada de autoridades con responsabilidades en la regulación de los contenidos audiovisuales. Por ello se insiste intensamente desde la doctrina en la necesidad de centralizar las distintas funciones en una única autoridad competente, véase Holznagel, Bernd, “New Challenges: Convergence of Markets, Divergence of the Laws? Questions regarding the future communications regulation”, *International Journal of Communications Law and Policy*, núm. 2, invierno de 1998-1999, en <http://www.digital-law.net/IJCLP/index.html>; asimismo, un análisis crítico de la situación alemana en Booz Allen & Hamilton, *Aufsicht auf dem Prüfstand. Herausforderungen und die deutsche Medien und Telekommunikationsaufsicht*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung, 1999, en <http://www.stiftung.bertelsmann.de/index.htm>

25 En España, la Ley 25/1994, tras las modificaciones introducidas por la Ley 22/1999 que traspone la nueva directiva “Televisión sin Fronteras”, establece en su disposición adicional tercera: “Con independencia de lo previsto en el capítulo VI de esta Ley [relativo al régimen sancionador de las infracciones de las normas establecidas en materia de publicidad, promoción de obras europeas y limitación de contenidos por razón de protección de menores] los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir, también, a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas”.

26 El informe final de la Comisión puede verse en, *NTIA Advisory Committee on Public Interest Obligations of Digital Television Broadcasters, Charting the Digital Broadcasting Future, Final Report*, <http://www.ntia.doc.gov/pubintadvcom/piacreport.pdf>. Sobre el mismo, y analizando su propuesta de autorregulación, Campbell, Angela J., “Self-Regulation and the Media”, *51 Federal Communications Law Journal*, núm. 711, 1999.

autorregulación es controlado y monitorizado externamente por una autoridad independiente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El nuevo derecho de los medios audiovisuales debe seguir regido por una comprensión democrática de la libertad de información. El fin de la regulación de los contenidos audiovisuales debe ser mantener una opinión pública informada e integrada. La responsabilidad del Estado en promover este objetivo constitucional es indeclinable. La novedad radica en los medios idóneos para conseguir ese objetivo. Medios flexibles que no distorsionen el mercado audiovisual, ni restrinjan desproporcionadamente la libertad de información y de programación de los medios. Autoridades independientes, organizaciones de autorregulación, financiación adecuada de los medios públicos, derechos en favor de aquellos que quieren hacer oír su voz en el foro audiovisual, son las técnicas de las que se puede valer el Estado para intervenir en este sector. En definitiva, el nuevo derecho de los medios audiovisuales en relación con la regulación de los contenidos es “vino nuevo en odres viejos”.

COMENTARIO A LA PONENCIA DEL DOCTOR ERNESTO VILLANUEVA

Humberto MUSACCHIO

Desde los años sesenta, y con mayor intensidad a partir de la reforma política de 1977, México ha presenciado un largo, abundante y casi siempre estéril debate sobre el régimen legal de los medios de comunicación, especialmente radio y televisión. Hasta mediados de los años ochenta, la crítica se enderezó contra los medios de propiedad privada. Las contadas veces en que el blanco fueron los medios que operaba el Estado, los señalamientos estaban encaminados a corregir lo que se consideraban insuficiencias, errores y desviaciones.

Un empleo autoritario, abusivo y faccioso de los medios estatales acabó por convencer a los críticos de que los problemas de radio y televisión no se limitaban a la esfera de lo privado ni a los beneficiarios del régimen de concesiones. Se llegó a la conclusión de que, en todo caso, el hecho de que unos estuvieran en manos gubernamentales y otros en poder de particulares no alteraba un hecho central: que ambos se hallaban sometidos a una rígida censura que descargaba sus funciones en las comodidades de la autocensura; que en los dos tipos de medios la libertad no podía ejercerse en perjuicio de la imagen del gobierno en turno ni hacer o decir nada que a juicio de los funcionarios del mismo gobierno dañara de alguna manera el prestigio del presidente de la República o pusiera en riesgo el monopolio del poder que ejercía el partido de los mismos funcionarios.

Por fortuna, con los avances de la democratización electoral han venido logros en otros órdenes. Uno de ellos es la libertad de expresión que los mexicanos, y en especial los comunicadores, ganamos en los últimos quince años y que por una irrepetible conjunción de factores se amplió notoriamente a partir de 1994. No es exagerado decir que México vive hoy su cuarta época de gran libertad de expresión. La primera correspon-

dió a la primera república federal, más o menos de 1824-1834; la segunda la tuvimos durante la república restaurada, desde 1867 hasta 1876; la tercera en el efímero gobierno maderista (1911-1913); y la cuarta, la actual, a partir de 1994. No es materia de este texto, pero resulta interesante apuntar que los otros tres periodos de amplia libertad de expresión terminaron respectivamente con el golpe de Estado de Anastasio Bustamante, Porfirio Díaz y Victoriano Huerta. Esperemos que esta vez se rompa la regla.

Los comunicadores, y especialmente el movimiento social, hemos conquistado un apreciable margen de libertad de expresión. En los costos de este logro hay que anotar el asesinato de decenas de periodistas entre los cuales descuella el homicidio de Manuel Buendía. Ésta como otras libertades no la tenemos por concesión graciosa de autoridad alguna. Estaba en la ley, pero los mecanismos del poder inherentes a nuestro régimen político impedían su ejercicio. Curiosamente, en estos años, teníamos esa libertad, pero muchos periodistas y medios preferían no ejercerla; unos por inercia, otros por miedo y los demás porque su interés coincidía con el del gobierno, el partido gubernamental o grupos privados que se beneficiaban del régimen que el 2 de julio ha empezado a morir. Pese a que el partido gobernante será sustituido por el ganador de las recientes elecciones, en buena medida esa renuencia al empleo de la libertad se mantendrá mientras desde la esfera oficial se premien en metálico la sumisión o las complicidades y no exista un marco jurídico eficaz y suficiente para garantizar, como quiere nuestro ponente, el pluralismo, la veracidad y el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales.

El doctor Ernesto Villanueva centra su ponencia en el régimen legal de radio y televisión, pues se trata de medios de interés público en tanto que operan en el espacio aéreo nacional y llegan prácticamente sin cortapisas a personas de toda edad o condición. La primera característica los hace sujetos de obligaciones con el Estado, pues sus mensajes se desplazan en un recurso natural y frecuentemente lo hacen con fines mercantiles, esto es, con la finalidad de lucrar. La segunda de las características citadas les impone deberes éticos, estéticos y jurídicos con la sociedad y la nación, pues un uso indebido, como repetidamente lo hemos podido comprobar, destruye por las tardes lo que la escuela forma por las mañanas; propicia la falta de solidaridad social y puede inducir a la comisión de delitos o lesionar la soberanía nacional.

Supongo que para evitar toda discusión sobre asuntos repetidamente debatidos, el doctor Villanueva evita en su documento toda referencia

textual a la Ley Federal de Radio y Televisión vigente. Se trata evidentemente de un acto deliberado, pues él es un conocedor profundo de la legislación sobre medios. Pese a lo anterior, creo necesario recordar que la citada Ley empieza por señalar que “corresponde a la nación el dominio directo de su espacio territorial y, en consecuencia, del medio en que se propagan las ondas electromagnéticas. Dicho dominio es inalienable e imprescriptible”.

Cabe citar lo anterior porque los radiodifusores consideran una injusticia que se les aplique un impuesto en especie del 12.5 por ciento de su tiempo de transmisión, gravamen que se deriva precisamente del privilegio que significa recibir una concesión y poder explotarla. Si algo tan elemental es rechazado por los concesionarios, todo intento de regular la operación de las frecuencias y de vigilar su funcionamiento con apego a los valores de pluralidad, veracidad y respeto a los derechos civiles es considerado un ataque a la libertad de expresión.

Tan es así, que insisten en que la mejor ley para los medios de comunicación es aquella que no existe. En el mejor de los casos, si a alguna norma han de ajustarse, ha de ser —dicen— a la que ellos mismos elaboren. La posición de que sobre los concesionarios de los medios no debe haber disposición legal alguna o, cuando mucho, una ley dictada por sus mismos intereses, choca frontalmente con las necesidades sociales y con la idea de que hay un procedimiento constitucional para la elaboración y aprobación de leyes y que éstas son de cumplimiento obligatorio para todos. Pero no abundaré en argumentos contra la idea, ciertamente descabellada, de dejar a cada sector social la hechura y aprobación de las leyes encaminadas a normar su conducta.

Menciono lo anterior porque a cambio de la sumisión política se dejó a los medios de comunicación funcionar a su arbitrio. El resultado es que ahora sus beneficiarios rechazan de entrada cualquier disposición legal, incluida la actual Ley Federal de Radio y Televisión, que en gran proporción ha pasado a formar parte de nuestro superpoblado cementerio de leyes inaplicables.

El doctor Villanueva dice que en numerosos países existen consejos que otorgan las concesiones, y vigilan y regulan su funcionamiento e imponen sanciones por la transgresión de las normas. Creo que en México mucho se beneficiarían la sociedad y la nación, entendida en su sentido histórico, si se creara un consejo de esas características, no para reprimir

la libertad de expresión, como arguyen los concesionarios, sino para garantizarla.

Un punto medular, el otorgamiento de las concesiones, debería estar condicionado, dice el doctor Villanueva, por “criterios de ponderación”, entre los cuales se cuenta por supuesto la escasez de frecuencias. Pero luego cita entre las condiciones que se establecen en otros países para otorgar una concesión, “la solvencia económica de los solicitantes” y la capacidad técnica. No sobra decir que la inversión que se requiere para establecer una emisora de televisión no es para que sólo esté al alcance de magnates, mucho menos para instalar una estación de radio local, que es varias veces más barato que poner un periódico. Lo curioso es que las concesiones sólo se otorgan a personajes económicamente poderosos y no, como sería de esperarse, a agrupaciones de comunicadores, de intelectuales o de artistas, que sin mucho esfuerzo pueden reunir los fondos necesarios para contar con su propio canal de televisión o estación de radio. Lo que quiero decir es que se dé preferencia para el otorgamiento de concesiones y el financiamiento necesario a los grupos de profesionales que emplearán las frecuencias para algo más que hacer negocio o hasta bajo la condición de no hacerlo.

El respeto a la diversidad cultural, la buena imagen, poseer solvencia moral, no tener antecedentes penales y garantizar la expresión libre y pluralista de ideas rara vez es un paquete de requisitos que pueda satisfacer un concesionario. Uno de ellos, poderosísimo, era dueño de centros nocturnos y lo que hoy se llama “giros negros”, y eso no importó a la hora de extenderle concesiones y privilegios. Por otra parte, el pluralismo es una moneda poco conocida en los canales mercantiles, especialmente en los del segundo consorcio del país, que ha dedicado dos años y medio a una sucia campaña contra el gobierno del Distrito Federal, la que en ocasiones ha rayado en el terrorismo televisivo y en el llamamiento abierto a la sedición.

El ponente demanda normas mínimas que eviten, entre otras cosas, los atentados a la moral. Sería conveniente explicar qué entiende por atentados a la moral. A las nueve de la noche, e incluso antes, los canales de televisión proyectan programas que son escuelas del albur y mal gusto o pasan escenas de sexo explícito. Habría que preguntarse si es legítimo y hasta legal que los concesionarios pasen tales programas en horarios en los que presumiblemente los ven niños y adolescentes. Fuera de eso, todo adulto debe tener el derecho de ver la programación que le resulte más

atractiva, aun si contraviene la moral de otro. En ese punto toda censura es inaceptable.

El doctor Villanueva apunta que debe haber criterios claros para otorgar concesiones y que una condición es que haya un anuncio público de las frecuencias disponibles. Hasta ahora, las autoridades federales han manejado estos asuntos como secretos de Estado. Como ejemplo, digamos que nadie, fuera del gobierno y los beneficiarios, saben cuándo se vence la concesión del canal 2.

Un punto que defiende repetidamente la ponencia del doctor Villanueva es el referente al derecho de réplica en radio y televisión. Hasta ahora, si una persona o institución son insultadas o difamadas prácticamente no hay posibilidad de responder. Establecer el derecho de réplica evitaría excesos y pondría en su lugar a los abusivos. Si el asunto fuera de implicaciones mayores, habría que proceder por vía judicial, como ya se empieza a hacer. Pero ocurre que hasta ahora, el principal usuario de la vía judicial contra comunicadores es Ricardo Salinas Pliego, el concesionario de los canales siete y trece, quien el año pasado demandó al diario *La Jornada* por la publicación de una nota que en su encabezado decía: "Acusan a Salinas Pliego de contratar al asesino de Rocha". La nota contaba con fuente acreditada y estaba basada en una denuncia hecha ante autoridad competente. Hubo dos sentencias absolutorias en favor del citado periódico, pero finalmente el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil, contra los usos internacionalmente aceptados, consideró que *La Jornada* había causado "daño moral" al señor Salinas y condenó al diario a pagar una indemnización. El eje de su argumentación es que usó incorrectamente el verbo "acusar", pues para los señores magistrados, que citaron el *Diccionario jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, acusar es algo que sólo puede hacer el Ministerio Público y en el caso esta institución no había procedido contra el magnate. Olvidaron los señores magistrados que por lo menos dos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 16 y el 20, dan otra connotación al verbo acusar, que los periodistas usamos en el sentido ordinario que le dan otros diccionarios, no precisamente el jurídico, editado por este honorable Instituto.

Menciono el caso anterior porque el sistema judicial, al menos algunos de sus representantes, distan de ser confiables para el gremio periodístico y me atrevo a decir que para la sociedad. Por supuesto, lo anterior no debe inhibir los esfuerzos en favor de una nueva legislación sobre me-

dios que dé transparencia al otorgamiento de concesiones, a la asignación de publicidad del sector público y a los eventuales subsidios que pudieran establecerse. Por supuesto, la concordancia de esa legislación con las necesidades nacionales y populares dependerá de nuestro grado de avance democrático, del desenvolvimiento cultural del país y de la disposición social para contar con medios de comunicación que le sirvan a México y no que se sirvan de él.

**CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS
Y PLURALISMO**

CONCENTRACIÓN DE MEDIOS Y PLURALISMO.
“ACORDES Y DESACUERDOS”
ENTRE PLURALISMO Y MERCADO

Francisco J. BASTIDA FREIJEDO*

Abordar el tema de la *concentración de medios y el pluralismo* es asomarse a un mundo de paradojas. En apariencia se trata de dos elementos que se repelen y que en términos económicos pudieran calificarse “de suma cero”: lo que gana uno, lo pierde el otro y viceversa. Además, el esquema de confrontación entre ambos polos se plantea bajo un juicio político e incluso moral, diáfano y sin ambigüedades: la oligarquía económica frente a la democracia política, el individualismo de lo privado frente a la sociabilidad de lo público; el mal, representado por la concentración de medios, y el bien, representado por el pluralismo.

Esta ponencia no se propone demostrar lo contrario, pero sí desea expresar la necesidad de no incurrir en maniqueísmos, generalmente basados en simplificaciones. Es quizá preferible hablar, echando mano de un reciente título cinematográfico de Woody Allen, de “acordes y desacuerdos” entre mercado y pluralismo. Para ello es preciso fijar las claves desde las que se puede decir que se producen esos acordes y desacuerdos, pues lo que es compatible desde una óptica liberal, puede que no lo sea desde una perspectiva institucional, y lo mismo cabe afirmar de ésta respecto de una visión democrático-procedimental. Además, en ocasiones, las coincidencias entre diversas perspectivas se quedan tan sólo en eso, en meras coincidencias bajo las que se esconden notables diferencias.

Las tesis que aquí se van a mantener son las siguientes:

1. La esencia de la democracia está en el principio del respeto a las minorías y el individuo es la primera y más singular minoría. La demo-

* Catedrático de derecho constitucional en la Universidad de Oviedo en España.

cracia se basa en la biodiversidad humana, política, social, cultural, etcétera. El concepto de *pluralismo* ha de articularse bajo esta consideración, y por tanto, también su garantía. El punto de partida liberal del “individualismo posesivo” reconoce la posición fundamental del individuo, pero no en su aspecto de sociabilidad y convivencia con otros individuos, sino “frente” a otros individuos que entran en competencia con él. Desde una perspectiva democrático-procedimental, que es la que desde estas páginas se defiende, el pluralismo consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas. La concentración de medios de comunicación será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo.

2. La idea de mercado es fundamental en esa concepción procedimental de la democracia, pero siempre que el mercado sea entendido como *equivalente funcional* de aquel pluralismo, es decir, como proceso complejo en el que su *input* y su *output* han de tener particulares garantías de contenido. Concretamente, en su *input* ha de garantizarse la oferta de un pluralismo no sólo cuantitativo (número de opiniones y de información), sino también cualitativo (presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información). Por su parte, el *output* no puede tener la consideración de un mero efecto reflejo del *input*, porque es capital para una sociedad democrática que en el proceso de adopción de decisiones cualquiera pueda intervenir (derecho a participar en asuntos públicos y de acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad). Para ello todos los ciudadanos deben estar en condiciones de poder recibir la información puesta en el mercado (el derecho a recibir información adquiere una entidad propia, bien como derecho subjetivo, bien en su dimensión objetiva de contenido sustancial del pluralismo, artículo 20.1, d, Constitución española, en adelante CE).

3. Desde la perspectiva de una democracia procedimental como la española, que proclama el pluralismo como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1, CE), no es suficiente que el mercado de las ideas y de la información, *esté* abierto (posibilidad jurídica de un *pluralismo externo* y presunción de inconstitucionalidad de los monopolios públicos de medios de comunicación); es necesario que *sea* abierto (presunción de inconstitucionalidad de oligopolios privados y le-

gitimidad de la intervención estatal para forzar el pluralismo externo o para propiciar un *pluralismo interno* cuando no se produce de manera espontánea). Y no basta que *esté y sea abierto* (posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión y de manifestaciones culturales, al margen de su rentabilidad económica); es preciso, además, que ese mercado creado por el pluralismo *activo* (el producido por los que emiten las ideas y la información) llegue a todos los consumidores (pluralismo *pasivo*), es decir, a todos los sujetos llamados a participar en el proceso democrático: los ciudadanos (legitimidad de la existencia de medios de comunicación estatales en función de su contribución a mantener abierto el mercado de las ideas y posibilidad de imposición de obligaciones de servicio público a medios de comunicación privados, así como de entrega a éstos de subvenciones públicas condicionadas a tal fin).

4. Las concepciones liberales aportan al pluralismo democrático la idea de libertad individual y de mercado, que son esenciales para una sociedad democrática, porque permiten separar la sociedad del Estado y limitar el poder de injerencia de éste. Aun desde su vertiente exclusivamente económica, libertad y mercado conservan su utilidad para una perspectiva democrática, porque las libertades de empresa y comercio y la institución del mercado pueden operar como *equivalentes funcionales* de las libertades políticas, del proceso de libre formación de la opinión pública y, en definitiva, del pluralismo. Sin embargo, tales concepciones son claramente insuficientes cuando establecen una radical incompatibilidad entre lo público y lo privado; cuando equiparan liberalización con privatización, o cuando consideran jurídicamente irrelevante los efectos del mercado y que la regulación de los mismos es un atentado a las libertades económicas que lo hacen posible. Desde las premisas liberales las medidas *antitrust* se dirigen exclusivamente a proteger el mercado económico, es decir, la posibilidad de ejercicio por muchos, y no por unos pocos, de las libertades económicas. Así, el pluralismo político, social, cultural, etcétera, sólo queda protegido en la medida en que es garantizado el mercado económico, o sea, la posible existencia de una pluralidad de agentes económicos.

5. Si en las concepciones liberales se incrustan principios democráticos, el pluralismo político aparece como corrector del mercado, pero siempre desde una posición del *límite externo* a lo que es esencial, la garantía de la libertad de comercio, y no como *principio de configuración* de éstas. La diferencia es importantísima, porque desde la perspectiva de

los límites, el pluralismo está bajo sospecha de ilegitimidad y las medidas que en su nombre se adopten deben someterse a un juicio de proporcionalidad que justifique el constreñimiento de las libertades económicas.

6. Cuando desde la defensa del pluralismo se critica la concentración de medios no se debe olvidar que la mayor concentración es el monopolio y éste tradicionalmente ha estado en manos del Estado, al menos en lo que respecta al medio más persuasivo y de mayor difusión social, la televisión. En principio, cualquier monopolio es un atentado a la libertad, lo ostente quien lo ostente, el Estado o los particulares y, en consecuencia, ha de presumirse su ilegitimidad. Si el monopolio es de medios de comunicación, la presunción cobra mayor intensidad porque, de inicio, sacrifica los ingredientes espontáneos del mercado de las ideas en un medio de especial relevancia e influencia social. En otras palabras, el monopolio ciega en un ámbito importante de la comunicación pública la posibilidad de un pluralismo externo.

7. Sólo tardíamente el monopolio público de la televisión ha tenido que justificar su existencia. El punto de partida ha sido su calificación de “monopolio natural” en virtud de la declaración de dominio público del espacio radioeléctrico. El Estado se comporta como *dominus*, como propietario de un espacio no reivindicable por los ciudadanos. Desde la óptica liberal, la reclamación del derecho a crear radio y televisión tiene esencialmente un planteamiento económico de “desamortización de bienes públicos” para su posterior apropiación y gestión por los particulares. Por supuesto, la reivindicación se puede envolver en la bandera de las libertades de expresión e información, y de hecho así ha sucedido y aún sucede, pero cuando desde el capital se afirma enfáticamente que el Estado no respeta la libertad, lo que realmente está en juego para el mundo empresarial (y lo que de verdad le interesa) es la libertad económica. Aun así, la reivindicación tiene el valor positivo de obligar al Estado a justificar esa reserva pública del espacio radioeléctrico. El monopolio “natural” deja de tener este calificativo y desde el Estado comienzan a surgir los argumentos de la fundamentación constitucional de tal acaparamiento exclusivo.

8. Las primeras razones del monopolio público de la radiotelevisión se plantean precisamente en clave liberal y como contestación a las objeciones lanzadas desde el liberalismo económico. El Estado se reserva el espacio radioeléctrico por razones de propiedad y ésta se justifica por la defensa nacional (interés general). Existe —se argumenta— un derecho a crear medios de difusión sólo si se puede disponer de la propiedad del

mismo, como sucede con la imprenta en relación con los periódicos y revistas, pero no cuando ese medio es dominio público. A esa razón fundada en la propiedad pública se unen otras dos basadas en el mercado económico: las radiofrecuencias son limitadas y el coste de las instalaciones elevado. En consecuencia, la liberalización de la radio y de la televisión produciría un *oligopolio natural*; no habría, pues, mercado.

Todavía no se habla de pluralismo y, en realidad, lo que de verdad se está protegiendo no es la más amplia libertad de expresión e información, sino un poderoso *instrumento de poder* que los gobiernos no quieren dejar en manos privadas y que cuando lo hacen, como en el caso de la radio, es a través de un sistema concesional que le atribuye al Estado amplias facultades de control sobre el concesionario de las emisoras. El gobierno piensa en el control de la información; los empresarios, en un arma de presión al gobierno y en el “pastel de la publicidad”.

9. Esta óptica liberal incide también en la configuración de la estructura jurídica de los derechos fundamentales. Durante largo tiempo se ha considerado que lo que la Constitución garantiza —véase, por ejemplo la sentencia número 12/1982, del Tribunal Constitucional español (TCE)— son las *libertades sustanciales* de expresión e información por cualquier medio de difusión. Es decir, cualquiera que sea el medio que se esté usando, *el mensaje* que a través de él se difunda goza de protección, no está sometido a censura; sin embargo, se interpreta que del amparo constitucional de estas libertades *sustanciales* no se deriva un reconocimiento constitucional de *libertades instrumentales*. Si el legislador desea liberalizar la radio y la televisión, puede hacerlo y configurar su gestión como ejercicio de un derecho (que sólo tendría rango legal, no constitucional), o como una mera gestión indirecta de un servicio público.

10. El argumento del peligro de un “oligopolio natural privado” por causa de la escasez natural del medio radiotelevisivo y de su coste deja de ser consistente, dados los avances tecnológicos, la aparición del cable coaxial y de fibra óptica y el bajo coste de emisoras locales. El fundamento constitucional del monopolio de la televisión se desplaza hacia un terreno más seguro y de raíz democrática, de la concepción dominical del espacio radioeléctrico, se pasa a la concepción funcional del *servicio público*: la radiotelevisión es un servicio público *porque* es la manera de garantizar el pluralismo, o sea, el acceso a las emisiones de los grupos políticos, sociales y políticos significativos. Ante la imposibilidad de un suficiente pluralismo *externo*, se sostiene que el monopolio público de la

televisión asegura el pluralismo a través de la organización en su seno de un pluralismo *interno*.

11. La idea de la televisión como servicio público destinado a propiciar un pluralismo cambia, pues, la clave liberal por una democrática. Esto comporta que la declaración de la televisión como servicio público y su gestión en régimen de monopolio dejan de ser decisiones discrecionales del legislador. Como señala la sentencia número 206/1992 del TCE

La calificación del servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar —en términos de igualdad y efectividad— determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio permita cualquier regulación sobre la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos —los de comunicar libremente el pensamiento y la información— que la *publicatio* limita y sacrifica a favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar.

12. Las concepciones democráticas comportan también que no sólo cabe hablar de un reconocimiento constitucional de las libertades *sustanciales* de expresión e información. También tienen igual rango las libertades *instrumentales*, es decir, el derecho a crear los medios idóneos para que ese ejercicio de las libertades sustanciales sea posible. De la misma manera que nadie pone en duda que dentro de las libertades sustanciales de expresión e información están incluidas las libertades instrumentales de prensa e imprenta, nadie puede ignorar el derecho constitucional a crear emisoras de radio o de televisión por el hecho de que a la actividad radio-televisiva se le haya etiquetado como “servicio público” (en tal sentido, sentencia número 31/1994 del TCE).

13. En las concepciones democráticas del pluralismo hay que distinguir dos versiones distintas y de diferente alcance. Una de carácter *institucional* (también llamada *democrático funcional*) y otra de carácter *democrático procedimental*. La primera entiende el pluralismo como una *institución* fundamental de la sociedad democrática y a ella deben servir las libertades de expresión e información (*libertades sirvientes*). Debido a que lo importante es garantizar la institución, el pluralismo, el ámbito de reconocimiento de estas libertades está condicionado por ese fin a perseguir. Esto deja en manos del legislador y, en última instancia, del Tribunal Constitucional, decidir qué es lo mejor para la institución. Si se en-

tiende que se produce una mayor garantía con el monopolio público de la televisión organizando en su seno un pluralismo interno, no se abre la posibilidad de televisión privada. Por el contrario, si se considera que un sistema dual (público-privado) de televisión es lo mejor para la institución, el legislador está obligado a preservar una televisión pública (pluralismo interno) y a aprobar una regulación que “parcialmente devuelva convenientemente organizado” el medio a los particulares (pluralismo externo). La intervención del legislador deja de contemplarse como una injerencia limitadora y necesitada de legitimidad en algunas libertades constitucionales previamente reconocidas. Al contrario, la interposición del legislador se estima imprescindible y fuente de la que brotan las condiciones que hacen posible el ejercicio de esas libertades.

14. Al problema de condicionar e incluso sacrificar el contenido de las libertades instrumentales en aras de un óptimo pluralismo, la concepción *institucional* une otro: la definición del pluralismo a través de una peculiar identificación con una institución, *la opinión pública libre*. Una institución que no se equipara al *mercado de las ideas*, entendido como máximo pluralismo. Aquí *lo óptimo* no se equipara necesariamente a *lo máximo*. Se parte de la base de que la *opinión pública libre* sólo es aquella que se forma en los valores liberal-democráticos, no en valores contrarios o contraculturales, que han de quedar silenciados o, cuando menos, marginados en el proceso de formación de la opinión pública. En aras del óptimo pluralismo se restringe el pluralismo, la biodiversidad de ideas, de información y de culturas. La institución *opinión pública libre* se adopta como punto de partida de configuración de las libertades subjetivas —tanto sustantivas como instrumentales— de expresión e información, y no como punto de llegada o como dimensión objetiva que modula el contenido de las mismas.

15. La otra concepción del pluralismo, la *procedimental-democrática* —que es la aquí defendida y que ya quedó enunciada más arriba— entiende que el pluralismo es la dimensión objetiva de las libertades subjetivas de expresión e información (entre otras). Por tanto, las libertades sustanciales e instrumentales de expresión e información *no son libertades sirvientes* de una institución, llámese “pluralismo”, “opinión pública libre” o “mercado de las ideas”. Dichas libertades son, *ante todo, derechos subjetivos* cuyo ejercicio produce, en principio, el mercado de las ideas. Y por tanto da vida al pluralismo *externo*. La *opinión pública libre* es una institución meramente procesal y no sustantivada. Para una socie-

dad democrática abierta, lo importante es la formación *libre* de la opinión pública, no la formación de una *opinión pública libre*.

16. Un público *bien informado* no es el que recibe información *conveniente o adecuada* a la garantía de determinados valores; simplemente es el que está en condiciones de recibir la mayor y más diversa información posible. De ahí que desde el punto de vista *sustantivo o de contenido* se admita como información aquella que sin ser verídica haya sido recabada diligentemente por el informador, aunque se rebele falsa. También se admiten, en aras del debate abierto, las ideas y opiniones expresadas de manera acre o que incluso puedan producir inquietud y desasosiego social. De lo contrario el debate se acaba reconduciendo a los cauces de *lo políticamente correcto*. Desde el punto de vista instrumental, se entiende que los medios de comunicación a través de los cuales se pueda expresar e informar son todos los hipotéticamente posibles (octavillas, megáfonos, graffiti e incluso quema de banderas), y no sólo los *vehículos institucionales de comunicación social* (prensa, radio y televisión), como sostienen los teóricos de la concepción institucional.

17. El mayor pluralismo posible se consigue estableciendo las condiciones para que exista. Sólo cuando no surge de manera espontánea debe intervenir el Estado. La regulación que se establezca debe estar dirigida en todo momento a ordenar el acceso a los medios de comunicación tanto de los individuos como de los grupos sociales significativos. Si el medio es escaso, deben arbitrarse medidas para que el acceso a su gestión por los particulares sea en condiciones de igualdad, garantizando en la distribución de autorizaciones o licencias un pluralismo social, político, cultural, religioso, etcétera. La escasez no puede servir para, sin más, reservarse el Estado ese medio de comunicación. Lo mismo cabe afirmar del dominio público que recae sobre los bienes necesarios (espacio radioeléctrico, subsuelo, etcétera) para la actividad de tales medios, ya que están en juego derechos fundamentales. En suma, el monopolio público sólo es legítimo cuando no haya otro modo de garantizar el pluralismo en ese instrumento de comunicación y siempre que el Estado establezca en dicho medio un pluralismo interno. El mencionado dominio público sólo es legítimo si lejos de tener una concepción dominical, patrimonial, se regula desde una noción funcional, al servicio de las libertades involucradas, y los bienes sobre los que recae se articulan como *foro público*. Si dicho foro es escaso, debe seguir estando abierto al público, ordenándose las condiciones de acceso bajo los principios de igualdad y pluralismo.

18. Los avances tecnológicos y el triunfo de la política neoliberal han provocado una revolución en los medios de comunicación, cuyo resultado no ha sido una *liberalización política* creadora de una explosión de pluralismo, sino una *privatización económica* de un medio capaz de generar cuantiosos ingresos económicos y con un grado preocupante de concentración empresarial.

El descrédito del servicio público de la televisión y su manipulación gubernamental han servido de argumento tanto para los que criticaban la falta de pluralismo interno en la televisión pública, como para los que ansiaban acceder a la explotación de un medio, hasta ese momento, reservado en exclusiva al Estado.

La apertura tímida de la gestión del servicio público a favor del sector privado, por ejemplo con la ley española de televisión privada de 1988, creó por ley oligopolios privados, pues sólo se autorizaban tres canales de televisión privados. En otros casos, la liberalización salvaje pronto ocasionó un movimiento de fuerte concentración de medios (por ejemplo, Italia). La frustración de un pluralismo interno en la televisión pública no se compensó con la ansiada liberalización, que ni ocasionó un pluralismo espontáneo ni impulsó la conveniencia de un pluralismo interno en las televisiones privadas.

19. La revolución tecnológica está teniendo efectos contradictorios. De un lado, ha permitido la globalización de la información y el incremento del pluralismo, pues el *efecto parabólica* ha hecho posible una mayor variedad de fuentes de información y, en muchos casos, la ruptura del aislamiento cultural, político, etcétera. De otro, ha desencadenado gigantescos procesos de concentración empresarial *horizontal* (sobre un mismo medio de comunicación), *vertical* (acaparando medios de comunicación de diferente naturaleza, prensa, radios, cadenas de televisión por cable, satélite, ondas hertzianas, etcétera) y, últimamente, *transversal* (mezcla de la propiedad de aquellos medios con la propiedad de telecomunicaciones, empresas publicitarias, agencias de información, de producción de medios audiovisuales, de *holdings* de entretenimiento, de promoción musical, entre otras).

20. La concentración de medios es de tal calibre que sólo grandes consorcios económicos pueden sobrevivir a esa batalla de "fagocitosis" empresarial. En apariencia sigue habiendo gran número de diarios, emisoras de radio y canales de televisión, pero en realidad tiene lugar el llamado *efecto ventrílocuo*: muchos medios pero todos repiten con ligeras va-

riaciones lo programado por unos pocos: *la información única*, como se vio en la guerra del Golfo o en la reciente de Kosovo, y el *pensamiento único* y la *cultura única* se imponen. Si en una concepción *institucional (democrático-funcional)* se acaba por garantizar un pluralismo *políticamente correcto*, con las concepciones neoliberales que autorizan los oligopolios mediáticos se consigue la garantía sólo del pluralismo *económicamente rentable*. No cuenta el mercado de las ideas, sino el mercado como sociedad de consumo. El resultado es la amortización del producto vendiéndolo por todo el mundo (las mismas series de televisión, los mismos concursos, las mismas modas, etcétera). La competencia consiste, curiosamente, en contraprogramar con programas de similar corte y llevando a los espacios televisivos los mismos “personajes” famosos y coincidir todos en captar máxima audiencia con “telebasura”. Al final, lo que triunfa es la *uniformidad cultural*.

21. Urge que al fenómeno mediático se le aplique una regulación basada en criterios de *democracia procedimental*. Si en nombre del pluralismo se combatió el monopolio de la televisión para abrir los medios audiovisuales a la gestión privada, con el mismo estandarte ha de reivindicarse la regulación de estos medios cuando, por sí mismos, no producen el mínimo pluralismo exigible. No es una cuestión sólo de medidas *antitrust* para fortalecer el mercado, sino, sobre todo, de una disciplina de los medios que induzca el pluralismo e impida una formación unidimensional de la opinión pública.

22. Las políticas *antitrust* son necesarias para impedir que desaparezca por completo el mercado y, en ese sentido, favorecen cuantitativamente el pluralismo, pues ya se ha dicho que el mercado puede actuar como equivalente funcional de éste. Sin embargo, esas medidas no son suficientes, ni siquiera cuando se le añaden límites especiales a la concentración de acciones, o se establece la obligación de que las acciones sean nominativas. Para un fomento del mercado en estos medios ha de contemplarse el fenómeno en su globalidad y aprobar reglamentaciones que ataquen la concentración en su triple manifestación *horizontal, vertical y transversal*. El nexo entre publicidad y concentración de medios es tan grande que en aras de la competencia —y, por tanto, del pluralismo— se impone establecer drásticas limitaciones al porcentaje máximo de facturación que puedan realizar los consorcios audiovisuales. De igual manera, se ha de fijar un control más severo *de estructuras* (alianzas estratégicas, concentraciones, enmascaramiento de la titularidad de acciones) y de *comportamientos* (prácticas abusivas, usuarios cautivos, *dumping* publicitario) de

las empresas. La Comisión Europea, por ejemplo, ha sido más estricta en el primer tipo de control que en el segundo.

23. La verificación del cumplimiento de las medidas *antitrust* siempre es compleja y la libre circulación de capitales es un terreno abonado para la opacidad y el fraude. En todo caso, esas medidas tienen un claro sentido negativo; se dirigen a evitar la *excesiva* concentración de medios, el *abuso* de una posición dominante, etcétera (véanse los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y, aun así, continuamente están en entredicho por los grupos mediáticos de un país ante el peligro de que las limitaciones impuestas por el Estado de origen o las de la unión Europea les impidan crecer y las aprovechen consorcios extranjeros para absorberlos.

24. El mínimo mercado de las ideas —por debajo del cual no queda garantizado el pluralismo propio de una sociedad democrática— no puede coincidir con aquel mínimo mercado económico, por debajo del cual queda totalmente falseada la competencia. *El pluralismo no existe sin más, por el hecho de que la posición dominante de un consorcio mediático no llegue a ser abusiva* (el contenido “efecto ventrílocuo”) sino también de *diversidad de expresiones culturales, políticas y sociales*. Por tanto, la reglamentación ha de tener en cuenta esta perspectiva del pluralismo que el mercado económico puede producir, pero no la garantiza.

25. Como antes se ha mencionado, la política de liberalización del sector audiovisual trajo consigo la privatización, pero no un mercado propiamente dicho y menos aún un aceptable pluralismo. La tendencia que se constata es la formación de grandes oligopolios nacionales e internacionales. En tanto esto se presenta como inevitable, la preservación del pluralismo exige que junto a la desregulación económica se apruebe una regulación que fuerce o provoque el pluralismo. Convencidos de que las medidas *antitrust* siempre serán insuficientes para resolver el problema del pluralismo en este sector audiovisual, habría que centrar la atención en políticas directamente destinadas a potenciar el pluralismo externo y, en su caso, interno de los medios audiovisuales de comunicación tanto públicos como privados.

26. En el sector público, sería preciso eliminar su dependencia del gobierno e incluso que el nombramiento del presidente del ente público de la radiotelevisión se haga por vía parlamentaria, que haya una eficaz comisión parlamentaria de control del sector audiovisual público y, que

éste se encuentre sometido a una alta autoridad de los audiovisual que sea única y común para todos los medios.

En cuanto a la programación, el sector público debe cumplir con su misión de servicio público: primacía de las funciones de información, educación y cultura sobre los de espectáculo y mero entretenimiento. Organización del acceso a los medios de los grupos políticos y sociales significativos.

Al principio de esta ponencia se ha dicho que la esencia de la democracia no es tanto el principio de la mayoría como la garantía de las minorías, sin las cuales no hay pluralismo. Pues bien, el sector público de los medios audiovisuales debe estar al servicio de las minorías, no sólo protegiendo su acceso al medio, sino también produciendo programas para una audiencia minoritaria. Al servicio de las mayorías ya está el sector privado, que sólo emitirá programas de gran audiencia. La radiotelevisión pública no puede entrar en guerra de audiencias con las privadas, porque una y otras estarían luchando por lo mismo: captar a la mayoría desatendiendo a la minoría. Para ello es fundamental que el sector público no se financie con publicidad. Lo propio de la pública ha de ser la calidad de los programas, no la cantidad de espectadores. La posición del sector público ha de consistir en ser, en cierto modo, subsidiario del sector privado, bien produciendo programas minoritarios, bien produciendo programas de interés general, pero cuyo coste elevado no sea rentable para el sector privado. Sin embargo, su misión educativa ha de llevarle a que su programación sea “la de la inmensa minoría”, y atraer al público en general hacia programas minoritarios pero de gran interés cultural (debates sociales, música clásica, divulgación científica y cultural, entre otros).

27. Los consorcios audiovisuales deben regirse por reglas de la competencia, sin estar sometidos a un régimen general de servicio público. Sin embargo, en tanto la competencia sea escasa y al tener aquellos que prevalerse de un espacio de la colectividad (sea el subsuelo en el caso del cable, sea el espacio radioeléctrico en el caso de las ondas hertzianas), el Estado puede organizar un régimen de autorizaciones sujeto a la previa aceptación de algunas *obligaciones de servicio público*. Como dijo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Red Lion* (39 US 367, 9.VII.1969), el titular de una licencia de radiodifusión de algún modo goza de un “privilegio”, ya que es alguien que utiliza —con uso privativo y excluyente de otros— un recurso valioso y limitado. Tales obligaciones han de tener como única razón y única finalidad de su existencia

garantizar el pluralismo. El titular de un consorcio de comunicación no puede esgrimir la liberalización del sector audiovisual en nombre de las libertades informativas y del pluralismo democrático y, una vez en posesión de la licencia, aferrarse al derecho económico de optimización empresarial del medio para eludir y rechazar las obligaciones de servicio público dirigidas a propiciar un pluralismo informativo y cultural.

28. Entre las *obligaciones de servicio público* de las radiotelevisión privadas podrían mencionarse, además de las relativas al acceso, las de creación por las cadenas de televisión de sus propios servicios y programas informativos y de noticias, la producción de una programación cultural mínima general y regional, programaciones propias y apertura a programadores independientes. Si una emisora de televisión es de pago, podría ser obligada a que determinados acontecimientos cuyos derechos de difusión tenga en exclusiva, sean emitidos de forma abierta, sin codificar, cuando con antelación hayan sido declarados de interés general por la alta autoridad de los audiovisuales.

29. Así como el Tribunal de Defensa de la Competencia y las Comisiones del Mercado de las telecomunicaciones son los encargados de velar por el mercado económico de este sector, la mencionada alta autoridad tendría como función conceder las autorizaciones de emisión y vigilaría el cumplimiento de esas obligaciones de servicio público. Se trataría de una autoridad independiente, formada por personas de relevancia cultural y al margen de vinculaciones partidistas o empresariales y elegidas por diferentes colectivos de grupos sociales significativos. Los modelos nórdicos europeos parecen un buen ejemplo.

30. Habida cuenta de la poderosa influencia de los medios audiovisuales en la sociedad, sería conveniente establecer como causa de inelegibilidad para cargos públicos tener una posición económica de control sobre alguno de tales consorcios mediáticos (el caso de Berlusconi, en Italia, es elocuente).

31. El fenómeno de Internet pone de manifiesto la paradoja de una máxima concentración y abuso de posición dominante sobre un instrumento que rompe con el mensaje unidimensional de los grandes consorcios de la comunicación y convierte a cada internauta en un emisor de información y en un receptor de la biodiversidad informativa que se genera en el universo virtual. La sentencia de Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del 26 de junio de 1997, que declara inconstitucional la Communications Decency Act, captó perfectamente la revolución que su-

pone Internet como fuente de pluralismo frente al oligopolio informativo. Para el alto tribunal, Internet no es un medio de *comunicación* social que haya de someterse a las normas específicas para este sector, sino que es un instrumento de *expresión* de las ideas y de información y ha de gozar de la más amplia libertad y ausencia de injerencias, aunque su uso pueda plantear en ocasiones algunos riesgos y disfunciones.

En suma, el pluralismo no es un valor de contenido ideológico al que deban servir los medios de comunicación y los que hagan uso de las libertades de expresión e información. Tampoco es simplemente un límite externo que actúa de freno a los procesos de concentración del mercado de los medios de comunicación. En una democracia abierta el pluralismo ha de ser un valor de contenido procesal que configure el mercado como *mercado de las ideas* y a éste no como mero resultado del libre ejercicio de las libertades informativas sustanciales e instrumentales. El mercado debe ser tal, es decir, de libre concurrencia de opiniones, informaciones y expresiones culturales. Allí donde se constate que el mercado de las ideas no es suficientemente plural en cantidad o en variedad de expresiones informativas, culturales, etcétera (falta de un aceptable pluralismo externo espontáneo), debe haber una regulación que lo haga posible, bien garantizando un sector público audiovisual (pluralismo interno), bien mediante un *sistema dual* de medios de comunicación (público-privado), bien con medidas económicas *antitrust* (pluralismo externo) y con obligaciones de servicio público (pluralismo interno) para el sector privado.

CONSTRUIR EL PLURALISMO

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Pluralismo y concentración de medios en México*. III. *Un pluralismo para la democracia. Propuestas para discutir*.

...si la deliberación prudente y plural no pone coto a sus márgenes de decisión, si acabamos justificando indignidades (como el crimen de Estado, por poner un caso), si no tomamos en consideración la importancia crucial de la lógica de la legalidad (no ya para adecuarnos a “lo que es racional”, sino para permitirnos llevar una convivencia digna), es decir, si no deliberamos adecuadamente en pluralidad, acabaremos siendo, más que inmorales, políticamente estúpidos.

Rafael del Águila,
La senda del mal. Política y razón de Estado.

I. INTRODUCCIÓN

La primera asunción de la que se parte en este trabajo es que el pluralismo mediático es un valor que hay que preservar dentro de un Estado democrático de derecho, en la medida en que ese pluralismo permite crear una de las condiciones de realización de una democracia consolidada como la existencia de una opinión pública libre e informada.¹

Ahora bien, asumida esta premisa valorativa, también se toma como punto de partida el hecho de que el pluralismo mediático no es algo que siempre y en todos los casos se produzca de una manera “natural”, sino

1 Véanse las observaciones, en el mismo sentido, de Muñoz-Alonso Ledo, Alejandro, “La democracia mediática” en Muñoz-Alonso, A. y Rospir, Juan Ignacio (eds.), *Democracia mediática y campañas electorales*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 13 y ss.

que hay ciertas condiciones que lo propician con mayor intensidad y éxito que otras.

El pluralismo mediático puede tener, como señala Bastida Freijedo, una doble expresión. Por un lado, consiste “en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública”; por el otro, en “la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas”. A la realización de estos fines, aclara el mismo autor, se opone la concentración de los medios de comunicación.²

Este pluralismo, en consecuencia con lo anterior, no se reduce a una vertiente puramente cuantitativa, sino que también conlleva algún factor cualitativo que se concreta en la “presencia de diversidad de opiniones y de fuentes de información”.³

A la luz de lo anterior se puede sostener que existirá pluralismo en los medios siempre y cuando: *a)* la información pueda llegar a un número importante de ciudadanos o, por lo menos, esté disponible para aquellos que quieran utilizarla; *b)* dicha información tenga su origen en fuentes diferentes, es decir, que haya surgido o pueda surgir de distintos puntos de, para decirlo de forma simplificada, “creación de la noticia”, y *c)* que el producto informativo refleje el pluralismo social, político o cultural existente en una sociedad, es decir, que contenga el punto de vista de varios y no de uno sólo o de pocos de los participantes en los circuitos públicos de deliberación e intercambio.

Si esas tres condiciones no se dieran o se dieran de forma deficiente, probablemente estaríamos ante la presencia de la “concentración mediática”, ya sea en cuanto a los sujetos que reciben la información, a los que la crean o a los productos que llegan al público, lo cual jugaría en contra del valor que para el Estado democrático, como ya se ha mencionado, supone la existencia de una opinión pública bien informada.

En orden a la consecución de ese valor democrático, eventualmente, se tendrán que tomar una serie de medidas que influyan en el mercado y que consoliden o propicien la existencia plural de la fuente noticiosa y del contenido que transmitan los medios.

Owen Fiss se refiere en parte a lo anterior cuando señala que

2 “Concentración de medios y pluralismo. ‘Acordes y desacuerdos’ entre pluralismo y mercado”, en este mismo volumen.

3 *Idem.*

La democracia es un sistema de gobierno que atribuye la responsabilidad final al público para que decida cómo quiere vivir, pero supone que el público está completamente informado cuando realiza ese juicio. La democracia requiere que el público tenga toda la información relevante y que sea consciente de los puntos de vista opuestos o en conflicto sobre todas las cuestiones. Una prensa libre debería hacer realidad este supuesto. Una forma de expresar esto es decir que en un sistema democrático la misión de la prensa es producir un debate sobre asuntos de importancia pública que sea “desinhibido, vigoroso y completamente abierto”. Supóngase, no obstante, que la gente decida que está harta de este “debate público vigoroso”, y que está interesada sólo en entretenimientos que embotan la mente o en periódicos, o programas de televisión que dan cabida a sus fantasías sexuales. ¿Nos obligaría una democracia a respetar esa elección? Pienso que no, no más de lo que un compromiso con la libertad contractual obliga a respetar un contrato en el cual alguien se vende a sí mismo como esclavo.⁴

II. PLURALISMO Y CONCENTRACIÓN DE MEDIOS EN MÉXICO

En la actualidad los peligros para el libre acceso a la información de los ciudadanos se siguen encontrando, cuando menos en países con democracias poco consolidadas o en fase de transición como el caso de México, en las limitaciones y obstáculos que se ponen desde el poder público. Pero junto con ese peligro, hay otro que se ha levantado con una enorme fuerza en los últimos años y del que cabe estar perfectamente advertidos. Se trata de la concentración mediática, sobre todo en su dimensión empresarial. Como señala Fernando Vallespín,

El mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información y para permitirles llegar a una ‘opinión’ no proviene ya, al menos en la mayoría de los países democráticos, de las limitaciones formales a la libertad de expresión. Obedece fundamentalmente al proceso de concentración de la propiedad de los medios en menos manos cada vez (el imperio de Murdoch sería aquí el ejemplo más relevante), así como a la aparición de medios y agencias transnacionales que dictan de un modo sorprendentemente eficaz cuáles son los hechos sobre los que debe informarse y cómo.⁵

4 Fiss, Owen, “La construcción de una prensa libre”, *Libertad de expresión y estructura social*, trad. de Malem Seña, Jorge F., México, Fontamara, 1997, p. 183.

5 *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000, p. 194. En el mismo sentido, Ramonet, Ignacio, “Nuevos imperios mediáticos”, *La tiranía de la comunicación*, Madrid, Debate, 1998, pp. 205 y ss.

La concentración empresarial de los medios, como señala con acierto Bastida,⁶ se ha producido de tres formas distintas: *a)* horizontal, es decir, sobre un mismo medio de comunicación; *b)* vertical, por el acaparamiento de medios de comunicación de distinta naturaleza —radio, televisión, prensa, cable, satélite—⁷, y *c)* transversal, por una mezcla de la propiedad de medios de comunicación con agencias publicitarias, de información, de promoción musical, etcétera.

El mismo Bastida alerta sobre la creación de una “información única”, que se corresponde con el “pensamiento único” y la “cultura única”; la presentación monolítica de la información se corresponde con las tesis neoliberales que al autorizar, fomentar y proteger los grandes *holdings* mediáticos (verdaderos oligopolios) han conseguido en lo inmediato la creación del “pluralismo de lo económicamente rentable”.⁸

En este contexto, no resulta para nada exagerado sostener que, por el elevado coste tecnológico y por el creciente proceso de concentración empresarial que se está produciendo en el sector, el pluralismo mediático no se encuentra en una etapa de florecimiento precisamente.⁹ Y esto, que es una nota característica a nivel mundial, también se ha producido en México, donde los principales medios de comunicación (tanto en televisión, como en radio y prensa escrita) son controlados por pocos propietarios, en un régimen de carácter oligopólico.

6 “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

7 Véanse las observaciones de Saavedra López, Modesto, *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 117. En el mismo sentido, Ramonet señala cómo, en la actualidad, “los medios se encuentran entrelazados unos con otros”, *La tiranía...*, *cit.*, p. 31.

8 “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

9 Castells, Manuel apunta que, por lo que respecta a la televisión por lo menos, “se ha comercializado más que nunca y cada vez se ha vuelto más oligopólica en el ámbito mundial. El contenido real de la mayoría de la programación no se diferencia mucho de un canal a otro, si se consideran las fórmulas semánticas subyacentes en la mayor parte de los programas más populares”, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura* (la sociedad red), México, Siglo XXI, 1999, vol. I, pp. 373 y 374. En el mismo sentido, Hans, Peter Martin, y Schumann, Harald apuntan que “Unos pocos líderes de mercado modulan y reciclan sus productos en muchos lugares de emisión, adaptándolos a los distintos grupos de destinos. Junto a esto, la caza de la máxima cuota de pantalla fomenta el proceso de concentración. Los derechos de transmisión de los eventos deportivos importantes, por ejemplo, sólo son financiados con enormes ingresos por publicidad, que en última instancia sólo pueden obtenerlos las grandes emisoras o los comercializadores internacionales. A su vez, por el deporte y el patrocinio sólo se interesan los fabricantes que también están presentes en todo el ámbito de emisión, sobre todo los consorcios multinacionales. Sólo diez grandes empresas pagan en Alemania casi la cuarta parte de toda la publicidad en TV. Un anuncio intercontinental de 90 segundos de duración cuesta tanto como una película europea media”, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus, 1998, p. 26.

Tradicionalmente, en México ha existido una relación “muy estrecha” (por calificarla de alguna manera) entre el régimen político surgido de la Revolución y consolidado a partir de 1929, y los medios de comunicación. El sistema político ha mantenido bajo control a los medios a través de diversas formas, incluyendo, en primer término, la legislación sobre la materia¹⁰ —como se explica unos párrafos más adelante— y, cuando esto ya empezó a ser insuficiente, con el reparto de dinero y prebendas. A cambio, los medios han generado una visión de México como el “país de las delicias”, donde nunca pasa nada; además, cuando ha sido necesario, han masacrado a los opositores del sistema, emprendiendo cruzadas mediáticas contra personas que han visto reducidas a polvo su honra y su imagen. Esos mismos medios, sin embargo, han silenciado la enorme corrupción que por años ha regido a las relaciones de la elite gobernante y los demás grupos de poder en el país.

En realidad, la comprensión de los medios y del papel que han jugado en el México posrevolucionario no puede hacerse de forma separada al entendimiento del desarrollo del sistema político por completo. Los medios se han integrado plenamente al sistema de dominación priísta y han servido para extender y reproducir su hegemonía.

Los poderes Legislativo y Judicial se han mantenido bastante al margen de esta situación, de modo que hasta el día de hoy no se ha reglamentado el derecho a la información y las tesis jurisprudenciales sobre esta temática son más bien escasas.¹¹

10 Véanse López-Ayllón, Sergio, *Derecho de la información*, México, McGraw-Hill, UNAM, 1997; Villanueva, Ernesto, *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, UAM-A, 1995; *idem*, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998 y Carpizo, Jorge, “Constitución e información” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

11 Una excepción notable a la falta de definiciones jurisprudenciales, que quizá puede resultar llamativa por los conceptos que contiene y que, en alguna medida, guarda relación con lo apuntado en diversas partes del presente trabajo, es la siguiente tesis jurisprudencial aislada: “RADIO Y TELEVISIÓN. OTORGAMIENTO DE CONCESIONES. El artículo 6o. constitucional vino a garantizar explícitamente el derecho a la información, que ya está implícito en todo sistema democrático, puesto que el voto de los ciudadanos tiene derecho a ser un voto informado y no un voto a ciegas. Y habiendo derecho a la información, es de verse que en los tiempos actuales las radiodifusoras y las estaciones de televisión son uno de los medios más poderosos de expresar ideas y de transmitir información, por lo que también es manifiesto que las autoridades no pueden limitar el uso de los canales o frecuencias disponibles para establecer un floreciente negocio comercial (con el pretexto de evitar competencia ruinosa en esta materia), ni para establecer un monopolio monocromático o tendencioso de la información y de la difusión de ideas y cultura en general, protegidas por el artículo 6o. constitucional también. Ni podría la ley ordinaria darles tales facultades, contra el espíritu y contenido de las

Los pocos medios que, en el pasado, se han negado a aceptar el punto de vista oficial impuesto por el régimen, se han visto sometidos a diversos tipos de presiones que pueden ir desde la restricción en el suministro de papel (cuando el Estado controlaba el monopolio de importación del mismo a través de la empresa PIPSA) hasta la eliminación física de periodistas y editores, pasando por una amplia gama de estadios intermedios.

En vista de lo anterior, se comprende que los medios hayan reflejado con gran fidelidad el carácter monocolor del propio régimen y hayan trasladado hasta la escena mediática los vicios y características del sistema político: autoritario, no competitivo, corrupto, corporativo, etcétera.¹²

El control sobre los medios por parte del Estado se ha instrumentado en México a través también de una serie de dispositivos legales que, si bien nunca han sido cabalmente observados, de todas formas han hecho

garantías constitucionales. Por las mismas razones, cuando las autoridades se ven obligadas, sólo por la saturación física de las frecuencias disponibles, a limitar el uso de radiodifusoras o estaciones de televisión, es claro que se deben ceñir a los dictados del interés común, que está en la difusión de la máxima diversidad de ideas informativas y culturales. Y es claro también que en ese aspecto de control y limitación, deben actuar con facultades arbitrales reguladas por la ley, y no con facultades discrecionales no sujetas a control constitucional, que les otorgarían un poder despótico antidemocrático, y también es claro que las resoluciones que dicten escogiendo a un concesionario entre varios, deberán estar cuidadosamente fundadas y motivadas, y que deben exponerse en ellas claramente, al alcance de todos y sin términos esotéricos, las razones que, al establecer las comparaciones necesarias entre las características de las diversas solicitudes, hacen que una de ellas sea mejor para el interés común, así como también deben dar a conocer a todos los solicitantes las características de las demás solicitudes y estudios técnicos formulados por ellas o por los interesados, a fin de que no sólo no haya una selección despótica, sino de que también haya oportunidad de defensa para los afectados, ya que éstos malamente podrán objetar adecuadamente una elección cuyas razones no se les han dado a conocer. Pero también es de verse que si uno de los concesionarios ofrece más material informativo o de contenido formativo, cultural o político, y otro ofrece más material ligero o intrascendente al interés común, en principio y salvo prueba en contrario, favorece al primero frente al solicitante de espíritu más comercial. Y también es de verse que la diversidad de concesionarios favorece en principio y salvo prueba en contrario, una mejor difusión de información, una más amplia gama de ideas y, por lo mismo, los monopolios de estos medios de información resultan en un adocenamiento contrario al interés público. Luego, en principio, y salvo prueba en contrario, se debe siempre favorecer al solicitante nuevo frente al ya establecido, con miras al interés común en que haya diversidad ideológica en el uso de los medios de información y difusión de cultura que utilizan las ondas electromagnéticas". PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Precedentes Amparo en revisión 654/78. Amín Simán Habib. 13 de diciembre de 1978. Mayoría de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Hay alguna otra tesis que, desde una óptica nada democrática, desconociendo los principios fundamentales del derecho constitucional y de los instrumentos internacionales sobre el derecho a la información, ha entendido que el derecho a la información no es una garantía individual; ver el texto de la misma y el comentario de Jorge Carpizo en *Constitución e información*, cit., p. 59.

¹² Véase Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortíz, 1999, p. 18.

dependen la suerte de las empresas mediáticas de la voluntad de quienes han ocupado el poder político en un periodo determinado. Por eso es que no sorprende demasiado que uno de los magnates de la televisión mexicana haya declarado hace pocos años que él era un “soldado del presidente” (de la República).

Sergio López-Ayllón hace notar las peculiaridades (por llamarlas de algún modo) de la legislación mexicana sobre radio y televisión:

sus disposiciones reflejan a la vez las condiciones que han permitido la concentración de los medios de comunicación, en especial la televisión, junto con una retórica nacionalista que buscaba erigir al Estado en guardián único de los valores nacionales y los contenidos de la radio y la televisión al tiempo que establecía las condiciones de dependencia de los medios frente a su poder. Esta contradicción ha hecho que la legislación se convierta, hasta cierto punto, en letra muerta, pues sus disposiciones son utilizadas aleatoriamente dentro de las condiciones reales de operación que nada tienen que ver con los contenidos de la ley.¹³

Los tiempos de la transición democrática y la evolución que se ha dado dentro del sistema político mexicano ameritan que se incluya, como uno de los puntos de la agenda de la “reforma del Estado”, lo relativo a los medios de comunicación. Al haberse producido mayor apertura en la competencia partidista y una alternancia importante en todos los niveles de gobierno, también se ha generado una mayor dependencia del sistema político con respecto a los medios de comunicación. Creo que la cobertura noticiosa que se dio a las campañas electorales de la primera mitad de 2000 muestran claramente lo anterior.

En México estamos empezando a vivir, como ha sucedido y sigue sucediendo en otros países, en una “democracia mediática” que requerirá en el corto plazo, entre otras cosas, que las reglas para los principales actores políticos —empezando por los propios medios— estén claramente fijadas; esto implica la creación de un régimen jurídico y de una conciencia cívica que evite llegar a una democracia “de la opinión pública” que con tanto acierto ha criticado Alain Minc en Francia,¹⁴ o que nos instalemos en una suerte de “opinión teledirigida”, para utilizar la expresión de Giovanni Sartori.¹⁵

13 *Derecho de la información, cit.*, p. 44.

14 *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Madrid, Temas de hoy, 1995.

15 *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Madrid, Taurus, 1998.

En este contexto, es necesario subrayar la necesidad de preservar una autonomía relativa del poder público con respecto a los medios. Para ello, Bastida propone “establecer como causa de ineligibilidad para cargos públicos el tener una posición económica de control” sobre algún consorcio mediático y nos recuerda el efecto desestabilizador que tuvo en Italia el “caso Berlusconi”.¹⁶

A raíz de ese mismo caso, Luigi Ferrajoli había lanzado hace pocos años la advertencia del riesgo que suponía para la democracia el fenómeno emergente de la unión de los medios y el poder económico para tomar control del poder político, lo cual dio lugar a dos categorías nuevas para la ciencia política: la de la empresa-partido y la de la empresa-gobierno. El mismo autor apunta que

La mayor concentración existente de medios televisivos y de información se movilizó en la reciente campaña electoral no a favor de una formación partidaria o de un bloque de intereses, sino directamente de su propietario, construyendo en pocas semanas en sus departamentos de publicidad una fuerza política y lanzándola al mercado de la misma forma —las técnicas del *marketing* y los *spots* publicitarios— en que se lanza un producto comercial.¹⁷

Para fomentar el pluralismo y evitar en alguna medida la concentración mediática son muchas las cosas que pueden hacerse. En el siguiente apartado se exponen tres de ellas: la necesidad de contar con un canal de televisión y alguna o algunas estaciones de radio públicas, la creación de un organismo autónomo que regule a los medios y el establecimiento de un “derecho de la oposición política” para acceder a los mismos.

III. UN PLURALISMO PARA LA DEMOCRACIA. PROPUESTAS PARA DISCUTIR

1. Una medida que ayudaría en mucho a fomentar el pluralismo mediático, sobre todo en la vertiente de pluralismo *de los contenidos*, es la creación de una red de medios públicos de comunicación; es decir, de medios que sean propiedad del Estado mexicano. Bastaría tal vez con un

¹⁶ “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

¹⁷ “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad” en Andrés, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 17.

canal de televisión abierto y con una estación de radio de alcance en todo el territorio.¹⁸ La finalidad de estos medios no sería otra más que la de ofrecer una vía de expresión de los “intereses generales” —no necesariamente mayoritarios—.

En este punto conviene hacer algunas precisiones. En cuanto a la financiación de estos medios públicos, ésta no podría provenir únicamente de la publicidad, pues en principio no estarían compitiendo con los medios privados por un sector grande de la audiencia, lo cual no los haría tan atractivos para los grandes anunciantes.¹⁹ El hecho de desvincular a un medio de comunicación de la necesidad de tener anunciantes para poder ser viable económicamente, permite que ese medio (y, por ende, sus destinatarios) se defiendan en contra de la imposición de pautas culturales, políticas y sociales provenientes de quienes tienen la posibilidad de controlar la publicidad. Como recuerda Luis Javier Mieres,

Los intereses de los anunciantes ejercen una considerable presión en la línea editorial de la programación audiovisual. Desde el punto de vista publicitario, los programas más valorados son los que proporcionen una gran audiencia o se dirijan a sectores de población con alta capacidad de consumo y que ofrezcan al espectador/consumidor una sensación agradable, proclive a adoptar decisiones consumistas. Los programas ‘serios’ o que traten temas especialmente controvertidos no son los preferidos por los anunciantes para presentar sus productos.²⁰

Por otro lado, en lo que respecta al contenido que ofrecieran esos medios, se tendrían que utilizar para difundir noticias de interés general, así como programas que reflejaran el pluralismo social y político existente; esto incluye, desde luego, la emisión de contenidos que resulten de interés para grupos minoritarios, pues se entiende que los mayoritarios ya verían reflejados sus intereses en los contenidos de los medios privados, enfocados a captar audiencias de gran alcance, como señala Bastida.²¹ Por

18 Véanse las observaciones de Orellana, Alfredo, *Derecho a la información y democracia: propuesta para una televisión pública en México*, México, ITAM, tesis de licenciatura, 1995. En materia de radio ya existen algunas estaciones de propiedad pública, a cargo del Instituto Mexicano de la Radio (IMER).

19 Bastida, Francisco, “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

20 “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, en este mismo volumen.

21 “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

su parte, Mieres apunta que “el papel de las televisiones públicas en el actual panorama audiovisual debe ser el de constituir referentes de calidad, satisfaciendo las demandas de los grupos minoritarios, pero, también y sobre todo, ofreciendo una oferta de información cultural y educación dirigida a la generalidad de la población”.²²

Una razón adicional para defender la existencia de por lo menos un medio televisivo y otro radiofónico que sean de propiedad pública consiste en que de esa forma se contribuye a transparentar el sector de la comunicación de masas; de esa forma podríamos saber que, en principio, la información que se transmite por los medios públicos no viene marcada por los juicios o intereses de los dueños, por una parte, y conocer también quiénes son esos dueños (el Estado, en este caso), cuestión que no siempre es clara por lo que hace a los medios privados.²³

En contra de esta propuesta se podría esgrimir un argumento con bastante peso histórico y que ya se apuntaba párrafos arriba: el Estado mexicano tradicionalmente se ha valido de los medios de comunicación para legitimarse y para prolongar la hegemonía de un solo partido. La manipulación informativa ha sido una constante en la vida institucional de México, que en una etapa nada desdeñable de su existencia ha hecho del secreto una norma y de la opacidad el signo distintivo de la política nacional. A pesar de lo anterior, que me parece difícil de negar, creo que habría que pensar en los esquemas que va requiriendo el país en vista del final de la etapa de partido hegemónico. El pluralismo político que se ha producido en los últimos años, que todo parece indicar llegó para quedarse, suministra un ambiente menos favorable a la manipulación de los medios públicos. El equilibrio interpartidista y un más eficaz sistema de controles po-

22 “La regulación de los contenidos audiovisuales: ¿por qué y cómo regular?”, *cit.*

23 La necesidad de la transparencia en materia de medios de comunicación puede desprenderse, según Sergio López-Ayllón, del derecho fundamental a la información previsto en el artículo 60. constitucional, lo cual obligaría a su futura regulación. Dicha transparencia crearía condiciones para facilitar la independencia de los medios con respecto a los centros de poder político y económico, y permitiría al público identificar las fuentes de financiamiento y los intereses de aquellos que le informan, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en este mismo volumen. Sobre la transparencia en la financiación de los medios, conviene revisar el penúltimo párrafo del artículo 21 de la Constitución italiana de 1947, que dispone lo siguiente: “La ley podrá disponer por preceptos de carácter general que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica”. Este precepto, que en razón de la época en que fue creado se refiere solamente a uno de los medios de comunicación de masas (actualmente, ni siquiera el más importante), puede servir de modelo para que, con las adiciones necesarias, se introduzcan mandatos de transparencia para los medios en los diversos textos constitucionales.

drían impedir que se diera esa manipulación. Como señala Owen Fiss, hay que ver al Estado no solamente como un enemigo de la libertad de expresión, sino también como un amigo.²⁴

2. Una segunda propuesta que habría que analizar, y que se ha repetido con insistencia en los últimos años, es la de crear un órgano autónomo, preferiblemente de rango constitucional, que se encargue de regular todo lo relativo a los medios.²⁵ Este órgano, que Ernesto Villanueva ha propuesto que se llame “Consejo Nacional de Comunicación Social”²⁶ y que tiene antecedentes conocidos en otros países, tendría a su cargo vigilar la competencia en el sector de las comunicaciones, asegurar el derecho de réplica, otorgar y renovar las concesiones para el caso de aquellos medios que así lo requieran, y en general vigilaría el cumplimiento de todas las obligaciones del servicio público que tendrían a su cargo los medios concesionados.

Bastida hace notar la necesidad de que en la integración de este órgano se tome en cuenta a personas que tengan relevancia cultural y que se encuentren al margen de vinculaciones partidistas o empresariales; el mismo autor propone que se las elija por diferentes grupos socialmente relevantes.²⁷ Por su parte, Ernesto Villanueva propone que este órgano sobre los medios se integre por once miembros de los cuales tres serían designados por el presidente de la República, cuatro por el Senado de entre personas propuestas por los concesionarios y permisionarios de radio y televisión (dos) y por organizaciones de derechos humanos, asociaciones de padres de familia, etcétera (los otros dos); los cuatro restantes serían nombrados por la Cámara de Diputados a propuesta de diversas entidades particulares, de la sociedad civil y de las universidades.²⁸

3. La tercera idea que convendría ir pensando y que aseguraría con alguna certeza el pluralismo mediático, es la de introducir en el texto constitucional una disposición que asegure el acceso a los medios para los grupos políticos (partidos y agrupaciones políticas) relevantes. Concretamente, se trataría de que la oposición parlamentaria tuviera asegurada la posibilidad de responder a cualquier programa o acción del gobierno.

24 *Libertad de expresión y estructura social, cit.*, p. 31.

25 Véanse, entre otros, Carpizo, Jorge, “Libertad de expresión, elecciones y concesiones”, *La reforma de medios. Voces en torno a la iniciativa de Ley Federal de Comunicación Social*, México, Cámara de Diputados, 1998, p. 55, y Crespo, José Antonio, “La reforma definitiva”, *cit.*, p. 129.

26 *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México, cit.*, p. 232.

27 “Concentración de medios y pluralismo...”, *cit.*

28 *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México, cit.*, pp. 233 y 234.

En el derecho constitucional comparado no son extrañas este tipo de disposiciones. De hecho, puede garantizarse el acceso a los medios de la oposición política que cuente con representación parlamentaria, o bien a los grupos sociales relevantes. En el primer caso se buscaría tutelar la correcta expresión en los medios del “pluralismo político”, mientras que en el segundo se trataría de permitir el acceso a grupos sociales diversos para reflejar lo más fielmente posible el “pluralismo social”. Un ejemplo del primer tipo de disposición lo encontramos en el artículo 40.2 de la Constitución portuguesa de 1976 que dispone lo siguiente:

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del gobierno tendrán derecho, según los términos de la ley, a unos tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que se prorratearán según la representatividad de cada uno, así como el derecho de respuesta y de réplica política a las declaraciones políticas del gobierno, de duración y de relieve iguales a los tiempos de antena y de las declaraciones del gobierno.

Un ejemplo del segundo tipo de regulación lo suministra el artículo 20.3 de la Constitución española de 1978 cuyo texto establece que “la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

Con este tipo de preceptos se garantiza, al menos tendenciosamente, la existencia del pluralismo mediático, sobre todo en su vertiente de pluralidad de los contenidos. En esa medida, los medios también contribuyen a fortalecer el sistema democrático por su incidencia en la creación de una opinión pública libre e informada de manera plural.

CONCENTRACIÓN DE MEDIOS Y PLURALISMO

Froylán M. LÓPEZ NARVÁEZ

SUMARIO: I. *Patrices*. II. *Juridicidad*. III. *Concentración de medios y pluralismo*. IV. *Reticula*.

I. PATRICES

Admítase que inicie por el principio. Con un principio epistemológico, escrito, vociferado, radiodifundido, televisado, internetizado; consiéntase también el neologismo de la nueva barbarie verbal tecnológica: el saber es un conocimiento oriundo de lo focal, de una historia nacional y humana y por supuesto, como se dice hoy, de género.

Se iba a registrar como “matrices” epistemológicas de los análisis y consideraciones que abajo se presentan, pero opté por nombrarlo “patrices”, es decir, de un sujeto que dice desde la masculinidad, desde la paternidad. Y como es patente desde una “mexicanidad”, desde una historicidad mexicana, añejada en la práctica docente, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y de las vivencias y trabajos periodísticos que comprenden el periodismo escrito, radiofónico y televisado.

Se propone desde una “sitiación”, México es un país sitiado por padecer lastres de la colonización arcaica europea, “española”, y por las luchas y empeños imperiales contemporáneos. La República mexicana está sitiada por los controles de los emporios transnacionales y por los cónclaves que forjan la colonización interna: los cacicazgos, ahora llamados grupos o corporativos, que señorean las empresas de comunicación social en el país. En este seminario internacional se han dado referencias puntuales de personas, de grupos que de distintas maneras determinan, influyen, condicionan, impelen o someten los intentos nativos por lograr la

concreción de las pujas y demandas por la actualización de la libertad primaria del ser humano: la libertad de expresión que, en lo hondo y en la piel, es razón de ser y sentido de la vida humana.

En la prosa rotunda y nítida del maestro Eduardo Nicol, sembrado en España y germinado aquí: “En cualquier expresión, el hombre expresa su ser hombre... es aquello sin lo cual no habría ninguna expresión concreta, ni pudiera ninguna de ellas una significación determinada. Lo que el hombre expresa primariamente en cada una de sus expresiones es su misma presencia real como ser de la expresión”.¹

También es el caso indiciar las inspiraciones, a lo mejor conspiraciones, que son pretensión para dar y darse cuenta de las obras humanas, de su presunto y probable destino e influjo. En todo caso, en las comunidades académicas o escolares se incuban, manejan o manosean ideas que Immanuel Wallerstein considera, con otros, ideologías sistemáticas mundiales. Que “una ideología es más que una *Weltanschauung*”. Es evidente que en toda época y en distintos lugares ha existido una o varias *Weltanschauungen* que han determinado la manera como interpretamos nuestro mundo... La ideología liberal implicaba el argumento de que la pieza central del proceso social era la delimitación cuidadosa de tres esferas de actividad: la relacionada con el mercado, el Estado y la “personal”. “Wallerstein recuerda que el verdadero legado del “disturbio revolucionario francés” es que permitió “el florecimiento de todo lo que hemos llegado relacionar con el mundo moderno: la pasión por el cambio, el desarrollo, el progreso”.

El autor de *Impensar las ciencias sociales*, de donde se extraen las citas anteriores, no se lanza a formular un nuevo paradigma para hoy y mañana. Uno y tampoco aquí... o nunca.

Comunicación e información

Se propone que la noción de comunicación se entienda como todo proceso o situación (estado) que guarda o mantiene, o a la cual tiende, toda entidad. En este sentido se habrá de admitir que, ciertamente, el universo está en comunicación; es decir, que el orden y los desórdenes micro y macrocósmicos alteran, ínfima o grandemente, o a medias, realidades de otros espacios-tiempos, inmediata o mediatamente. Cronológicamente,

1 Varios, “El ser y la expresión”, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1990.

de acuerdo con la teoría del átomo primitivo (G. Lemaitre) se afirma: “La hipótesis del tomo Primitivo es una teoría cosmogónica que dibuja (*pictures*) al universo presente como el resultado de una desintegración radioactiva de un átomo”.²

No se ofrece aquí un panlogismo ni una cosmogonía reduccionista, se espera. Se indica que en las relaciones no se admite siempre la noción de casualidad, entre las formas de ser reconocidas por la física, o las físicas: fotones, electrones, positrones, protones y neutrones implican conexiones atávicas y actuales. El universo está interrelacionado o comunicado.

La comunicación humana está transida por otros elementos o factores. Es sobrenatural: la inteligencia y la cordialidad, sana o insana, alteran la “naturaleza”. Pensar y sentir trastocan las realidades “dadas”, naturales o normales. La genética, el uso y sentido del conocimiento científico, alteran e informan la vida misma, el planeta. Informar es alterar, volver otra cosa a las cosas. Las noticias sobre el genoma humano es pasmo, reyerta mercantil, conflictos entre los depredadores de las ciencias y su aprovechamiento para todos o bajo el régimen del descomunal negocio contemporáneo: la informática, informología, que debe decirse, según M. Alonso.

“La comunicación, para lo que sirve, en primer lugar, es para hacer la guerra... Los manuales de guerra psicológica para uso de las fuerzas armadas dicen más sobre el tema que la mayoría de los textos en los que los futuros profesionales de la comunicación aprenden los rudimentos de su oficio”, alega Armand Matterlat, conspicuo comunicólogo.³

Si Armand hubiese vivido los dos años y medio de guerra preelectoral, electoral y poselectoral de México en el 2000, hubiera en su haber datos frescos para ratificar su tesis en el ámbito político. Guerras y guerrillas, atentados mediológicos, por la conquista de poderes federales y regionales.

Con estas palabras quiero advertir sobre las dimensiones sociales y cósmicas, personales se cree, de la comunicación y de la información. Por más que la banalidad y la estulticia, la inmediatez y la superficialidad sean las afectaciones o afecciones comunes en los medios, no sin ofertas de comunicados e informes magníficos y hondos o diferentes, la quejumbre corriente versa sobre el mal uso o inhumano empleo de los medios que condena o incomprende a los emporios de comunicación.

2 Ferris, T. (ed.), *The World Treasury of Physics, Astronomy and Mathematics*, Boston, Little, Brown and Company, 1991.

3 Matterlat, A., *La comunicación mundo*, México, Siglo XXI, 1996.

II. JURIDICIDAD

Pareciera que son estos tiempos de reivindicación del iusnaturalismo. Puede entenderse, quizá con extrapolación impertinente, que los derechos humanos implican derechos naturales. Se toma nota de las consideraciones de tiempos recientes que no se fincan en la noción del *ius* romano, sino que reclaman como legítimos y respetables valores tales como la fuerza válida, convalidable o “justificable”, la dignidad o la libertad.

Para informes mexicanos el trabajo de Rodolfo Lara Ponte: *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicanos* en donde se da cuenta de lo que en esta patria o patria se ha pensado y establecido.⁴

Valga la propuesta del letrado, vástago del instituto que es anfitrión. Lara Ponte propone: “en esencia, el objeto de los derechos humanos es poner un dique a la acción estatal, en el mercado de la aplicación de la ley, estableciendo un espacio mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que propicien la vida social del ser humano”.

La ponencia principal de esta mesa, del jurista Francisco J. Bastida Freijedo, evidencia magníficamente los problemas, complejidades, confusiones, conflictos y alternativas, riosas las más, asincrónicas, ante la sumisión abundante ante nociones e intereses cifrados en las nociones clave de fin y de principio de los siglos XX y XXI.

Bien que señala el encuentro de ideas de mercado y pluralismo, de derecho público y privado, de libertades económicas que propician enfrentamientos políticos y legales. Y la panacea ilusa o el reclamo imprescindible, el instrumento y pugna generalizado o generalizable: la democracia. Importan sus ideas y distinguos, valgan para una discusión y topología del asunto: las diferencias que reconoce entre libertades sustanciales y procedimentales o instrumentales. Es simpática, se aviene a lo que uno piensa: “Para una sociedad democrática abierta, lo importante es la formación libre de la opinión pública, no la formación de una opinión pública libre”.

Al punto, sépase que en México se ha pensado que “Sistema político de dominación y sistema constitucional son sinónimos; lo son cuando menos en México. Esa es la regla general... Los responsables de su texto

⁴ Lara Ponte, R., *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Porrúa, UNAM, 1996.

final han buscado una alta concentración de poder en muy pocas manos, con una total irresponsabilidad y una mínima participación de la ciudadanía...”.⁵

III. CONCENTRACIÓN DE MEDIOS Y PLURALISMO

En congruencia con lo que he dicho, es de señalarse ahora que: México está inmerso, participa y es sometido a los juegos internacionales fuertes. No son pocas las cabezas y los corazones que dicen saber que México es una nación dependiente, colonizada ideológica y económicamente, clasista y racista, en pugna por una transición democrática y en pos de una modernidad extraña y alienada. Otras mentes suponen que es inevitable y plausible. La mitología de la globalización primermundista y tecnoburocrática-neoliberal conlleva las nociones de que han llegado los tiempos y los modos para incrustarse o dejarse llevar, acompasarse a las tendencias que se entienden como hegemónicas e irremisibles. El cacicazgo del priato, en estos momentos fenecientes del sistema tradicional, en voz del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, quien no ceja en arengar y reconvenir a los globalizadores nativos y quienes reclaman, sin duda, entrar en una verdadera globalización universal, y no tan sólo a la que proponen los centros de poder transnacionales, primermundistas, capitalistas o neoliberales.

IV. RETÍCULA

Las nociones de “globalización”, “mercado” y “red” son clave para jugar o participar en las jergas y pugnas académicas, políticas y sociales de avezados en la retórica contemporánea. Para ser más y no menos, se acogen nociones con la lucidez de la obra que se reputa ya como magna de Manuel Castells: *La era de la información*.⁶

Vale y valga: “...el caso de la revolución tecnológica actual... La nueva sociedad que surge de ese proceso de cambio es tanto capitalista como informacional, aunque presenta una variación considerable en diferentes países, según su historia, cultura, instituciones y su relación específica con el capitalismo global y la tecnología de la información”.

5 Arteaga Nava, E., *Constitución política y realidad*, México, Siglo XXI, 1997.

6 Castells, M., *La era de la información*, México, Siglo XXI, 1999.

También conviene, se asume, por mor del pluriculturalismo, la convección de Castells: "...hemos entrado en un mundo verdaderamente multicultural e interdependiente que sólo puede comprenderse y cambiarse desde una perspectiva plural que articule identidad cultural, interconexión global y política multidimensional".

Y así:

Una red es un conjunto de nodos interconectados. Un nodo es concretamente el punto en el que una curva se intersecta a sí misma... Son los canales de televisión, los estudios de filmación, los entornos de diseño informático, los periodistas de los informativos y los aparatos móviles que generan, transmiten y reciben señales en la red global de los nuevos medios que constituyen la base de la expresión cultural y la opinión pública en la era de la información.

En las conversaciones (también en los *chats* electrónicos, que se parecen, pero no son lo mismo), en los diálogos y en los escritos sobre las crisis y proyectos que se quieren y se dicen sociales, propuestas ideológicas, leyes y reglamentos, se aparea la actitud y la creencia de que se habla o discurre sobre anhelos y normatividades para un futuro que nunca llega; se vive un presente crónico. Otra vez Castells: se viven y vivirán nuevas emociones y razones cronológicas, en una convivencia de eternidad y de efimeridad.

Pensar y decir de pluriculturas es reconocer, volver a conocer la proximidad. Así como con la insurrección neozapatista, el EZLN, antecedido por cinco siglos de resistencia cultural, económica y política. Enrique Florescano ha advertido que en las áreas identificadas como mexicanas no ha habido mayor habilidad y eficacia de grupos humanos que los han ejercido, las naciones breves llamadas de indios. Ciertamente, en luchas de sobrevivencia, de rescate, pero es patente que en estas regiones de América los únicos que han preservado identidad cultural —lenguas, religiones, mitos, comidas, luchas atávicas, vestidos, cosmovisiones, moradas circunspectas y ceñidas— son los pueblos indios. Los mestizajes, de mayores y menores noblezas, se ajustan a modas, valores y poses onerosos, ajenos y miméticos, a veces con recreación cultural meritoria y propia. El rock y los vestidos, las artes todas son instancias al alcance inmediato.

En México los mosaicos culturales son heterogéneos. Pero la insistencia, persistencia y paciencia indígenas son un bien humano, para ellos y para los demás coetáneos y coexistentes.

León Olivé, filósofo de la UNAM, ha dado cuenta reciente de los problemas y posibilidades de estos problemas.⁷

...es posible desarrollar una posición pluralista que supere el absolutismo y el relativismo, y que permita plantear una sana base para las relaciones entre culturas, sobre una base de igualdad en el terreno epistémico y en el terreno moral... El pluralismo es además compatible con la idea de que los conceptos éticos fundamentales que se requieren para fundamentar el derecho a la diferencia, como lo de “dignidad” y “necesidad básica”, adquieren un significado en las interacciones pertinentes, entre los miembros de una misma cultura y entre los miembros de diferentes culturas.

En la República mexicana empatan y se confrontan culturas de variada índole. Son varios los Méxicos. Aunque los influjos mediológicos logran cohesiones en el sector intermedio, mal llamada clase, en tanto que esta porción o relaciones humanas no logran prevalecer en un mismo *status*, ahora pierde capacidades de mantenimiento de ingreso, tiende a incorporarse o “caer” en las pobrezas mayoritarias, puede hablarse de una ideología, o mejor, de una ideografía y de jergas precarias nacionales.

Si se tiende a un análisis, a las estimaciones de pobreza, México es un país pobre y aún paupérrimo —20 millones en pobreza extrema— y sobre el cual se expresan vaticinios o pronósticos sociales odiosos. Recientemente se ha divulgado que la población mexicana actual es de 97 millones. Se argumenta que son varias las pobrezas en el país: pobreza indigencia, pobreza honda y pobreza moderada. La mayor parte de los empobrecidos habitan en las ciudades, pero los más pobres de la nación sobreviven de los medios rurales.

De aquí que las estrategias gubernamentales y las de los grupos poderosos económicamente hayan entablado lo que llaman una lucha contra la pobreza. Julio Boltvinick y Enrique Hernández Laos proponen: “...lo que resulta evidente lo que si se quiere combatir la pobreza, las prioridades son en el siguiente orden: ingresos, salud y seguridad social, vivienda y

7 Olivé, León, *Matriculismo y pluralismo*, México, Paidós, UNAM, 1999.

educación; aspectos tales como agua y drenaje, electricidad y teléfono, quedan con una importancia mucho menor”.⁸

La referencia a la pobreza no se agota, por supuesto, en las consideraciones sobre la “viabilidad” de una nación, sobre su “governabilidad”. Está inscrita en esta preocupación, el sentido de la existencia humana y los valores que le dan o pueden dar sentidos morales. Para México es clave instaurar o restaurar el sentido revolucionario de conformación nacional. No se refiere aquí el concepto de “revolución” a las luchas armadas, al trastocamiento violento e irremisible de un orden social y jurídico. Aunque no se pueda evitar una triste sonrisa al saberse que se quieren prohibir o desalentar las luchas belicosas por decreto intelectual razonado o razonable.

La lucha contra la pobreza no es causada tan sólo, aunque sí principalmente, por relaciones de poder injustas, o por la colonización interna y externa, está claro que las ideologías importan o prohíjan conductas, sumisiones, desesperanzas y sometimientos. En la tierra de Hidalgo y Morelos, de Zapata y de Villa, de Lucio Cabañas y del EZLN es tragicómico que se reclame tránsito o cambio social sin el recurso a las armas o a su desgracia mayor, el terrorismo. No se recomiendan en estas líneas. Pero no se soslaya que, en mucho, las revoluciones habidas no son engendro único de maquinaciones, sino de desesperanzas, hartazgos y fantasías de que se puede tomar el poder por esta vía lamentable y promisoria para los empobrecidos, sobre todo durante siglos o generaciones.

Primero, entonces, el combate a la pobreza o su remisión. En este punto los derechos a la información y a informarse, a la propia comunicación y a la creatividad, los sistemas y redes de comunicación son clave, punto de partida o tarea simultánea. Es más que sabido que la educación contemporánea es mediológica. Todavía vale el aserto: “Lo que las escuelas siembran en la mañana, Televisa (o semejantes) lo desarraiga en la tarde-noche”.

El conocimiento de la monopolización, de la centralización, de los medios, de sus detentadores y empleadores es cardinal. Los movimientos internacionales e internos en los países son determinantes. La tendencia a la concentración de riqueza, también interna y externamente, sólo se palia por la novedad histórica de la despatriación de capitales y de capitalistas.

⁸ Boltvinik, J. y Hernández Laos, E., *Pobreza y distribución del ingreso en México*, México, Siglo XXI, 1999.

Por la “desnacionalización” de los emporios y comandos financieros y bursátiles, no menos que por la emergencia de controles intemporales y ubícuos, las precisiones de monopolios son efímeras y circunstanciales. En México se pueden nombrar a los poseedores de los grandes negocios y fortunas, se pueden determinar grupos y clanes que señorean los medios y a empleados. Pero los ires y venires de acciones, su compraventa y acompañamiento con capitalista y *trust* internacionales —el caso fresco de BBV y Bancomer en México es muestra ejemplar del presente y del porvenir— hacen también volátil el señalamiento de los monopolios y sus campeones.

En suma: lucha o abatimiento de la injusticia y del empobrecimiento, su siamés; reconocimiento de que la vida misma es comunicación, no un accidente; reconocimiento y propuesta de que se impone un pluralismo o pluralismos; que los pluralismos reclaman identidades y formas de vida heterogéneos; que la concentración monopólica o la concentración de medios es adversa a los empeños e ilusiones pluralistas.

Oígame la plegaria poética de Rubén Bonifaz Nuño, universitario mexicano que no se arrebujaba en las ciencias:

“Llueve en México; llueve
como para salir a enchubascarse
y a descubrir, como un borracho auténtico,
el secreto más íntimo y humilde
de la fraternidad; poder decirte
hermano mío si te encuentro.
Porque tú eres mi hermano. Yo te quiero.”

Fuego de pobres

CONCENTRACIÓN DE MEDIOS Y PLURALISMO: EL MARCO JURÍDICO DEL CANAL DE TELEVISIÓN DEL CONGRESO MEXICANO

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE*

SUMARIO: I. *Consideración introductoria.* II. *Marco conceptual.* III. *Los medios de comunicación en los sistemas de gobierno parlamentario y presidencial.* IV. *La televisión en el marco del Parlamento español y sus avances en el ámbito de la Unión Europea.* V. *La televisión y la actividad del Congreso mexicano.* VI. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

Agradezco la invitación que me han hecho los organizadores de este Coloquio Internacional “El derecho a la información y los derechos humanos”, que organiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, para exponer en esta mesa el tema “Concentración de medios y pluralismo: el marco jurídico del canal de televisión del Congreso mexicano”.

Asimismo, quisiera mencionar que al desarrollar esta ponencia me encontré con una afirmación común o reiterada en la mayoría de los autores¹ que escriben sobre temas con relación al título de este seminario; es decir, que al igual que ellos, reconozco las dificultades y riesgos que se corren al desarrollar temas tan complejos. Sin embargo, es más fuerte el atractivo que éstos sean desafiantes.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Para el desarrollo de esta ponencia, agradezco los comentarios y sugerencias del doctor Alfredo Sánchez Castañeda, amigo y compañero de este Instituto, así como del licenciado Raymundo Figueroa, secretario técnico de la Comisión Bicameral del canal de televisión del H. Congreso de la Unión.

¹ Entre éstos, Sierra, Lucas, “Pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad”, *Revista de Derecho. Problemas éticos cruciales del derecho contemporáneo*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, agosto de 1997.

En primer lugar, abordaré algunos conceptos básicos relativos a la concentración de medios y pluralismo, y la manera en que los medios de comunicación operan tanto en el sistema parlamentario como en el régimen presidencial. En segundo lugar, me referiré a la televisión en el marco del Parlamento español y sus avances en el ámbito de la Unión Europea. Por último, trataré de ubicar cuál es la situación actual de la televisión y la actividad del Congreso mexicano.

II. MARCO CONCEPTUAL

En cuanto a la palabra “concentración”, y de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*,² ésta significa la agrupación de diversas fincas para unificar y facilitar el cultivo. Para González Montes,³ la concentración es un término de carácter procesal laboral o civil que implica que distintos actos, como las alegaciones de las partes, la prueba y la sentencia, se lleven a cabo en una sola sesión o en varias de manera sucesiva y próximas en el tiempo. De tal forma, la concentración es considerada por este autor como el instrumento idóneo para la consecución de procesos breves. Por otra parte, y en el ámbito de la ciencia política y del derecho constitucional, el término “concentración” tiene como significado la confluencia de intereses o la agrupación alrededor de algo o alguien para superar grandes desacuerdos.⁴

Por lo que se refiere a la palabra “medios de comunicación”, por un lado, “medio” proviene del latín *medius*, que significa la acción para conseguir algo. Por otro lado, el término “comunicación” se origina del latín *communicatio -onis*, que en español es la acción y efecto de comunicarse; es decir, de hacer partícipe a otro lo que uno sabe. Unidos estos dos términos, y en el contexto que nos ocupa, los medios de comunicación, como la prensa, la radio y la televisión, son los elementos materiales y humanos que sirven para transmitir información, es decir, los conocimientos que permitan ampliar o precisar los que se poseen sobre una determinada materia.

2 Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, t. I.

3 Cfr. González Montes, E., “Concentración”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. I.

4 Cfr. Salazar, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1987.

Por último, el pluralismo es un valor, en realidad, un principio de reconocimiento del sujeto y de los grupos que aspiran a su delimitación por referencia a subjetividades externas al Estado. También incluye las etnias, las razas, las edades, los sexos, así como el acceso a los medios tanto de las mayorías como de las minorías. En este sentido, son los poderes públicos quienes deben preservar la igualdad de oportunidades, la libre constitución de la sociedad, el derecho a la disidencia y a la identidad de las minorías. Es así como en el ordenamiento jurídico es en donde se debe reconocer el pluralismo.⁵

Para el profesor Bastida, el pluralismo, como ya lo ha mencionado, consiste en la posibilidad de que concurren el mayor número y diversidad de opiniones e información, y que dicha concurrencia llegue también al mayor número de personas, esto permite finalmente la formación libre de opinión pública. Bajo este escenario, la concentración puede ser contraria al pluralismo sólo cuando ésta frene o dificulte la realización del pluralismo. Sin embargo, y en la época actual, la innovación tecnológica hace que cada día sea más difícil un control centralizado de la opinión pública.⁶

III. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LOS SISTEMAS DE GOBIERNO PARLAMENTARIO Y PRESIDENCIAL

En los países con sistema parlamentario, los medios de comunicación son pieza fundamental de la actividad política, al ser órganos de vigilancia y control sobre la actividad del gobierno. Para ello, los mismos participan en dos momentos, primero, como conducto para transmitir la información que proporciona algún miembro del gobierno; por ejemplo, cuando éste comparece ante el Parlamento o cuando la institución representativa verifica, examina, analiza, comprueba y fiscaliza la actividad del gobierno. En un segundo momento del control, los medios de comunicación (prensa, radio y televisión) trasladan a la opinión pública las actuaciones —errores o aciertos— del gobierno, dejando sus consecuencias en el cuerpo electoral para que éste, con el ejercicio de su voto activo, apruebe o repruebe la política gubernamental. Es por ello que nos encontramos que las consecuencias que se producen en un sistema parlamentario serán las mismas

⁵ Cfr. Jiménez Campo, J., "Pluralismo político", *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III.

⁶ Cfr. Sierra, Lucas, "Pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad", *op. cit.*

para un sistema presidencial en donde existe no un Parlamento, sino un Congreso, como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica, México y varios países de Iberoamérica.

Es necesario aclarar que no es propiamente el régimen de gobierno el que determina la eficacia de los medios de comunicación como órganos de control, sino el grado de desarrollo alcanzado por la sociedad, los grupos de interés (empresarios, organizaciones sindicales, entre otros) y, en particular, de los partidos políticos.⁷

Por otro lado, en ambos sistemas o regímenes, la cuestión que se ha suscitado es que si dentro de los derechos fundamentales se encuentran sólo los derechos sustanciales de expresar, difundir e informar, o también el derecho instrumental de crear cualquier medio de difusión, como es el caso de la televisión. En el primer supuesto, no existe duda sobre el derecho a crear medios de comunicación escrita como lo es la prensa, pero sí la hay en cuanto a la radio y la televisión. Veamos algunos casos que se pueden ubicar en este subtema.

IV. LA TELEVISIÓN EN EL MARCO DEL PARLAMENTO ESPAÑOL Y SUS AVANCES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Varios autores consideran que el artículo 20 de la Constitución española de 1978 puede ser interpretado en el sentido de que el derecho a difundir las ideas y opiniones comprende también el derecho a crear los medios materiales, a través de los cuales la difusión se hace posible. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha considerado que el derecho a crear emisoras de radio o de televisión no deriva de dicho artículo constitucional, sino que su establecimiento es una “decisión política” del legislador. Al respecto, Rubio Llorente, a través de un voto particular, consideró que “las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas”. Y, para el profesor Bastida, si se admite tal discrecionalidad, entonces queda en entredicho que la televisión sea calificada como servicio público.⁸

7 Cfr. Aragón Reyes, Manuel, “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 23, 1986, y Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

8 Cfr. Bastida, Francisco, “Debate”, *El régimen jurídico de la televisión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Por otra parte, el artículo 20 de la Constitución española impone al Parlamento la obligación de regular “la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y la garantía institucional de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”. Para ello, el Congreso de los Diputados (Cámara baja), y no el Senado, cuenta con una Comisión de Control Parlamentario de Radio Televisión Española (RTVE) que sólo realiza un control político y no jurídico. RTVE es un ente público que se encuentra integrado, en su mayor parte, por miembros designados por el gobierno, es decir, que se trata de una dependencia directa del Ejecutivo.⁹

La televisión en España ha sido desde 1980 hasta 1988 un servicio público gestionado en régimen de monopolio por el Estado y regulado por la Ley que aprueba el Estatuto de la Radio y la Televisión del 10 de enero de 1980 (reformado en 1984, 1987 y 1998).

Posteriormente, dicho servicio público (en 1983) se descentralizó, a partir de ese momento, también las comunidades autónomas pueden contar con televisión propia. En 1988 se previó la gestión indirecta de dicho servicio por particulares, a través de la Ley de Televisión Privada de 1988. En cuanto a esta última, su gestión debe tener los mismos principios que la televisión pública, es decir, objetividad, veracidad e imparcialidad; separación entre informaciones y opiniones, y proteger la juventud y la infancia. Asimismo, y debido a la importancia de preservar el pluralismo y la influencia que tiene la televisión, se ha dado una regulación específica de su uso en los procesos electorales contenida no sólo en una ley electoral, sino en otras normas específicas. En 1992 se publicó la Ley de la Televisión por Satélite.

A pesar de los anteriores avances, en España se considera que las medidas legislativas previstas son ineficaces para controlar la transparencia y para evitar las concentraciones de hecho, ya sea por las personas o sociedades, y existen demasiados órganos para lograr tal propósito. Y, además, este es un problema que no sólo se presenta en España, sino que se da en todos los países.

9 Sobre este tema, consúltense Bastida Freijedo, F. J., “Medios de comunicación social”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III, y Llamares Calzadilla, María Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

Por ello, y de acuerdo con el profesor Bastida,¹⁰ los organismos de la Unión Europea han manifestado un gran interés por dictar medidas que impidan la concentración de medios a escala nacional y europea. Es así como se publicó la Ley de 1994 por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE en materia de coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Posteriormente se dio la Ley de 1995 de Televisión Local por Ondas Terrestres, la Ley de 1995 de las Telecomunicaciones por Cable, así como la Ley de 1997, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector.

Lo más reciente en esta materia es la resolución del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros de 25 de enero de 1999 sobre el servicio público de radiodifusión. Dicha resolución considera que el servicio público de radiodifusión debe cumplir funciones culturales, sociales y democráticas en beneficio de todos. Su importancia radica en lograr garantizar la democracia, el pluralismo, la cohesión social y la diversidad cultural y lingüística. En dicha resolución se destaca que ya existe un aumento en la diversificación de los programas. Asimismo, toma en cuenta el Protocolo sobre el Sistema de Radiodifusión Pública de los Estados Miembros de la Unión Europea. Dicho Protocolo contiene el deseo unánime de todos los Estados miembros de reforzar el papel del servicio público de radiodifusión, y es una necesidad fundamental el acceso amplio de los ciudadanos a los distintos canales y servicios, sin discriminaciones y en condiciones de igualdad de oportunidades. La televisión debe ofrecer a la población programas y servicios de calidad, incluidos el desarrollo y la diversificación de actividades en la era digital; también debe proporcionar una programación diversificada a fin de atender a la sociedad en su conjunto, y los servicios públicos de radiodifusión deben hacer lo posible por llegar a una amplia audiencia.

Finalmente, se publicó la Ley de 1999 de modificación de la Ley de 1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, en materia de coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejer-

10 Cfr. Bastida Freijedo, F. J., "Medios de comunicación social", *op. cit.*

cicio de actividades de radiodifusión televisiva. Asimismo, el 27 de septiembre de 1999 se presentaron las conclusiones del Consejo Europeo sobre el papel de la autorregulación en vista del desarrollo de nuevos servicios de medios de comunicación.

En dichas conclusiones se manifiesta el propósito de seguir el camino hacia lograr un nivel de protección efectivo de los menores y de la dignidad humana. Se afirma que en la mayor parte de los países de Europa se han desarrollado sistemas de autorregulación para los medios de comunicación, algunos de los cuales se extienden a todos los medios de comunicación (prensa, radiodifusión sonora, televisión y publicidad en todos los medios). También destaca que existen diferencias significativas en el modo en que los distintos sistemas de autorregulación están organizados, lo cual ha sido considerado como un reflejo de la diversidad democrática, regional y cultural de Europa.

Sin embargo, los sistemas de autorregulación de los medios de comunicación, aun de acuerdo con las tradiciones y prácticas nacionales, jurídicas y culturales, pueden contribuir a salvaguardar los intereses públicos. Es por ello que las conclusiones acogen con agrado que la Comisión Europea tenga la intención de presentar un conjunto de principios normativos más detallado, e insiste en la necesidad de estudiar las posibles contribuciones de los sistemas de autorregulación a los nuevos servicios de los medios de comunicación; evaluar las virtudes y defectos de los sistemas de autorregulación; profundizar en el análisis de las posibles contribuciones, especialmente mediante consultas públicas; también que se deban tomar en cuenta los intereses de terceros a la hora de considerar la autorregulación en los nuevos servicios de medios de comunicación.

Dentro de las conclusiones se invita a la Comisión Europea, sin perjuicio de las prerrogativas que le confiere el tratado, a tener presente que depende de cada Estado miembro determinar el posible papel complementario de la autorregulación con respecto a la legislación; así como facilitar el debate futuro sobre este asunto presentando información actual, cuando proceda, al Parlamento Europeo y al Consejo.

Regresando al artículo 20 de la Constitución española, éste impone al Parlamento la obligación de regular “la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y la garantía institucional de acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

Por otro lado, el Estatuto de la Radio y la Televisión de 1980, en su artículo 7o., determina que habrá un Consejo de Administración, que es uno de los organismos fundamentales que rigen Radio Televisión Española, pero se encuentra bajo las decisiones del ente público RTVE, al que ya me he referido. Dicho Consejo está compuesto por doce miembros, elegidos en cada Legislatura, la mitad por el Congreso de los Diputados y la otra mitad por el Senado español, mediante mayoría de dos tercios de la Cámara y designadas personas de relevantes méritos profesionales. En cuanto al Senado, el procedimiento se desarrolla conforme al Reglamento del Senado, reformado el 16 de junio de 2000. Dicha reforma permite que, con carácter previo a la votación, una Comisión de Nombramientos integrada por el presidente del Senado y los portavoces de los grupos parlamentarios examine la idoneidad de los candidatos propuestos, que podrán ser convocados a comparecer ante la Comisión. La votación se realiza por papeletas, y para resultar elegido cada candidato ha de obtener dos tercios del número de senadores.

Como se puede apreciar, en España la tendencia en esta materia es la creación de un Consejo Superior de los Medios Audiovisuales, figura que ya existe en otros países, como es el caso de Francia.

En cuanto a la participación o actividad del Parlamento en la Televisión Española (TVE), este órgano emite los sábados, entre las 11:00 y 12:00 horas y también por canal internacional, la actualidad de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), así como el análisis de las leyes más importantes, un resumen de las preguntas más interesantes de la sesión de control del Ejecutivo, crónicas y reportajes de la actualidad del Parlamento Europeo con relación a España; también los diputados y senadores responden a preguntas, se dan los perfiles biográficos de los parlamentarios, y se realizan coloquios en los que, con la presencia de portavoces autorizados de todos los grupos parlamentarios, se analiza un tema de actualidad relacionado directamente con las leyes que están en trámite. El objetivo primordial del programa es divulgar e informar de la actividad parlamentaria a los ciudadanos, tratando de dar cabida, y de forma equilibrada e independiente, a las distintas posiciones de los grupos parlamentarios. Así, el papel que ha jugado el Parlamento español ha sido importante en la elaboración de la normatividad de medios de comunicación.

Sin embargo, en cuanto a la participación dentro del órgano colegiado RTVE y del propio canal de Televisión Española es reducida. Por ello,

y en esta última materia, considero que es notoria la necesidad de que las Cortes españolas cuenten con un mayor acceso a los canales de televisión o, incluso, tener un propio canal, como está ocurriendo recientemente en México. De esta forma, se podría contribuir a los pesos y contrapesos entre los poderes. Asimismo, fomentar y contribuir a un mayor pluralismo.

V. LA TELEVISIÓN Y LA ACTIVIDAD DEL CONGRESO MEXICANO

En el contexto mexicano, la presencia de los medios de comunicación está garantizada constitucionalmente en el artículo 6o., última parte, al señalar que "... el derecho a la información será garantizado por el Estado". Asimismo, se encuentra vigente la Ley Federal de Radio y Televisión (1970).

El 27 de septiembre de 1921 Agustín Flores y José Valdovinos lanzaron al aire, desde la ciudad de México, la primera transmisión oficial desde el recinto del Poder Legislativo. Posteriormente, el entonces presidente de la República, Álvaro Obregón, encargó a la Liga Central de Radio la redacción de una iniciativa de Ley, la cual fue aprobada en septiembre de 1923. Más adelante se dio la Ley para el Servicio de Practicaje en los puertos, ríos, canales, lagos y lagunas de la República, de 7 de enero de 1925, y posteriormente la Ley de Vías Generales de Comunicación de 30 de diciembre de 1939.

Rómulo O'Farrill obtuvo en 1950 la primera concesión televisiva. Con el sexenio del entonces presidente de la República, Luis Echeverría Álvarez (1970-1976), se inicia una época de apertura democrática al permitir proporcionar una información crítica. También se publica la Ley Federal de Radio y Televisión el 9 de enero de 1970, aún vigente. Sin embargo, según afirma Bonham,¹¹ la tolerancia de Echeverría frente a los críticos de las desigualdades e injusticias debe considerarse tácticamente perspicaz.

Al igual que su antecesor, el ex presidente de la República, José López Portillo (1976-1982), inicia su gobierno con una política informativa de apertura y, hacia finales de su mandato cierra los canales de comunicación a los críticos de su gestión.

11 Cfr. Bonham, Karin, *Medios de comunicación y sistemas informativos en México en los noventa*, trad. de Alejandro Zenker, México, CNCA, 1990.

Posteriormente, a partir de los años ochenta se han venido gestando cambios importantes, tendentes a obtener un mayor nivel de democracia tal como lo señala el artículo 3o. de la Constitución de 1917 vigente; es decir, hacia un sistema de vida donde participen activamente más sectores. Se afirma que durante dicha década, una de las pocas industrias que crecieron en Iberoamérica, incluso, considerada como la única en la que se realizaron grandes inversiones, fue la de la comunicación. Por ejemplo, México compró un satélite, las empresas televisivas abrieron enlaces mundiales, se manifestó un aumento en el número de antenas parabólicas y aparecieron los canales regionales de televisión.¹²

Al respecto, y sólo por citar un dato, en el estado de Veracruz, a finales de los años setenta o principios de los ochenta, se creó TV4 con la finalidad de proporcionar el servicio de Telebachillerato por las tardes; posteriormente, aunque se perdía un poco la imagen, se transmitieron programas culturales, así como información relativa sólo al Ejecutivo local y no sobre el Legislativo y el Judicial. A pesar de sus limitaciones, con ello se dio cierta pluralidad, porque antes los estados quedaban excluidos de la televisión, como afirma Barbero, supuestamente “nacional”.¹³ Es así como se iniciaron los primeros cambios durante el periodo de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988), por un lado, en la economía con la tendencia privatizadora y la apertura comercial, y por otro lado, con situaciones que no se desvinculan de los acontecimientos políticos y sociales que se presentarían durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994). Más adelante, la actitud de los medios de comunicación, como enlace entre los gobernados y los órganos estatales, ha ido en constante evolución. Muestra de ello es el aumento de programas informativos. En cuanto a los partidos políticos, se han realizado reformas encaminadas a lograr la equitativa distribución de tiempos oficiales concedidos en los medios de comunicación.¹⁴

De tal forma, en el reciente pasado mexicano hemos sido testigos de acontecimientos que en otros países ya se habían presentado con anterioridad. Asimismo, inició la era de los debates con relación a la candidatura

12 Cfr. Barbero, Jesús Martín, “La comunicación plural. Paradojas y desafíos”, *Nueva sociedad*, Chile, noviembre-diciembre de 1995.

13 Barbero, Jesús Martín, “La comunicación plural. Paradojas y desafíos”, *op. cit.*

14 Sobre los temas anteriores, consúltese Granados Chapa, Miguel Ángel, *Examen de la comunicación en México*, México, El Caballito, 1980, y Granados Chapa, Miguel Ángel, “1970-1976, un sexenio de comunicación”, *Connotaciones*, México, núm. 1, 1981.

presidencial de la República (1994-2000), en donde el doctor Ernesto Zedillo Ponce de León participó en el segundo de los debates.

El doctor Zedillo ha tratado de instituir una costumbre: la de informar periódicamente con el programa de radio "Pláticas del presidente" sobre el estado que guarda su administración y los problemas de relieve nacional e internacional. Bajo su gobierno, también se publicó la Ley Federal de Telecomunicaciones el 7 de junio de 1995, relativa al espectro radioeléctrico, redes de telecomunicaciones y comunicación vía satélite.

En materia de elecciones y debates, lo más reciente se ha presentado en la campaña electoral de este año (2000) respecto a la elección presidencial (2000-2006), en donde los medios de comunicación jugaron un gran papel, siendo parte insustituible del escenario político. En ese año, así como en los anteriores y los que vendrán, queda reafirmado que el político, en palabras del doctor Jorge Carpizo,¹⁵ requiere de los medios para crearse, que lo conozcan, para hacer llegar sus mensajes y sostener su popularidad como un profesional en los medios de comunicación.

En México, a pesar de los avances, podemos afirmar que existen vías jurídicas en el ámbito constitucional; sin embargo, se encuentran necesidades en materia de comunicación principalmente en la reglamentación. El texto actual y vigente de la Ley Federal de Radio y Televisión señala que las mismas constituyen una actividad de interés público y que el Estado deberá proteger y vigilar para que cumpla su función social (artículo 4o.). Como principios fundamentales, deben fortalecer las convicciones democráticas, contribuir a elevar el nivel cultural, cuidar la propiedad del idioma, entre otros (artículo 5o.).

Aunque no lo señala expresamente la Constitución, pero sí el artículo 8o. de dicha Ley, es de jurisdicción federal todo lo relativo a la radio y la televisión. Dicha Ley atribuye gran número de facultades a diversas secretarías de Estado que dependen directamente del Ejecutivo, por ejemplo, a la de Comunicaciones y Transportes, de Gobernación, de Educación Pública, y a la de Salubridad y Asistencia (artículos 9o., 10, 11 y 12). Dicha regulación establece centralismo en esta materia y es, al mismo tiempo, burocrática. En el artículo 30 establece un catálogo de cuáles son las causas por las que las concesiones caducan. Mientras que el artículo 46

15 Cfr. Carpizo, Jorge, "El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999.

establece la autoridad a la que le corresponde fijar el horario, de acuerdo con las posibilidades técnicas de utilización de los canales.

El artículo 55 contempla en qué casos no se pagarán las tarifas. En cuanto a la limitación de la programación, el artículo 58 menciona que se ejercerá en los términos de la Constitución y las leyes. El artículo 59 establece que las transmisiones gratuitas tendrán una duración hasta de 30 minutos al día, en las que se difundirán temas educativos, culturales y de orientación social. Un artículo importante, y con relación a la programación, es el 62, que establece que todas las estaciones de radio y televisión estarán obligadas a encadenarse cuando se trate de transmitir informaciones de trascendencia para la nación, pero esto a juicio de la Secretaría de Gobernación. Asimismo, en los artículos 63-66 de esta Ley se establece un amplio catálogo de los casos en que no se podrá transmitir la programación.

En los artículos 72, 73, 75 y 77 se señalan las obligaciones que deberá cumplir la programación, particularmente el respeto de los valores del país y realizar programas informativos.

Asimismo, se establece un Consejo Nacional de la Radio y la Televisión (CNRT), el cual depende de la Secretaría de Gobernación, y se integra con un representante de dicha Secretaría, que será su presidente, otro miembro de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, otro de la de Educación Pública, también de la de Salubridad y Asistencia, dos miembros de la industria de la radio y televisión y dos de los trabajadores (artículo 90). Dicho órgano depende directamente del Ejecutivo. Entre sus facultades se encuentran promover y organizar las emisiones que este último le ordene, así como conocer y dictaminar los asuntos (artículo 91).

Por todo lo anterior, nos encontramos que esta Ley no es adecuada para un Estado que pretende ser democrático y de derecho. Por ello, quizá sea preciso suprimir la dependencia del gobierno, que el nombramiento del presidente del CNRT lo realice el Congreso, que se trate de un órgano autónomo y que se establezca nuevamente no una Comisión en cada una de las Cámaras, sino una Comisión Bicameral para el control racional de dicho órgano autónomo.

Cabe señalar sobre este último aspecto que, con la nueva Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos del 3 de septiembre de 1999,¹⁶ no habrá Comisión de Radio Televisión y Cinemato-

¹⁶ Cfr. Cámara de Diputados, *Marco jurídico del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2000.

grafía (RTC), ni en la Cámara de Diputados ni en la de Senadores.¹⁷ Situación que resulta paradójica, ya que en la nueva Ley del Congreso, en su título quinto, denominado “De la difusión e información de las actividades del Congreso”, integrado por un capítulo único, establece que el Poder Legislativo hará la más amplia difusión de los actos a través de los cuales las Cámaras cumplan las funciones que la Constitución y la Ley les señalan (artículo 130). Para ello el Congreso, y de acuerdo con la legislación en la materia, contará con el canal de televisión que le asigne la autoridad competente, el canal 5 por cablevisión.

Dicho canal tiene por objeto reseñar y difundir la actividad legislativa y parlamentaria que corresponda a las responsabilidades de las Cámaras del Congreso y de la Comisión Permanente, así como contribuir a informar, analizar y discutir pública y ampliamente la situación de los problemas de la realidad nacional vinculadas con la actividad legislativa (artículo 131). Para la conducción de las actividades que desarrolla el canal, se constituye la Comisión Bicameral de dicho canal de televisión, integrada por tres diputados y tres senadores electos por el Pleno de cada Cámara, a propuesta de las respectivas Juntas de Coordinación Política.

La Comisión Bicameral informará al inicio de cada periodo ordinario de sesiones de cada Cámara sobre el desarrollo de las actividades del canal. Los coordinadores de los grupos parlamentarios de ambas Cámaras podrán solicitar al responsable del canal copia de las videograbaciones transmitidas. Y la organización y funcionamiento del canal se sujetarán a las disposiciones legales aplicables y a las reglamentarias específicas que al efecto dicte el Congreso, así como a las políticas internas de orden general y programas de trabajo que apruebe la Comisión Bicameral (artículo 132).

El 13 de junio de 2000 se dio el Acuerdo de la Comisión Bicameral del canal de televisión del Congreso, mediante el que se aprueba el Proyecto de Reglamento del canal de televisión.¹⁸ El canal tiene por objeto reseñar y difundir la actividad legislativa y parlamentaria que corresponda a las Cámaras del Congreso y de la Comisión Permanente, así como contribuir a informar, analizar y discutir pública y ampliamente la situación de los problemas de la realidad nacional vinculados con la actividad legislativa.

17 Cfr. Villanueva, Ernesto, “Fin a la Comisión de RTC”, *Revista Proceso*, México, núm. 1227, del 7 de mayo de 2000.

18 Cfr. *Acuerdo de la Comisión Bicameral del Canal de Televisión del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos por el que se aprueba el Proyecto de Reglamento del Canal de Televisión del propio Congreso*, México, Cámara de Diputados, del 13 de junio de 2000.

El canal es un órgano del Poder Legislativo y es de interés público al propiciar el derecho a la información, la libertad de expresión, el fomento de la democracia, entre otros. Entre sus principios y objetivos destacan colocar en el espacio público los intereses de la nación en el marco de la pluralidad democrática y la tolerancia; fomentar la difusión del análisis, discusión y debate de los problemas nacionales para fortalecer la opinión pública; contribuir al fortalecimiento educativo y cultural y fomentar el desarrollo de la cultura cívica y política en la sociedad; fomentar los valores humanos y sociales garantizados por la Constitución; fomentar un permanente debate político ciudadano sobre los temas que se aborden en el Congreso; coadyuvar a difundir el pensamiento, la cultura, las ciencias y las artes en sus variadas y plurales manifestaciones.

En cuanto al patrimonio y financiamiento del canal, éstos los integrarán las aportaciones o donativos autorizados por la Comisión Bicameral, así como los ingresos derivados de patrocinios, intercambio de servicios, tiempo al aire, programación y otros servicios prestados.

La conducción del canal está a cargo de la Comisión Bicameral y de la Dirección General. La primera será presidida por el diputado o senador electo de manera directa por los miembros que la constituyan, la misma será rotatoria cada seis meses, y para que las sesiones de la Comisión sean válidas se requiere la asistencia de cuando menos cuatro de sus miembros, mientras que sus decisiones se tomarán por mayoría de votos. En caso de empate el presidente de la Comisión tendrá voto de calidad.

La Comisión Bicameral se reunirá en sesión plenaria cuando menos una vez al mes. Le corresponde nombrar y remover al director general, quien durará en su cargo cuatro años y podrá ser reelecto por un periodo igual. Entre los requisitos para ocupar el cargo de director general se encuentra contar con amplia experiencia en el ramo de la televisión.

A la Comisión también le corresponde aprobar el organigrama general de organización, los manuales de operación y procedimientos; discutir, revisar y aprobar el anteproyecto de presupuesto anual del canal, mismo que deberá ser presentado a los órganos responsables de la administración de ambas Cámaras; aprobar, supervisar y evaluar los planes y programas anuales del canal propuestos por el director general; definir qué sesiones y plenarios, y qué reuniones de comisiones y comités de ambas Cámaras, u otros eventos, se transmitirán, así como cuáles se difunden en vivo y cuáles diferidas.

En lo tocante al Proyecto de Barra Programática del canal de televisión del Congreso,¹⁹ se contempla que éste transmitirá los 365 días del año, los 7 días de la semana, de las 9:00 horas a las 22:00 horas y, en el caso de que continúen las sesiones, la transmisión continuará. Habrá una programación básica, integrada por programas que den a conocer las actividades legislativas y parlamentarias; por ejemplo, transmisiones en vivo de las sesiones del Congreso, de la Cámara de Diputados, de la Cámara de Senadores, del Pleno de la Comisión Permanente, así como de los comités y comisiones del Senado. Y también habrá transmisiones diferidas respecto de los anteriores.

De igual forma, se transmitirán los actos protocolarios y los eventos especiales organizados por ambas Cámaras en vivo o diferidos. También habrá un noticiero legislativo; notas breves sobre temas culturales de promoción de valores, actividades y procesos legislativos; historia del Poder Legislativo en México; actividades de congresos o legislaturas locales del país; programas en donde participen los jóvenes; los parlamentos del mundo; cuáles son las nuevas iniciativas y las no aprobadas. Quizá lo más importante es que habrá una programación complementaria relativa a programas destinados a ampliar el conocimiento y la reflexión sobre la problemática nacional, propiciar la participación civil, fortalecer la opinión pública, elevar la conciencia ciudadana y/o difundir la ciencia y el arte.

Finalmente, considero que el canal del Congreso es o puede pretender ser una televisión pública en todos los sentidos. No se trata de programas sin interés, sino que los mismos buscan cumplir la función de informar, educar, entretener y contar, en consecuencia, con una gran audiencia.²⁰ Asimismo, lo principal sería que el canal del Congreso sea considerado totalmente como el canal de televisión pública, no en el 5 por cablevisión, sino que tenga cobertura nacional. De tal forma, nos encontraríamos que el proceso de democratización del espacio público en México bajo el contexto no sólo de una transición a la democracia, sino de una transición jurídica, exige abrir espacios y canales para la participación ciudadana.²¹

19 Cfr. *Proyecto de Barra Programática del canal de televisión del Congreso*, México, Secretaría Técnica de la Comisión Bicameral del Canal de Televisión del H. Congreso de la Unión, México, Cámara de Diputados, sin fecha de publicación.

20 Cfr. Bastida, Francisco, "Debate", *op. cit.*

21 Sobre participación ciudadana, y para ampliar este tema, consúltese Winocur, Rosalía, "Medios y participación ciudadana: problemas y desafíos", en Arredondo Ramírez, Vicente (coord.), *Una sociedad de ciudadanos: apuntes para una revolución ciudadana en México*, México, Instituto Mexicano de Estudios Sociales, 2000.

Cada día son más los poderes legislativos que buscan sus propios canales de comunicación.²² Con ello, y citando al maestro Bastida,²³ no sólo se reconocen constitucionalmente las libertades sustanciales de expresión e información, sino que también se tiene la libertad instrumental; es decir, el derecho a crear los medios para que ese ejercicio de las libertades sustanciales sea posible.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo de la Comisión Bicameral del Canal de Televisión del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos por el que se aprueba el Proyecto de Reglamento del Canal de Televisión del propio Congreso*, México, Cámara de Diputados, 13 de junio de 2000.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “El control parlamentario como control político”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 23, 1986.
- AVELEDO, Ramón Guillermo, “El Parlamento interactivo. Sociedad democrática, gobernabilidad y Parlamento hacia el siglo XXI”, *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 6, 1997.
- BARBERO, Jesús Martín, “La comunicación plural. Paradojas y desafíos”, *Nueva sociedad*, Chile, noviembre-diciembre de 1995.
- BASTIDA, Francisco, “Concentración de medios y pluralismo: ‘Acordes y desacuerdos’ entre pluralismo y mercado”, en esta obra, pp. 273-286.
- , “Debate”, *El régimen jurídico de la televisión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- , “Medios de comunicación social”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III.
- BONHAM, Karin, *Medios de comunicación y sistemas informativos en México en los noventa*, trad. de Alejandro Zenker, México, CNCA, 1990.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Marco jurídico del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2000.
- CARPIZO, Jorge, “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999.

22 Cfr. Avelado, Ramón Guillermo, “El Parlamento interactivo. Sociedad democrática, gobernabilidad y Parlamento hacia el siglo XXI”, *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, Madrid, núm. 6, 1997.

23 Cfr. Bastida, Francisco, “Concentración de medios y pluralismo: Acordes y desacuerdos entre pluralismo y mercado”, en esta obra, 10 pp.

- GONZÁLEZ MONTES, E., “Concentración”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. I.
- GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel, *Examen de la comunicación en México*, México, El Caballito, 1980.
- , “1970-1976, un sexenio de comunicación”, *Connotaciones*, México, núm. 1, 1981.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Pluralismo político”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. III.
- LLAMARES CALZADILLA, María Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Páginas de Internet: <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/123/2.htm>;
http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1620.html;
<http://www.congreso.es>; http://www.senado.es/info_g/index.html;
http://www.senado.es/procedimientos/conformacion/crtve/text_descripcion.html; <http://www.rtve.es/tve/informa/parlamen/index.htm>
- Proyecto de Barra Programática del canal de televisión del Congreso*, México, Secretaría Técnica de la Comisión Bicameral del Canal de Televisión del H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, sin fecha de publicación.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, ts. I y II.
- RUBIO LORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- SALAZAR, Diego Renato, *Diccionario de derecho político y constitucional*, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 1987.
- SIERRA, Lucas, “Pluralismo y comunicación social: libertad de expresión y dos conceptos de libertad”, *Revista de Derecho. Problemas éticos cruciales del derecho contemporáneo*, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, agosto de 1997.
- VILLANUEVA, Ernesto, “Fin a la Comisión de RTC”, *Proceso*, México, núm. 1227, 7 de mayo de 2000.
- WINOCUR, Rosalía, “Medios y participación ciudadana: problemas y desafíos”, en Arredondo Ramírez, Vicente (coord.), *Una sociedad de ciudadanos: apuntes para una revolución ciudadana en México*, México, Instituto Mexicano de Estudios Sociales, 2000.

**DERECHO DE LA INFORMACIÓN
E INTERNET**

DERECHO DE LA INFORMACIÓN E INTERNET

Álvaro DÁVILA PEÑA

SUMARIO: I. *Internet*. II. *Servicio universal*. III. *Derecho a la información*.

I. INTERNET

1. *Historia*

Hace algunos años las redes de comunicaciones y la informática eran ya utilizadas para la venta al por mayor entre empresas; la venta al por menor al particular así como algunas transacciones financieras.

En materia financiera se creó el sistema de tarjetas de crédito, el cual desarrolló el comercio tradicional, la transferencia electrónica de fondos y a mediados de 1970 se introdujeron los cajeros automáticos que actualmente han creado su propia red internacional de transferencia de dinero en efectivo.

En Estados Unidos a mediados de 1980 se incorporó la televisión por cable que abrió al público la posibilidad de comprar a domicilio una serie de canales cuyo pedido se solicitaba por teléfono, siendo éste el presagio de las ventas al por menor que el Internet desarrollaría más adelante, ya que no era necesario crear un establecimiento de venta real y era el consumidor el encargado de escoger el producto deseado.

En Francia, France Télécom, creó el servicio de Minitel, clasificado en diferentes ocasiones como un servicio “videotex”, en donde la sucursal Teletel de la empresa ofrecía gratuitamente a todos los abonados de France Télécom terminales de texto interactivo, sustituyendo así las guías telefónicas tradicionales, puesto que inicialmente la información disponible en dicho sistema eran las listas básicas de domicilios privados y comerciales, posteriormente se incluyeron funciones de pago, entretenimiento, publicidad, y otros servicios que más tarde Internet suministró con mayor calidad. Este

servicio indujo a los demás países a crear servicios de información como el videotex para lograr una mayor competitividad.

Sin embargo, la aparición de tiempo compartido de computadora y el nacimiento de los computadores personales fueron los que sentaron las bases para los principios de interconexión, intercambio de datos y en general todo el sistema denominado "cliente-servidor"; desde el punto de vista de las telecomunicaciones, la digitalización paralela y más tarde la conmutación por paquetes permitieron la transmisión rápida y fiable de datos por líneas privadas y luego por la red pública conmutada. Posteriormente se evolucionó en la conversión de protocolos y la tecnología de módem, lo que permite aumentar la velocidad de transmisión de 300 a 56,800 bits por segundo, velocidad en la cual es posible transferir texto, audio, gráficos e incluso video de baja resolución en tiempo real por redes telefónicas públicas. Los conceptores de soporte lógico desempeñaron un papel clave en la creación de plataformas de interconexión de redes (especialmente UNIX y TCP/IP) así como de interfaces gráficos en el caso de Apple Computer y más tarde el sistema de explotación Windows de Microsoft, los cuales permitieron la comunicación interactiva al alcance del usuario.

Las aplicaciones de estos adelantos, en un principio, se dieron en redes de datos de empresa de alto nivel y de investigación, después se extendieron a público especializado y finalmente se difundieron masivamente a todo el público.

El servicio de red Compuserve con sede en Estados Unidos empezó como un servicio de tiempo compartido para usuarios comerciales en 1969 y pasó a ofrecer el acceso por suscripción al público en 1979, con su propia versión de los servicios videotex y de correo electrónico en un sistema cerrado. Pronto apareció competencia con Prodigy (inicialmente Twixtel), ofreciendo un servicio en línea explícitamente comercial, entre sus fundadores figuraban la IBM, que encontró una gran oportunidad para vender sus computadores personales y Sears, cuya estrategia consideraba la publicidad y la venta en línea como la oportunidad clave del mercado, por oposición al cobro de un abono (por esto, tradicionalmente se ha considerado a la empresa Sears como la principal vendedora por catálogo de los Estados Unidos debido a que fue la pionera adelantándose al futuro de los servicios de la venta al detalle por Internet).

El éxito de Compuserve y de Prodigy terminó siendo utilizado por la empresa prestadora de servicios informáticos telefónicos en Estados Uni-

dos “America On Line” (AOL) la cual además, proporcionaba una combinación de servicios propios de información y entretenimiento a tarifa básica y con recargo, un amplio sistema de venta en línea y correo electrónico interno.

Orígenes inmediatos

Como anteriormente se explicó, Internet no comenzó como un medio comercial. Fue lanzado como proyecto de investigación por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos en 1969, la ARPAnet original enlazaba ciertos sitios de empresas, de la universidad y del Estado en una red informatizada. La National Science Foundation (NSFNET) amplió esta red convirtiéndola en un sistema más amplio orientado a la investigación, que gradualmente se fue extendiendo a una cantidad cada vez mayor de usuarios privados. En estos años de formación cuando las características que la definían eran Telnet, FTP, Usenet, Gopher y un correo electrónico privado, la mayoría de los usuarios de Internet defendieron el estatuto no comercial de Internet.

A partir de 1990, los investigadores del Centro Europeo de Investigación Nuclear de Ginebra (CERN) concibieron los protocolos de conexión de hipertexto e interfaz gráfica de la World Wide Web, fundamentalmente superpuesta a Internet, con el objeto de mejorar el tiempo compartido de los datos resultantes de las investigaciones. A fines de 1993 el National Center for Supercomputing Applications (NCSA) hizo público el primer buscador integrado de la Web, Mosaic. El *conceptor* de *Mosaic* pasó pronto a crear el primer navegador independiente (comercial) de la Web, Netscape.

Entre 1990 y 1997 el número de computadores conectados con Internet pasó de 180,000 a más de 18 millones, siendo un aumento del 10,000% y los usuarios de Internet aumentaron de 1 millón a más de 70 millones en el mundo, crecimiento que actualmente sigue aumentando. El Internet actualmente es un medio predominantemente comercial ya que la gran mayoría de usuarios se remiten a la categoría .com mucho más que a las otras categorías como .net o .edu, etcétera, esta repentina transformación demuestra las inmensas ventajas económicas que el comercio por la Web permite obtener.

El Internet permite la globalización, el acceso a gran velocidad y bajo costo, la información ilimitada e interactividad multimedios a la masa de consumidores y de empresas.

2. Comercio electrónico

Al convertirse Internet en un medio mayoritariamente enfocado en el comercio electrónico vale la pena hablar sobre ciertas categorías de actividades comerciales contenidas en Internet. Estas categorías son:

A. *Servicios de acceso a Internet, en línea y telefónicos por abono y por uso*

Es el acceso a la utilización de las telecomunicaciones propiamente dichas facilitando las demás formas de comercio electrónico.

B. *Venta de soporte lógico y servicios de información por abono o transacción*

La información es el servicio que las redes de comunicación pueden prestar más fácilmente, la mayoría de la información que existe en Internet está disponible gratuitamente; por ejemplo, las versiones en línea de diarios, revistas, informes e incluso programas informáticos está a disposición del público, aunque se han hecho varios intentos de introducir el abono en sitios de información popular lo que no ha tenido éxito. Por otra parte, la venta directa en línea de programas informáticos para empresas y particulares, informes especializados y otro contenido de alto nivel es un negocio viable que probablemente aumentará con rapidez. Este servicio de información tiene la ventaja que desde su comercialización pasando por su pedido, su entrega y su pago se puede hacer a través de la línea. El producto final es la información o el programa informático propiamente dicho y recibido en formato electrónico, de modo que no hay gastos fijos, gastos de expedición y principalmente las escasas posibilidades de localizar, regular, cobrar impuestos o controlar de alguna manera las transacciones desde el exterior.

C. *Venta directa al consumidor*

Existen numerosos centros comerciales en Internet que enlazan al comprador con todo tipo de productos ofreciendo el proceso de la transacción. Otro fenómeno popular innovador es la subasta en línea, presta-

do por empresas como eBay.com, o la prestación de servicios nuevos como la librería virtual Amazon.com.

D. *Servicios y ventas al por mayor y al por menor entre empresas*

Los productos y servicios comerciales obtenidos electrónicamente al por menor comprenden el soporte físico y lógico informático, los suministros de oficina, los servicios de viajes, los servicios de pago de nóminas y prestaciones y la información y las bases de datos especializadas. Además, los fabricantes están aprovechando las fuentes en línea de insumos y suministros al por mayor, lo que amplía las posibles opciones de compra, por ejemplo, a través de agentes o subastas en línea.

E. *Servicios de publicidad y comercialización*

Las posibilidades que ofrece la publicidad como fuente de ingresos depende del número de personas a que llega y la naturaleza ampliamente descentralizada de Internet significa que solamente ciertos sitios en Internet reciben el tráfico suficiente para justificar un gasto importante en publicidad, los navegadores son un ejemplo. Sin embargo, se han dado especialistas en publicidad, por ejemplo Doubleclick.net, que es un agente de publicidad que funciona enlazando a los anunciantes con sitios en la Web de gran tráfico y ofreciendo servicios avanzados de selección de clientela, seguimiento y retroinformación. Otro nuevo concepto de comercialización por Internet es la tecnología de empujón *push* el cual supone la telecarga automática y regular de información y páginas de la Web especificadas por el usuario, son servicios integrados y personalizados que se parecen a un diario, son vehículos que ya están maduros para la comercialización y la publicidad de masa y muchos piensan que crecerá su volumen en un futuro cercano.

F. *Transacciones y servicios financieros*

Como ya se dijo, el suministro electrónico de servicios financieros es anterior a Internet, la transferencia electrónica de fondos (EFT), cajeros automáticos y tarjetas de crédito, pero se están prestando en Internet nuevos servicios como el servicio de corretaje, la inversión directa en bolsa,

la negociación de valores en línea, y varias formas de pago de facturas y operaciones bancarias. Un ejemplo es E-trade en donde hay negociación de valores directa y por agente de bolsa en Internet.

G. Información y servicios del Estado

Los órganos estatales deben aprovechar las ventajas tecnológicas para lograr sus fines, con el mejoramiento del suministro de la información pública lograrán una mayor transparencia en su gestión y cumplirán con la obligación que la mayoría de ellos tiene de dar información pública (la que expresamente no esté sujeta a reserva, o no contraría los fines estatales o perjudique el progreso de un proceso, etcétera) a la persona que la solicite, y además de ser más eficiente y rápido, reduciría los gastos evitando la dilapidación de los bienes del Estado que generalmente se ve en los gobiernos de países como los nuestros en donde la corrupción y la ineficiencia son una de las causas que impiden el desarrollo del país.

H. Funciones auxiliares que contribuyen a las actividades económicas y comerciales

Estas actividades no suponen transacciones ni servicios en línea, pero comprenden elementos de prácticas comerciales tradicionales combinados con la utilización de telecomunicaciones avanzadas, el mejor ejemplo es el correo electrónico, un medio virtual que suplanta la correspondencia tradicional o la transferencia de ficheros que reemplazan los servicios postales.

3. Ventajas del comercio electrónico para países latinoamericanos

- A. Aminora la desigualdad en el ámbito internacional de las economías grandes y de las pequeñas.
- B. Integra segmentos más amplios de la población en la economía estatal.
- C. Permite que el crecimiento de la población sea instruida con mecanismos como la teleeducación, la telemedicina y la democracia electrónica.
- D. Los productos y servicios indígenas tendrían posibilidad de conocimiento y distribución tanto nacional como internacionalmente, con una notable reducción de costos.

- E. La concepción de soporte lógico y de servicios de información se puede efectuar prácticamente en cualquier lugar, porque factores como los recursos humanos, el tamaño de la población, las economías de escala y el capital para la inversión pierden importancia en comparación con las aptitudes y la creatividad intelectuales.
 - F. Pierden importancia la localización, proximidad con las personas y las rutas de tránsito, aumentando las posibilidades de compensar el desequilibrio comercial.
 - G. Equilibra las oportunidades entre empresas grandes y empresas pequeñas.
4. *Desventajas del comercio electrónico para países latinoamericanos*
- A. Existe todavía el riesgo real de que el comercio electrónico mundial pueda incrementar las diferencias entre las economías de los países ricos y los pobres.
 - B. El incremento de las diferencias sociales por las oportunidades que algunos obtendrán y otros no.
 - C. Como es posible que se abra una ventana para que nuestros países compitan con los países desarrollados, es también factible que esa ventana se cierre cuando las economías más prósperas y tecnológicamente avanzadas pasen a dominar las ventajas de Internet en el mundo.
 - D. Debido a que Internet ha aparecido y ha tenido mayor auge en países desarrollados, los gobiernos de los países menos desarrollados pueden sentirse excluidos del proceso a escala industrial y de política.
 - E. Los países desarrollados poseen ya la infraestructura de comunicaciones, el acceso a recursos técnicos y el capital para hacer una inversión mucho mayor que los países menos desarrollados.
 - F. La política de mercado abierto que generalmente tienen los países desarrollados, facilita el desarrollo del comercio electrónico y la actividad empresarial sin restricciones, y no sucede como en nuestros países en donde todavía existen monopolios estatales, restricciones a la competencia y barreras comerciales.

5. *Posibles soluciones*

- A. El acceso a la información y a los servicios de telecomunicaciones, así como al teléfono y al soporte lógico y físico informático de la mayoría de la población y no sólo de una pequeña fracción.
- B. Apertura de mercados tradicionalmente restringidos y reducción de las barreras comerciales internacionales.
- C. Aumento del capital para inversión, especialmente en monedas convertibles para comprar equipo e infraestructura.
- D. Más educación para la formación profesional en especialidades relacionadas con la tecnología.
- E. La obtención de estabilidad, apertura y compatibilidad en las instituciones económicas, legales y políticas para promover un clima de inversión y comercio que suponga un bajo riesgo.
- F. La creación de una infraestructura adecuada de tecnología de información y telecomunicaciones.
- G. Finalmente, se debe tener en cuenta que existen elementos de carácter económico, social y cultural en cada nación que deben considerarse para la creación de las políticas relacionadas con este tema.

II. SERVICIO UNIVERSAL

1. *Antecedentes*

Tradicionalmente la política de servicio universal ha tenido el objetivo de suministrar la comunicación telefónica (vocal) básica a un mayor número de personas en un mayor número de lugares, esto, anteriormente era justificado por el mantenimiento del monopolio estatal del servicio telefónico, partiendo de los siguientes supuestos:

A. Las zonas de servicios rurales o pobres no eran atractivas para los operadores privados que buscaban un buen mercado;

B. La necesidad de subvenciones cruzadas amplias para financiar la prestación del servicio universal con los beneficios de los servicios urbanos, comerciales e internacionales obtenidos por el monopolio.

Más tarde esta concepción del servicio universal cambió, se podría decir que una de las causas que modificó tan radicalmente este pensamiento fue que los monopolios estatales no han mejorado el acceso al ser-

vicio telefónico, porque como bien se sabe, los problemas de ineficiencia, corrupción y mala gestión unidos a la escasez de recursos técnicos y económicos no permitieron su correcta y progresiva prestación. Paralelamente, la nueva tecnología como el bucle local inalámbrico, las tarjetas inteligentes o la telefonía por satélite, sumado al crecimiento y diversificación del mercado ha despertado el interés de empresas privadas de crear servicios telefónicos basados en el mercado, y económicamente viables para las poblaciones de escasos recursos y alejadas de la urbe.

Debido a estas razones, la política de servicio universal encuentra respaldo en la liberalización de mercados, e incluso podría llegar a complementarla. Aunque las subvenciones cruzadas siguen existiendo, éstas se han convertido en un mecanismo de financiación indirecta para favorecer el desarrollo del mercado y ya no como una distorsión interna de recursos y precios.

2. *Servicio universal y comercio electrónico*

Desde este nuevo enfoque de la concepción del servicio universal, se da un nuevo avance tecnológico, Internet y por consiguiente el e-commerce, este revolucionario sistema entra aportando un nuevo sentido a las políticas vigentes hasta el momento sobre el servicio universal.

Al ser el comercio electrónico facilitador de la compra por el consumidor, la comercialización en masa, las transacciones financieras, la información y el entretenimiento en línea, y los servicios estatales, los beneficios económicos aumentan ya que la conectividad por estas redes será más inmediata y transparente, lo que producirá un aumento tanto en la oferta como en la demanda de los servicios de Internet, todo esto debido a la posibilidad que tendrá el consumidor de adquirir productos y servicios de manera eficaz por medios electrónicos, economizando tiempo y gastos de transporte y de transacción que el comercio tradicional implicaba, además tendrán acceso a más información a un menor precio; por lo tanto, las economías de telecomunicaciones deben invertir traducirse en una capacidad o voluntad mayor de pagar el acceso a este tipo de comercio.

En la medida en que evolucione la industria del comercio electrónico, aparecerán nuevas personas dispuestas a intervenir en el sector de las telecomunicaciones con objeto de acelerar el progreso del servicio universal.

Existen diversos antecedentes que explican la subvención de acceso en distintos sectores comerciales, por ejemplo:

- A. Los operadores del servicio celular suelen ofrecer teléfonos gratuitos o baratos (suministrados por fabricantes independientes) a los clientes a cambio de que éstos se comprometan a abonarse a su servicio.
- B. Los editores de revistas y periódicos especializados regalan a menudo suscripciones para aumentar el número de lectores, proporcionando la infraestructura de la publicación a los usuarios finales como medio para relacionarlos con los anunciantes que los financian.
- C. En la industria de la radiodifusión de televisión, actualmente la industria publicitaria incide como medio para maximizar la demanda y el acceso de consumidores a otro tipo de productos y servicios.

Teniendo esto en cuenta, el comercio electrónico podría concebir una estrategia parecida en la que el acceso universal a medios de comunicación avanzada como éste, esté subvencionado por abastecedores comerciales de productos y de servicios de consumo. Y no solo eso, la demanda del consumidor de acceso a los mismos abastecedores comerciales podría llegar a aumentar los ingresos para financiar el mejoramiento y la expansión de la red, multiplicando así los incentivos para la inversión en la red (sería una estrategia parecida a la de la televisión por cable en donde ésta es financiada por el abonado).

Lo anterior hace necesaria una nueva evaluación del concepto de servicio universal, pues se podría considerar a Internet como el mejor mecanismo para lograr que productos, bienes y servicios sean suministrados a un mayor número de personas hasta en los lugares más remotos.

Con lo antes expuesto es notorio que el servicio telefónico vocal básico pierde la importancia que tenía para la correcta prestación del servicio universal, y es reemplazada por Internet. Durante años, el servicio telefónico básico representaba la penetración telefónica en el mundo, medida por el número y porcentaje de líneas o por la distancia entre el asentamiento rural y el teléfono más cercano, con el Internet la comunicación de datos traducidos en texto, gráficos, sonido, etcétera. Incluida la voz sobre datos lo que mejora de manera significativa el sistema anterior, pues además de incluirlo, presenta nuevas formas, por ello la industria de las telecomunicaciones está sufriendo una transición entre las arquitecturas de las redes basadas en la telefonía a las arquitecturas basadas en los datos.

3. *¿Cómo adoptar esta nueva tecnología a favor del servicio universal?*

Lo primero es determinar cuáles son los verdaderos beneficios de la comunicación universal para todos los sectores de la población, especialmente para las poblaciones subdesarrolladas, pobres y rurales.

¿Las ventajas y beneficios aumentarán con las nuevas opciones de comunicación como el correo electrónico, los quioscos de información pública, la teleducación, la telemedicina y el comercio electrónico? En un mundo ideal no sería necesario elegir porque las nuevas tecnologías aumentarían y mejorarían la telefonía vocal básica, pero hay muchos sectores en los cuales por lo menos la prioridad, cuando no el elemento principal, de la financiación y la realización del servicio universal pueden entrañar una negociación entre el establecimiento del acceso mínimo a la red vocal y la conectividad digital con todas sus características. Por lo que se deben evaluar estas dos opciones y reconsiderar la opinión internacional sobre los objetivos del servicio universal.

Para que la tecnología pueda ser utilizada por las poblaciones rurales, de bajos ingresos o por cualquier sector en que sea desatendida, éstos deben entender la manera de utilizarla, comprender las ventajas comerciales y personales del comercio electrónico y las distintas maneras en que dicho sistema puede contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad. Entonces, no sólo la nueva política de servicio universal debe centrarse en los avances tecnológicos sino que debe detenerse en educar al consumidor.

4. *Ampliación de servicios*

El carácter y la economía cambiantes del servicio universal conducen a una necesaria ampliación de las opciones técnicas y de mercado para el suministro de los nuevos tipos de acceso que se necesitan, para ello es necesario incrementar las políticas abiertas del mercado en donde la participación de los diferentes países en el sector de las telecomunicaciones permitirá la globalización de este servicio universal.

Con el aumento en la demanda de una opción tecnológica determinada, muchas empresas estarán dispuestas a satisfacerla, en el caso de los servicios de acceso y transmisión de datos de que depende la conectividad del público con Internet, esas tecnologías pueden ser aportadas por

proveedores de la red distintos de los tradicionales operadores de la RTPC, por ejemplo:

- A. Los proveedores independientes de la red de datos pueden constituir una inversión atractiva y viable en el mercado de casi todos los países o regiones porque utilizan tecnologías inalámbricas terrenales o radioeléctricas (por ejemplo, VSAT) para conectar directamente a los usuarios con los servicios, las bases de datos y los proveedores de información de la red medular de Internet y de otras redes.
- B. Los operadores de televisión por cable pueden proporcionar el acceso a gran velocidad a Internet y con equipo y mejoras adicionales, podrán ofrecer también servicios completos en dos sentidos. La capacidad y la calidad de las señales para recepción de televisión con antena colectiva hace de estos sistemas un candidato ideal para perseguir los objetivos del comercio electrónico, como llevan años haciéndolo con los canales de telecompra.
- C. Las tecnologías inalámbricas empiezan a ofrecer el acceso y transmisión digitales. Hay nuevas tarjetas módem que permiten conectar el acceso directo a la red inalámbrica con redes inalámbricas fijas o celulares para el correo electrónico, Internet y otros servicios de transmisión de datos a través de computadoras personales o portátiles.
- D. Se procede en muchos casos a mejorar las redes de servicios como la energía eléctrica para incluir servicios de transmisión de datos. A menudo, estos sistemas comprenden ya redes de comunicación internas, para efectos de supervisión y el creciente mercado de acceso del consumidor a Internet y a datos, crea la posibilidad de potenciar estas redes aprovechando la servidumbre de paso correspondiente para prestar estos servicios.

En consecuencia, la constante transformación y evolución de los servicios prestados por las empresas de telecomunicaciones contribuye notablemente al aumento de las posibilidades de cumplir cabalmente con los objetivos del servicio universal, y debido a la convergencia de las tecnologías de distribución así como de los medios de comunicación multiplicará oportunidades y alcance en las redes. La política y la regulación del sector de las telecomunicaciones debe seguir lo más abierta posible a la configuración cambiante de abastecimiento de todos los servicios que empiezan a estar disponibles.

5. *Cambio de las iniciativas nacionales por las iniciativas locales*

La política del servicio universal era eminentemente nacional debido a que se partía del supuesto de que las comunidades locales no disponían de los recursos para sufragar por su cuenta las redes de telecomunicaciones, necesitando un apoyo central consistente en las anteriormente mencionadas subvenciones cruzadas y políticas públicas expresas.

Actualmente se está dando un cambio en este sentido debido a las nuevas opciones de la comunicación local y a las perspectivas económicas favorecidas por las nuevas tecnologías y aplicaciones; es de concluir que una porción creciente del suministro de servicios de acceso a las telecomunicaciones se podrá administrar mejor en un plano local.

Los empresarios, subcontratistas, concesionarios e instituciones públicas locales pueden prestar servicios como el acceso a la red telefónica básica; la instalación, mantenimiento y reparación de las instalaciones locales; la facturación y cobro de los servicios telefónicos; el servicio de mensajería y correo vocal; ser representantes de servicio y venta de telefonía móvil y radiobúsqueda; servicios de acceso a Internet, incluyendo el servicio de correo electrónico; la ayuda e información al usuario de Internet; creación de sitios Web para comerciantes y concepción de publicidad, programación y conexión con Internet o la venta, alquiler, instalación y mantenimiento de computadoras y equipo.

La implementación de estos servicios a nivel local lograría dar un acceso mayor a los servicios con un apoyo eficaz en su utilización, estimulando el crecimiento del comercio local en las especialidades de tecnología de la información y comunicaciones.

Al ser una propuesta totalmente innovadora, en muchos casos puede suceder que los particulares no dispongan de los recursos o de la experiencia suficiente para prestar dichos servicios por cuenta propia, sobre todo si son proyectos grandes, por lo tanto deben ser apoyados por organismos como las universidades, las entidades estatales, las ONG, las grandes empresas del sector privado como las compañías telefónicas, en fin, por cualquier persona que pueda darles un apoyo económico, educativo o logístico mientras las operaciones locales adquieran alguna autonomía.

6. *Colombia*

Actualmente en Colombia se adelanta un programa de Internet social que nace gracias al deseo del gobierno nacional de aumentar la infraes-

estructura para la prestación del servicio de Internet y masificar el uso del mismo.

Los objetivos del Programa de Centros de Acceso Comunitario a Internet son:

- A. Promover el uso de Internet a través del establecimiento de Centros Piloto de Acceso Comunitario para la población de escasos recursos en todas las capitales departamentales y en aquellas ciudades con población superior a los 40,000 habitantes.
- B. Ampliar la infraestructura para la prestación del servicio de acceso local conmutado a Internet.

Las estrategias del Programa de Centros de Acceso Comunitario a Internet son:

- A. Promover la vinculación de operadores (nuevos y ya establecidos) para desarrollar los servicios de telefonía domiciliaria en las zonas rurales.
- B. Incentivar planes de negocios en los que se complementen los costos de inversión, operación y mantenimiento asociados con la prestación del servicio, en lugar de financiar compra de equipos.
- C. Utilizar eficientemente la infraestructura instalada en el territorio nacional.
- D. Sentar las bases para desarrollos posteriores de otros servicios de telecomunicaciones.
- E. Promover la adopción de tecnologías adecuadas para prestar los servicios requeridos.
- F. Fomentar la eficiencia en la operación de los servicios de telecomunicaciones.

La prioridad es incrementar la cobertura de Internet a lo largo del territorio nacional, enfocándose principalmente en las poblaciones de los estratos bajos. Para esto, se establecerán 97 centros piloto de acceso comunitarios a Internet en 88 ciudades, entre las cuales están todas las capitales departamentales y aquellas ciudades que cuentan con población superior a 40,000 habitantes. También extenderá este servicio a las capitales departamentales y ciudades con población superior a 40,000 habitantes que no cuenten con el servicio de Internet. En los casos de las ciudades con población mayor a 500,000 habitantes se establecerán como mínimo dos centros de acceso y en Santa Fe de Bogotá como mínimo cuatro.

Este programa se desarrollará por medio de una licitación a nivel nacional que tendrá por objeto la selección de un operador que instale, administre, opere y mantenga Centros de Acceso Comunitario a Internet en todos los lugares anteriormente mencionados y se establezca como proveedor de Internet en aquellas donde en la actualidad no existe este servicio.

III. DERECHO A LA INFORMACIÓN

1. *Marco constitucional colombiano*

La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 20 la libertad de expresión e información.

Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Éstos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Este artículo se relaciona con otros temas regulados por la misma norma los cuales establecen las siguientes disposiciones:

Artículo 73: La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional.

Artículo 74: Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

El secreto profesional es inviolable.

Artículo 75: El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Artículo 76: La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en el inciso anterior.

Artículo 77: La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una junta directiva integrada por cinco miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán periodo fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión.

La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

PAR: Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores.

Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

2. *Jurisprudencia colombiana*

La Corte Constitucional colombiana ha dicho al respecto:

La libertad de información se constituye en un derecho fundamental cuyo ejercicio goza de protección jurídica y a la vez implica obligaciones y responsabilidades. Es pues un derecho-deber, esto es, un derecho no absoluto sino que tiene una carga que condiciona su realización. Para el usuario o receptor de la información, la plena realización de su derecho constitucional fundamental se garantiza en la medida en que la información reúna tres requerimientos: que ella sea cierta, objetiva y oportuna. El de la información es un derecho de doble vía, en cuanto no está contemplado en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posi-

bilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, las normas constitucionales tienden a calificar cuales son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas. Una información falsa, tendenciosa o inoportuna, o una violación de la intimidad y la honra de una persona, no constituyen pues una manifestación de la libertad de expresión sino justamente lo contrario: una violación, un abuso, de la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información y de expresión encuentra deberes correlativos. Por tanto tal derecho no es absoluto sino que tiene cargas que debe soportar.¹

En cuanto al derecho de información aplicado específicamente a Internet, la Constitución nacional y en general la legislación no lo regula. Esto no implica que exista un vacío normativo en la legislación colombiana como algunos podrían argumentar, ya que debido al constante avance y transformación de este nuevo fenómeno tecnológico se podría pensar que es mejor no adoptar un marco legal estático sino seguir el ejemplo mundial de la autorregulación basándose en los principios generales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia.

3. *Autorregulación*

La autorregulación y buenos modales cibernéticos: Internet se caracteriza por crear normas voluntarias estándar, esto es, al no existir una normatividad propiamente dicha, los participantes determinan de manera espontánea las normas a las cuales se someterán, por ejemplo, la NSFnet ha establecido algunas políticas de uso aceptable que estipulan las reglas de uso aplicable a la red, o cuando se lleve a cabo un foro de discusión en Internet casi siempre sus fundadores establecen algunas reglas voluntarias de autorregulación que los participantes deberán cumplir.

La inobservancia de las reglas de autorregulación tienen poder, ya que de no cumplirlas el participante puede ser sancionado o quedar excluido del grupo al cual le interesa pertenecer, todas estas reglas provienen de la comunidad y se aplican exclusivamente a sus miembros. Estas reglas pueden también integrarse a la normatividad vigente de cualquier

¹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-003/93. M. P., doctor Martínez Caballero, Alejandro, del 8 de febrero de 1993.

país, o al ser la costumbre fuente de derecho podrían tener relevancia las prácticas comunes en la red o en un foro específico.

También se ha establecido la práctica de ciertos modales en Internet, buenos cybermodales, que no tienen codificación oficial y están en constante evolución.

4. *Propiedad intelectual en Internet*

La propiedad intelectual (PI) abarca los derechos legalmente protegidos sobre los productos intelectuales, e incluye invenciones útiles, diseños novedosos, obras creativas, símbolos de origen o de auspicio, información comercial no pública y otros aspectos similares. Sin embargo, las ideas abstractas generalmente no están protegidas como PI. La propiedad intelectual comprende las patentes, los derechos de autor, las marcas registradas, la presentación comercial y los secretos comerciales. En los países industrializados y en un número creciente de países en desarrollo, los propietarios de derechos de la PI de distintos tipos gozan de limitados y definidos derechos exclusivos para fabricar, utilizar, vender, copiar, distribuir y/o registrar sus invenciones o creaciones.

Los derechos de propiedad intelectual son los que tiene el autor de un trabajo para autorizar o prohibir su uso, en Europa continental se usa el término de derechos de autor y en los países anglosajones se habla de *copyright*.

En Internet se aplica este derecho como en cualquier otra parte ya que contiene textos, imágenes, gráficos, software, etcétera, el cual debe ser igualmente protegido.

Al no existir un organismo o autoridad competente en Internet que pueda rastrear copias ilegales, cualquier trabajo en la red puede ser copiado y distribuido internacionalmente en segundos sin que se pueda evitar.

Tradicionalmente se han estipulado dos requerimientos para la correcta protección de un trabajo:

- A. El trabajo debe ser creado en su totalidad por el ingenio del autor.
- B. El trabajo debe estar de manera fija en un medio de expresión tangible (Estados Unidos y Canadá); o el autor debe haber dejado una marca de su personalidad en el trabajo al distribuirlo en cierta forma (Europa continental).

En Internet se protegen los siguientes trabajos suponiendo que cumplen con los requerimientos tradicionales:

- A. *Trabajos escritos*: como el correo electrónico y los archivos anejados a él, los artículos colocados en los servidores FTP o Web, y los que están integrados a una base de datos.
- B. *Trabajos musicales o audiovisuales*.
- C. *Imágenes*: pueden ser dos, las creadas por una computadora y las producidas por un medio de digitalización, la reproducción de éstas puede constituir una vulneración al derecho de propiedad, aunque para el segundo caso si se ha puesto suficiente creatividad en el proceso de digitalización se creará un nuevo trabajo protegido por derechos de autor.
- D. *Software*: está protegido por los derechos de propiedad intelectual, en países como Canadá el *software* constituye una nueva categoría de trabajo, la legislación lo asimila con una categoría preexistente. La Corte respecto al tema, en el caso Lotus Development Corporation contra Borland International Inc. se pronunció y estableció que la protección a los derechos de autor se extiende incluso a los aspectos no literales de los programas de cómputo. Esto presenta problemas, ya que aunque la estructura del menú de un programa, la forma en que está organizado y las iniciales de los comandos sean protegidos por este derecho, existen elementos que no lo están, por ejemplo en el caso *Apple Computer Inc. contra Microsoft Corp.* La Corte reglamentó que las ventanas utilizadas en los sistemas *Apple* no están protegidas por sí solas, quedando solamente protegida contra reproducciones que sean virtualmente idénticas. En Europa los programas de cómputo son protegidos como si fueran trabajos literarios. La protección al *software* es amplia en países como Estados Unidos, Canadá y Europa que incluso restringe sustancialmente ciertos usos del software en la red.
- E. *Bases de datos*: en su gran mayoría, Internet contiene bases de datos en línea convencionales disponibles por Telnet o bases de datos en línea compuestas con páginas Web y los elementos que incorporan. El autor tiene derechos económicos y en algunos casos morales y es necesaria su aprobación para modificar, reproducir o difundir su trabajo, sin embargo, en países como Estados Unidos no se necesita autorización para hacer un uso legal del trabajo.

5. *Excepciones a los derechos de propiedad intelectual*

No solo el autor tiene derechos, los usuarios también, por lo tanto el derecho de la propiedad intelectual tiene ciertos límites, sobre todo si el trabajo es transmitido por Internet.

No tendría sentido que un derecho particular sea un obstáculo para la comunicación, la cultura, y en general, cualquier tipo de información que puede ser útil al público en general, siempre y cuando no cause un daño injustificado a los derechos legítimos del autor.

La legislación estadounidense es flexible en este aspecto ya que autoriza todos los usos que puedan considerarse legales, para esto tienen en cuenta los siguientes factores:

- A. El fin y carácter del uso no deben ser comerciales o lucrativos.
- B. La naturaleza del trabajo, la calidad y sustancia de la parte utilizada con relación al trabajo como un todo.
- C. El efecto de su uso en el mercado o su valor.

Por ejemplo, la ley permite a un estudiante universitario usar Internet para hacer copias de ciertos trabajos, pero se lo impide a una compañía privada que busque explotar la idea con fines lucrativos. O las bibliotecas, las cuales pueden reproducir y distribuir con fines pedagógicos y no comerciales aún sin la autorización de su autor.

Las legislaciones canadiense y europea son menos flexibles ya que no consagran ningún tipo de excepción pero autorizan ciertos tipos de trabajo, aunque varía de un país a otro generalmente se autoriza la reproducción de un trabajo para el uso privado del usuario o a reproducir citas breves. No permite la copia de *software* ni bases de datos encontradas en Internet ni siquiera para el uso privado.

6. *Derechos del usuario en Internet*

Correo electrónico: el subcomité del Canadian Information Highway Advisory Committee establece que en los casos en los cuales se envíe por correo electrónico un trabajo sin autorización de su autor no constituye una infracción a los derechos de autor ya que la transmisión entre dos personas no es pública.

Archivos FTP: debe hacerse una distinción entre el servidor y el usuario.

Servidor: el administrador del servicio debe copiar el archivo en su computadora, por lo tanto lo reproduce y después lo pone a disposición del público completando así el acto de comunicación electrónica. En este caso debe obtener la autorización del autor tanto para reproducirlo como para comunicarlo.

Usuario: es recomendable obtener la autorización del autor, los casos que surgen con mayor frecuencia son:

- A. Cuando se descarga el *software* distribuido como *shareware* o *freeware*, dentro de ciertos límites se entiende que el autor autorizó al usuario a utilizarlo.
- B. Cuando descarga un archivo de procesamiento de palabras colocado en Internet para distribuirlo ampliamente, el autor no ejerce sus derechos patrimoniales pero los conserva, estando el usuario restringido únicamente por los derechos morales del autor sin poder modificar el trabajo o reclamarlo como propio.
- C. Cuando el trabajo contiene una nota especificando los límites de uso permitido, el usuario debe tener en cuenta las especificaciones para su uso.

Navegación por el Web: se debe distinguir entre la operación de consulta y la de descarga del archivo.

Consulta: el servidor debe obtener la doble autorización que anteriormente se expuso y el usuario debe considerar que está autorizado implícitamente ya que es el fundamento principal de la navegación por la red.

Descarga de archivos: la descarga de un archivo desde una página Web se trata en la Ley de Derechos de Propiedad Intelectual del mismo modo que la descarga de un archivo desde un servidor FTP.

¿LA VIDA “EN LÍNEA”?!: UN ESBOZO SOBRE EL DERECHO DE LA COMUNICACIÓN TELEMÁTICA

Marcia MUÑOZ DE ALBA MEDRANO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo metodológico del estudio*. III. *Normas aplicables al surgimiento, desarrollo y protección de Internet*. IV. *Protección jurídica en el derecho de la telecomunicación*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es importante abordar el tema de las tecnologías de la comunicación, es decir, el análisis jurídico de Internet. No podemos olvidar que nos hallamos en una sociedad donde la informática y su principal vehículo, la computadora, se han convertido en el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto en que para designar el marco de nuestra convivencia cotidiana son utilizadas expresiones tales como la “sociedad informatizada”.¹ Internet es precisamente el máximo exponente de esta sociedad de la información, que con sus virtudes y reproches ha venido a poner en crisis importantes principios públicos que van desde el concepto de la soberanía estatal, hasta el respeto de la privacidad del individuo.²

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, marcia@servidor.unam.mx.

1 Muñoz de Alba, Marcia, “Derechos Humanos en la era tecnológica: ¿el *habeas data* la solución?, V Congreso iberoamericano de derecho constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Serie G. Estudios Doctrinales, p. 193.

2 Barrios, Muñoz de Alba y Pérez Bustillo, *Internet y el derecho en México*, México, McGraw-Hill, 1998.

Desde la aparición de nuevas tecnologías de la información nos preguntábamos ¿cuál sería el derecho que debería aplicarse?, ¿cuáles eran las normas que estarían involucradas? Actualmente, el dilema no se ha resuelto aún; con esta participación esperamos aportar elementos que ayuden a esclarecer tan importantes interrogantes.

II. DESARROLLO METODOLÓGICO DEL ESTUDIO

Efectivamente, con estas líneas trataremos de analizar desde la perspectiva jurídica, diversas áreas de incidencia de los elementos de la tecnología informática que ahora se confluyen en Internet dentro de la sociedad mexicana. Tratamos entonces de aportar reflexiones en aras de construir un nuevo marco jurídico en el ámbito de Internet, al que hemos denominado: *derecho de la comunicación telemática* (DCT).

En esta lógica, observamos que es pertinente esclarecer, en primer lugar, cuál es ese conjunto de normas aplicables al surgimiento, al desarrollo y a la proyección de la informática como instrumento de comunicación, ¿se trata de normas aisladas?, ¿se trata de normas que debemos recopilar en un solo instrumento jurídico? Y, en segundo lugar, analizaremos de manera puntual, tomando caso por caso, el contenido mismo de los sistemas de información; es decir, los diversos contenidos de Internet, para entonces poder proponer *una protección jurídica especial según sea la naturaleza sustantiva de la información que ahí se maneja*.

En esta lógica, hemos dividido nuestro estudio en dos partes: la primera, donde se define y estudia el contenido del DCT y en la segunda, analizamos el *status* jurídico de la información que circula en Internet, para otorgarle una protección *ad hoc*.

III. NORMAS APLICABLES AL SURGIMIENTO, DESARROLLO Y PROYECCIÓN DE INTERNET

1. *Albores de la problemática del derecho y la informática*³

Al inicio de la década de los ochenta surge en Europa la preocupación en torno al análisis sobre las relaciones jurídicas que surgían al vin-

³ Tomamos este planteamiento de un clásico en el análisis de ésta problemática, Vittorio Frosini, *Derecho e informática*, Temis, 1988.

cularse el derecho con la informática. Esta preocupación se ve incluso concretizada en una recomendación del Consejo de Europa que sugirió “la enseñanza, la investigación y la formación en la materia de informática y derecho”.⁴

En este documento se encuentra una llamada de atención a las autoridades de la Unión Europea sobre el incremento en la importancia de la fusión del derecho y la informática y sobre la utilidad de fomentar, en el ámbito universitario, la enseñanza fundada en un “programa modelo”, que fue anexo a la mencionada recomendación.⁵

En dicho programa se advertía que la “interacción de la informática y del derecho exige nuevas competencias metodológicas y nuevas estrategias disciplinarias”, pues, “por una parte la computadora se considera un instrumento utilizado por el jurista para crear bancos de datos jurídicos y para facilitar la administración de justicia; por otra parte, recurrir a la computadora plantea una serie de problemas que deben ser regulados por la ley”. En ese entonces Frosini, uno de los pioneros de esta nueva disciplina jurídica, hablaba del contenido ecléctico de la misma, utilizando el binomio “informática y derecho” como elementos que mejor reflejaban los dos aspectos del problema, por lo que se sugería que debían ocuparse la enseñanza y la reflexión jurídica.⁶

Ese movimiento doctrinal dio lugar a la conceptualización de una nueva rama del conocimiento jurídico donde se vinculaban las áreas de la informática, el derecho y la lógica. Incluso, a raíz de esta trilogía, se generaron tanto revistas de especialización como un cuerpo importante de bibliohemerografía,⁷ incluso se crearon grupos o institutos de investigación sobre la materia.⁸ Es evidente que todo ese movimiento doctrinal y de investigación jurídica, trajo como consecuencia la expedición de importantes reglamentaciones en Europa en torno a la creación, uso y proyección de los bienes informáticos, así como par el manejo adecuado de la información.

4 *Notiziario di Informatica*, editado por el Servicio para la Documentación Automática de la Cámara de Diputados, Italia, 1982, núm. 1, pp. 50-59.

5 *Idem*.

6 Frosini, Vittorio, *Informática y derecho*, Colombia, Temis, 1988, p. 136.

7 Lucas, André, *Le droit de l'informatique*, París, Themis, 1987.

8 Existen desde esa época, centros de investigación de informática y derecho, en Namur, Bélgica, en Ganges de Amsterdam y en La Haya, en Montpellier, Francia.

2. Surgimiento de un nuevo ordenamiento jurídico: de la informática, la telemática a la telecomunicación

El punto de partida de nuestro estudio, es decir, el objeto de regulación, la *informática*, está representada por los llamados bienes informáticos, que con su proyección hacia las telecomunicaciones están revolucionando el mundo entero.

La informática ha sido definida como un conjunto de disciplinas técnicas aplicables al manejo de la información desarrollado por medios automáticos utilizados dentro de una computadora; es un vocablo acuñado en Francia en 1962, cuando Philippe Dreyfus propuso este término para designar la fusión de la información por medios automáticos.

El término “telemática” fue utilizado por primera vez en 1978 para analizar la *interacción de la informática con las redes de telecomunicación*, en este sentido se ejemplifica la vinculación de la informática con las redes de telecomunicación, siendo este hecho precisamente la panorámica actual de los medios de comunicación: la *comunicación telemática*.

El surgimiento de *Internet*⁹ es atribuido a Al Gore entonces vicepresidente de los Estados Unidos, quien al inicio de la década de los noventa, visualizó en los albores de la informática la conexión exponencial con las telecomunicaciones y predijo lo que actualmente es el máximo exponente de comunicación, el medio más democrático que haya existido jamás en la historia del mundo. Nada más ejemplificativo es el nombre que ha tenido la *supercarretera de información o Internet*.¹⁰

No podemos olvidar que la informática está o estará presente detrás de absolutamente cualquier actividad por pequeña o grande que sea, su sustancia será siempre la información, pero ¿cuál información? ¿será pública o privada?; siendo pública, ¿quién debe manejarla? ¿el Estado?; ¿bajo qué criterios?; ¿una empresa privada?; ¿puede darla a conocer? ¿cómo debe darla a conocer? Tratándose de información privada, ¿se trata de una persona física o persona moral? ¿tratándose de persona física? ¿quién debe darla a conocer? ¿cómo debe tratarse?

9 Internet ha tenido diversas designaciones que van desde la super carretera de la información, la WWW, la red digital, hasta el mundo virtual.

10 Por supercarreteras de la información, debemos entender una infraestructura de comunicación de alta velocidad de encadenamiento de datos, además de todo tipo de información integrando la información vocal, la transmitida por imágenes y sonidos. Internet es el máximo representante de este instrumento de comunicación. Perazo, Luis Alberto, “Las comunicaciones del siglo XXI”, *Derecho de la alta tecnología*, núms. 82 y 83, junio-julio de 1995.

3. *Naturaleza jurídica autónoma del derecho de la comunicación telemática*

Ha sido precisamente la utilización y desarrollo de las nuevas tecnologías de comunicación lo que dio origen, en un principio, al llamado derecho de la informática, que al ser vinculado con las redes de telecomunicación hemos propuesto denominar a este nuevo conjunto de normas específicas: DCT .

Sin embargo, nos inclinamos con aquel sector de la doctrina que ha propuesto una nueva rama del conocimiento jurídico, ésta es la plataforma del derecho de la *communicatique*; es decir, la unión de comunicación y telemática, nuestra propuesta en castellano: DCT. Esta nueva denominación engloba los aspectos relativos a la circulación de la información, uniendo entonces los aspectos de la informática, de la comunicación audiovisual y el de la telecomunicación.¹¹

Aunque el DCT, se fundamenta en los mismos soportes tecnológicos de las tecnologías de la información que constituye el elemento sustancial del derecho de la informática, en ningún momento desaparece la especificidad o autonomía del primero, simplemente amplía el aspecto de interés del segundo.¹²

Desde el punto de vista jurídico no debemos olvidar que, actualmente la información forma parte de una realidad económica, en donde la informática contribuye desde luego a su difusión. En esta forma, el llamado derecho de la comunicación telemática,¹³ pone en un primer plano el uso, el tratamiento y la regulación jurídica de los medios de transmisión de la información en sentido genérico.

Efectivamente, en un primer momento, la aparición de la informática en la sociedad no produjo mayor participación desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, las cosas han cambiado y a partir de su difusión global las reflexiones sobre una reglamentación específica están siendo cada día más aceptadas.

11 *Le droit de la communicatique*, Thémis, 1992. Memorias del Coloquio organizado por la Universidad de Poitiers de Francia y la Universidad de Montreal, en donde se propone esta nueva denominación que engloba los aspectos del derecho de la comunicación, de la información y la informática.

12 Lucas, André, *op. cit.*, p. 21.

13 Este término habrá de entenderse en términos más amplios a los tradicionalmente aceptados, ya que involucra no sólo al análisis de los medios de comunicación y su regulación jurídica, así como el potencial de la industria de la información en la comunicación audiovisual a través de las telecomunicaciones.

Es por ello que, aunque en su momento no se le aceptara como una rama específica del derecho, actualmente, afirmamos que la informática constituye en sí misma, un crisol en donde se funden normas de diversa índole, unas clásicas —propiedad intelectual, normas civiles, normas mercantiles— y otras novedosas, que han sido concebidas para responder a las necesidades actuales —*habeas data* u *ombudsman*— de la información, delitos informáticos, además de los nuevos retos políticos, económicos y jurídicos que representa el uso de las supercarreteras de información. Éste es el contenido mismo del DCT.

Ahora sí, una vez identificados los elementos integrantes del DCT, podemos definirlo como el estatuto jurídico regulador del uso, manejo y proyección de los instrumentos y tecnologías informáticas dentro de la sociedad. Debemos señalar, que al hablar del estatuto jurídico nos referimos, por un lado, a las leyes y normas particulares dispersas o en conjunto, que tengan como finalidad regular algún aspecto relacionado a los bienes informáticos, y por el otro, a las resoluciones que en este sentido hayan emitido los jueces.

4. *Fuentes del derecho de comunicación telemática*

Reconociendo una serie de factores importantes de naturaleza social como la descentralización de servicios de información, de servicios de autoridad, el autofinanciamiento de Internet, su contribución en la globalización, el autogobierno y las proyecciones de uso mundial,¹⁴ apuntaré mis reflexiones hacia aquellos otros factores de naturaleza jurídica que se encuentran en crisis, como son la extraterritorialidad de los servicios, los consecuentes conflictos de jurisdicción, la calificación y protección jurídica de la información que viaja por la red y los derechos de propiedad sobre la misma.

Como hemos observado, el uso de la informática trastoca sectores o áreas de la vida económica, social y política; que de igual manera se ven reflejadas en las ramas del derecho mexicano. Analicemos detalladamente su contenido.

¹⁴ Cf. Becerra, Manuel, "El Internet y la problemática jurídica", *Revista de Derecho Privado*, México, año 8, núm. 22, enero-abril de 1997, pp. 3-17.

5. Contenido del derecho de la comunicación telemática, DCT

Efectivamente, desde el punto de vista del derecho público es fundamental aportar soluciones respecto de las garantías individuales y los derechos humanos frente al manejo de la información de los ciudadanos. Por otro lado, desde la perspectiva del derecho penal se han regulado ya una serie de conductas delictivas frente al abuso de los bienes informáticos tanto como instrumento de un delito, como objeto del mismo. Además, en el derecho privado, a través de las normas clásicas del derecho civil y mercantil, se ventila lo relacionado con las transacciones comerciales, es decir, el denominado comercio electrónico. Y finalmente, el régimen de la propiedad intelectual es la que tutela los derechos de creación de los bienes informáticos.

¿Cuáles son entonces las problemáticas que pretende resolver el derecho de la telemática? ¿cuál es su contenido? Sobre el contenido podemos decir que el derecho de la informática, se involucra en los siguientes aspectos, que serán analizados de manera inductiva, es decir, de lo particular a lo general. Recalcando que la parte considerada general, es sin duda alguna la más importante para la adecuada.

Status jurídico de los bienes informáticos: en la medida en que la informática hace aparecer cierto tipo de instrumentos, que hemos denominado bienes informáticos —*hardware* y *software*—, donde éstos han de ser novedosos y originales, el primer aspecto a resolver es ¿qué tipo de protección tendrán estos bienes? En este rubro el derecho de la comunicación telemática se involucra con los aspectos de la propiedad intelectual y aquellos de las telecomunicaciones. Los puntos críticos en este renglón son:

- a) los derechos de autor sobre la información expuesta en línea;
- b) los derechos de marcas sobre los denominados “nombres de dominio” que distinguen las direcciones de hojas de Internet, y
- c) relacionado con las telecomunicaciones, destacan los aspectos relativos al flujo transfronterizo de datos o *electronic data exchange* EDI, o “mensaje de datos” término que ha sido utilizado por la legislación nacional.¹⁵

15 El *mensaje de datos* no se ha definido expresamente, pero el artículo 89 del Código de Comercio dice: “en los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos, o cualquier otra tecnología. Para efecto de presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos”, reforma publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000.

Status comercial de los bienes informáticos: una vez resuelta la cuestión de su protección jurídica, estos bienes ingresarán al comercio, en este nivel es necesario distinguir dos figuras que se han manejado en la doctrina:

- a) en primer lugar, los llamados “*contratos informáticos*” cuando son los bienes informáticos objeto de una transacción comercial, en este punto es necesario determinar la naturaleza de las normas, es decir, si el contrato es de tipo civil, mercantil, o de propiedad intelectual;
- b) en segundo lugar, el ámbito del “*comercio electrónico*” incorporado recientemente en nuestro marco jurídico nacional.¹⁶

Status delictivo de los bienes informáticos: las redes de telecomunicación pueden ser tanto objeto como instrumentos de una conducta delictiva. En términos generales, es cierto que pueden aplicarse los tipos clásicos del derecho penal, sin embargo, y por la complejidad en el uso de los bienes informáticos, en muchos aspectos las conductas delictivas son difíciles de encuadrar en los tipos penales actualmente establecidos por el legislador. ¿Cómo penalizar el robo de información?; ¿el acceso ilícito a un sistema o banco de datos?; ¿el manejo inadecuado de la información?; ¿su alteración?; ¿la puesta en circulación pública? Recientemente también el legislador mexicano, quedándose corto en su verdadero alcance, ha introducido nuevas figuras en este renglón incorporando el tipo de: “*acceso ilícito a sistemas y equipos de informática*”¹⁷ que, en nuestra opinión, la reforma cuenta con inconsistencias jurídicas que comentaremos más adelante.

Aspectos en las cuestiones de garantías individuales y derechos humanos: el manejo exponencial de la información a través de los medios electrónicos plantea serios riesgos en el uso y difusión de la información, que atentan directa o indirectamente en contra del catálogo de garantías individuales y derechos del hombre. En este particular, la normatividad jurídica se ha desarrollado profusamente, llegando incluso, en algunos casos, hasta la reforma a nivel constitucional, como en Portugal y España (en Europa), Colombia, Argentina, Perú y Venezuela, (en América), sobre el adecuado uso de la informática, previniendo en todo momento el respe-

16 Decreto de reforma al Código Civil del Distrito Federal, Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el *Diario Oficial* del 29 de mayo de 2000.

17 Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal, publicado en el *Diario Oficial* del 17 de mayo de 1999, en particular el título noveno: revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

to al derecho de la vida privada de los individuos. En Europa se llegó a afirmar la existencia de la *autodeterminación informativa* en América, en algunos países, como veremos, se creó el *habeas data*.

Privilegiando el análisis relativo al manejo de la información nominativa, tema que nos parece cerca y en mayor riesgo en el ámbito de los derechos humanos, analizaremos someramente los tres primeros puntos, dejando a los expertos sobre la materia una crítica más puntual y fundamentada.

IV. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO DE LA TELECOMUNICACIÓN

1. *Status jurídico de los bienes informáticos*

El marco jurídico de la propiedad intelectual es el que regula el *status* jurídico de los bienes informáticos. Entendemos a los bienes informáticos en un sentido amplio; es decir, la combinación de los elementos de una computadora, a saber, el denominado *hardware* y *software*, también designados la parte física y la parte inteligente de la computadora.

Entonces, los derechos de la propiedad industrial son el marco jurídico que protege las creaciones de la parte física de la computadora; es decir, los derechos relacionados con las patentes —siempre que haya novedad—, marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, avisos comerciales y signos distintivos.

Por otro lado, los derechos de autor son quienes protegen los derechos de la parte inteligente de la computadora, precisamente, los programas de cómputo, que como sabemos son el elemento sustancial de la *comunicación telemática*.

Conflictos en Internet y la propiedad industrial: precisamente el capítulo de marcas ha representado un enorme reto dentro de Internet.¹⁸ Efectivamente con relación al uso de los llamados “*nombres de dominio*” (DNS)¹⁹ que son las direcciones electrónicas de los “sitios de la red”, que

18 Internet no cuenta con un punto central de autoridad y control. En comparación con otras instituciones sociales, se ha desarrollado de forma autónoma y espontánea. Su desarrollo técnico se ha guiado por los protocolos establecidos mediante la participación en los procesos de tomas de decisión por órganos como el Grupo de Tareas de Ingeniería de Internet (IEFT) y la Entidad de Asignación de Números de Internet (IANA).

19 El sistema de nombres de dominio (DNS) tiene como función principal facilitar a los usuarios la navegación en Internet. Está constituido por el protocolo de internet (IP), que es una dirección numérica única.

fueron diseñadas para permitir a los usuarios una mejor localización, se han convertido en importantes valores comerciales.²⁰

La tensión que existe entre los nombres de dominio por una parte, y los derechos de propiedad intelectual, por la otra, ha provocado diversas perspectivas de solución a los problemas que incluso han dado lugar a nuevos formatos de acuerdo, ya que en este renglón han tenido una importancia considerable los grupos de discusión en línea, en aras de buscar la mejor solución al problema existente.²¹

Como consecuencia de la propuesta del gobierno de los Estados Unidos de América, y con la aprobación de sus Estados miembros, la OMPI ha emprendido, desde julio de 1998, un amplio proceso internacional de consultas. El proceso de la OMPI consiste en formular recomendaciones a la entidad creada para administrar el sistema de los nombres de dominio, la Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet o ICANN.²²

En resumen, se ha sugerido que la ICANN promueva una política de solución de controversias en virtud de la cual se ofrezca un procedimiento de solución para los conflictos relativos a los nombres de dominio, ya que, por el valor comercial que éstas implican se observó en diversos países un registro abusivo infringiendo los derechos de marcas.

En esta lógica, la ICANN creó el Institute for Dispute Resolution, en mayo del presente año, como el consorcio que se encargará de resolver los conflictos relativos a los nombres de dominio en Internet. La nueva entidad está compuesta por una alianza de 500 consejeros de grandes empresas y por socios de importantes despachos de abogados.

Ahora bien, es pertinente mencionar que desde agosto de 1999 opera una política para los conflictos en los dominios “.com, .org, y .net”, que propone como alternativa a la vía judicial, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que el dominio sea idéntico o induzca a confusión con el nombre sobre el que posea intereses legítimos; es decir, el registro

20 OMPI, “La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual”, informe de la OMPI sobre el proceso de nombres de dominio de Internet, <http://wipo2.wipo.int>.

21 Los grupos de discusión más destacados son: dominios-info@listas.idg.es; se puede inscribir con poner en subject: grupo de discusión.

22 Durante el proceso de la OMPI se celebraron 17 consultas en 15 ciudades diferentes y se han recibido informes escritos de 344 gobiernos, organizaciones intergubernamentales, asociaciones profesionales, corporaciones y personas individuales. México fue uno de los activos participantes, *idem*, p. 7.

de una marca, o quién utiliza el dominio no tenga derechos sobre éste y se haya registrado y se utilice de mala fe.²³

Conflictos de Internet y los derechos de autor: algunos exceptivos afirman que con el uso de Internet, la protección de derechos de autor se ha terminado.²⁴ Sin embargo, diversas instancias han querido tomar medidas de protección y salvaguarda de estos derechos, armonizándose con la difusión exponencial de las redes de información.²⁵

Con relación a la situación jurídica mexicana, como sabemos, los derechos de autor consisten en el reconocimiento del Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas; donde se conceden derechos de naturaleza *moral* —unidos al autor, que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables— y *patrimonial*, que implican el derecho del autor de explotar de manera exclusiva o de autorizar a otros la explotación.²⁶

Por su parte, los derechos *patrimoniales* implican la reproducción, publicación, edición o fijación de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar.²⁷

Los autores o creadores tienen sobre sus obras tanto los derechos morales como patrimoniales. Sólo estos últimos son susceptibles de transmitirse en forma total o parcial a través de licencias de uso exclusivo o no exclusivo. Esta transición de derechos patrimoniales deberá ser onerosa y temporal, en ausencia de acuerdo sobre el monto será determinado por tribunales competentes.²⁸

Es cierto, que tanto las obras están protegidas en sus derechos morales y patrimoniales se encuentran en considerables riesgos dentro del am-

23 Durante los primeros cinco meses de funcionamiento se han comenzado 659 procedimientos que afectan a 981 nombres de dominio. De ellos, ya se han resuelto 303 y quedan pendientes algunos como: uralita.com, telecinco.com, telecinco.net, telecinco.org, eresmas.com, eresmas.net, eresmas.org y cbs.org, cbs.net.

24 “El copyright está actualmente en crisis, principalmente por la sucesión de maravillosas máquinas nuevas para copiar y gozar de obras protegidas en nuevas formas, un milagro suficiente para deleitar a Julio Verne”, en Peters, Marybeth, “La infraestructura nacional de información desde la perspectiva del US Copyright Office”, *Derecho de la alta tecnología*, núm. 97, septiembre de 1996, pp. 2-11; Sherwood, Robert y Primo Braga, Carlos, “La propiedad intelectual y el desarrollo comercial y económico: una hoja de ruta para las negociaciones en ALCA/FTAA”, *Derecho de la alta tecnología*, núm. 105, mayo de 1997, pp. 17 y 18.

25 “A propos du projet de directive européenne sur le droit d’auteur dans la société de l’information”, *Lamy Droit de l’informatique*, núm. 98, diciembre de 1997.

26 Ley Federal de Derechos de Autor, artículos 11, 18 y 24.

27 *Ibidem*, artículo 27.

28 *Ibidem*, artículo 30.

biente de Internet. Por ejemplo, para las bases de datos que son obras protegidas por el derecho de autor, se considera que han sido publicadas porque “han sido puestas a disposición del público mediante su almacenamiento por medios electrónicos que permitan al público obtener ejemplares tangibles de la misma, cualquiera que sea la índole de estos ejemplares”. Además las bases de datos por su origen se consideran una obra derivada, ya son el resultado de una adaptación, traducción u otra transformación de la obra primigenia.²⁹

Por otro lado, también una base de datos está protegida por los derechos de autor —morales y patrimoniales—, ya que se considera una compilación según el artículo 13 que indica las obras respecto de las que se reconoce la protección para el derecho de autor: “XIV. De compilación integrada por las colecciones de obras, tales como enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones por su selección o la disposición de su contenido o materias constituyan una creación intelectual”.³⁰ Las bases de datos y sistemas de información son precisamente el contenido toral de Internet.

Incluso, la transmisión de obras dentro de la plataforma de Internet, también está protegida por el derecho de autor, como dice la Ley en su artículo 113 “las obras e interpretaciones o ejecuciones transmitidas por medios electrónicos a través del espectro electromagnético y de redes de telecomunicaciones y el resultado que se obtenga de esta transmisión estarán protegidas por esta ley”. ¿Pero cómo lograr el efectivo respeto de los derechos morales y patrimoniales en cada espacio del globo terraqueo?

Al parecer solo será la misma tecnología que ha puesto en crisis y en riesgo los derechos de *copyright* o de autor, de aquellas obras expuestas en Internet, lo que podrá salvaguardar el efectivo respeto de los mismos. Los límites en los programas de *downloading* se presentan actualmente como una forma de protección de los derechos de autor.³¹ Además de una estricta armonización entre las normas internacionales y locales.

29 *Ibidem*, artículo 4o., incisos “B” y “C”.

30 *Ibidem*, artículo 113.

31 Incluso the International Publishers Copyright Council, IPCC, ha fijado una postura en el manejo de la bibliotecas y los derechos de autor en el ambiente electrónico. Salvaguardando los derechos de *copyright* y de autor en las reproducciones digitales como en los productos impresos de fuentes digitales. “International Publishers Association. El International Publishers Copyright Council, fija posición en cuanto a bibliotecas, derechos de autor y el ambiente electrónico”, *Derecho de la alta tecnología*, abril de 1996, pp. 11-14.

También en algunos casos, el derecho se ha modificado proponiendo formatos de protección jurídica diversa, tal es el caso de la directiva sobre la protección jurídica de Bases de Datos en la Unión Europea del 11 de marzo de 1996, así como la propuesta presentada por el gobierno de los Estados Unidos de América durante las discusiones referentes al Protocolo de la Convención de Berna respecto a un instrumento sobre la protección *sui generis* de las bases de datos. Estas propuestas conceden derechos “conexos” o “derechos *sui generis*” al fabricante de bases de datos, se trata de un conjunto de facultades que nacen de una circunstancia concreta y objetivamente verificable, la fabricación de una base de datos.³²

En resumen, como bien afirma un especialista “es tiempo de poner el derecho y la creación tecnológica en armonía dentro de un nuevo derecho de la propiedad intelectual cuya sola finalidad sea asegurar el desarrollo de las creaciones garantizando eficazmente su protección.”³³

2. Status comercial de los bienes informáticos

En este renglón entran, como dijimos anteriormente, el aspecto de los llamados *contratos informáticos* desarrollados principalmente por la doctrina francesa, quienes dedicaron normas del derecho público para la regulación específica a los contratos comerciales que tenían por objeto algún bien informático, trátese de *hardware* o *software*, a saber, computadoras y/o sistemas y bases de información.

La idea detrás de este marco jurídico era salvaguardar tanto los derechos de la propiedad intelectual, como de aquellos consumidores que potencialmente podrían ser objeto de abusos o de engaños.³⁴ La noción de los contratos informáticos nunca ha sido adoptada en el derecho jurídico mexicano.

32 Millé, Antonio, “Protección a los fabricantes de bases de datos: un nuevo derecho conexo”, *Derecho de la alta tecnología*, mayo de 1996, pp. 9-13. Los textos de las mencionadas propuestas están en la misma revista, propuesta de Estados Unidos, pp. 14-16; Unión Europea, pp. 17-20.

33 Bertrand, André, “Las obras informáticas en el derecho de autor: razones y perspectivas”, *Derecho de la alta tecnología*, junio de 1997, pp. 1-9; el mismo autor afirma que “el derecho de autor es un derecho del siglo XVIII, aplicado por juristas del siglo XIX a las tecnologías y creaciones del siglo XIX, mientras que el copyright sufre de un mínimo desfase ya que se trata de un derecho del siglo XVIII aplicado por juristas del siglo XX a las tecnologías y creaciones del siglo XXI”.

34 Vivant, Michel, “Les contrat de grande distribution dans l’informatique”, *Lamy droit de l’informatique et des réseaux*, 2000, pp. 855-888.

Por el contrario, la figura del *comercio electrónico*, forma ya parte de la normatividad mexicana. La Ley ha definido que “en los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”.³⁵ Cabe mencionar que a pesar de la propuesta de modelo de ley sobre el comercio electrónico de UNCITRAL, el legislador mexicano adoptó una reglamentación tan original como compleja.³⁶

En el nuevo marco jurídico nacional, se modificaron conceptos clásicos en el Código Civil como el consentimiento expreso entendido como “la voluntad que se expresa verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología”; y el tácito que “resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente”.³⁷

Al *Código de Comercio* se introdujo el título II relativo al comercio electrónico, donde destaca la figura de *mensaje de datos*, identificado como “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada” a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.³⁸ Se establecen ciertas reglas para la validez de los mensajes de datos como medios de comunicación en los procesos del comercio electrónico a fin de que surtan efectos legales, asimilandolos a los acuses de recibo.³⁹ Sin embargo, la reforma cae en una inconsistencia ya a pesar de la validez otorgada a los mensajes de datos, abre la vía de requerir la forma escrita o la presencia de un fedatario público, que “deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuáles se atribuyen dichos mensajes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos”.⁴⁰

Peor aún es el requisito de inscripción *de todos los actos mercantiles en el Registro Público de Comercio* sin precisar expresamente si los actos

35 Artículo 89 del Código de Comercio. Decreto de reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, del 29 de mayo de 2000.

36 La ley modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico, consta de 17 artículos divididos en dos partes, la primera dedicada al comercio electrónico en general, y la segunda, al comercio electrónico en materias específicas. Destacan las nociones de mensaje de datos que asimila al intercambio electrónico de datos EDI que define en su artículo 2o.: “como la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida para tal efecto”.

37 Código Civil Federal, artículo 1803.

38 Código de Comercio, artículo 89.

39 *Ibidem*, artículos 90 y 92.

40 *Ibidem*, artículo 93.

de comercio electrónico deban registrarse ante esta instancia, pero induciéndose esta conducta.⁴¹

Por otro lado, se establece que en caso de los mensajes de datos deberán resguardarse de manera íntegra e inalterable a partir del momento en que se generen por primera vez en su forma definitiva para que sea accesible en el futuro, de acuerdo a una norma oficial mexicana (NOM) que habrá de expedir la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.⁴²

La Ley de Protección al Consumidor también fue reformada, incorporando un capítulo VIII bis, titulado “De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”. En este renglón la reforma fue acertada, ya que estableció obligaciones para los proveedores de servicios requiriendo un manejo confidencial de la información comercial. Esto implica que los mensajes de datos realizados en las transacciones mercantiles vía electrónica deben ser manejados confidencialmente, siendo el consumidor el único autorizado para su difusión o transmisión a terceros.⁴³

La reforma es reciente y será necesario ver qué tanto se adapta a los requerimientos de un ambiente comercial que simplifica el intercambio de información, sin requerir formalidad o supervisión alguna.

3. *Status delictivo de los bienes informáticos*

El marco jurídico penal también fue modificado recientemente para incorporar el título noveno: “Revelación de secretos y acceso ilícito de sistemas y equipos de informática”, adicionando el capítulo II, intitulado “Acceso ilícito de sistemas y equipos de informática”.⁴⁴

La reforma incorpora el artículo 211 bis 1-7, estableciendo tres nuevos tipos delictivos:

- a) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-1);
- b) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática del Estado que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-2), y

41 *Ibidem*, artículos 21, 21 bis, 21 bis 1, 22-27, 30, 30 bis, 31, 32.

42 *Ibidem*, artículo 49.

43 Ley de Protección al Consumidor, artículo 76-bis.

44 *Op. cit.*, nota 9.

- c) acceso sin autorización a sistemas de información o equipos de informática que integran el sistema financiero que estén protegidos, modificando, destruyendo o provocando pérdida de información (artículo 211 bis-4). Incrementándose las sanciones en cada caso que van desde seis meses a dos años de prisión y de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa, para el caso del sistema financiero.

Ahora bien, cuando el acceso, la modificación o la destrucción es realizada por algún sujeto que tenía autorización para introducirse en los sistemas de información o equipos de informática, evidentemente, un empleado, las sanciones aumentan. Éstas van desde los tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días de multa; de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días de multa para el caso del sistema financiero.

Como comentarios a estos nuevos tipos delictivos, algunas reflexiones: ¿no se trata acaso de un abuso de confianza?, ¿qué tipo de valores implican conceder una sanción más penosa a aquel que interviene en los sistemas financieros?, ¿a caso los sistemas de información de Estado o los de una empresa son menos importantes?

Si bien es cierto, que la reforma al marco jurídico penal mexicano sobre el uso o mejor dicho el “abuso” de los sistemas de información y bancos de datos, constituye un avance, estimamos que en el ámbito procesal se dejaron algunas lagunas de consideración. Ya que debió de haberse modificado, con la intención de proporcionar tanto al juzgador, al ministerio público, como a los abogados en general mayores elementos de juicio en la comprobación del delito. La carga de la prueba parece ser un importante elemento en esta nueva forma jurídica. Estimamos que será necesaria la creación de ministerios públicos especializados, así como peritos en la materia informática.

4. *Aspectos en las cuestiones de garantías individuales y derechos humanos*⁴⁵

En la sociedad preindustrial la clave del éxito era la propiedad de las materias primas y los medios de producirlas, en la época actual, la pre-

45 Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000 (en prensa).

gunta no es ¿quién tiene?, sino ¿quién sabe? Como dice Meján, la clave es saber. Quien tiene la información tiene el poder. De aquí la vulnerabilidad del derecho a la privacidad del individuo.⁴⁶

Para la protección del derecho a la privacidad frente al espectro de Internet, tiene gran relevancia el Convenio Europeo para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del 28 de enero de 1981, ratificado el 27 de enero de 1984, o Convenio de Estrasburgo. Esta convención fue suscrita por 21 países europeos.

En ese entonces se estableció como objetivo del mismo “garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sin importar su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona”.⁴⁷

En este documento internacional la información nominativa fue definida como aquellos datos de carácter personal que significan cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable.⁴⁸ Siguiendo la misma conceptualización esclareciendo más el concepto se ha reglamentado que se trata de los “datos personales, toda información sobre una persona física identificada o identificable-interesado, se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiología, psíquica, económica, cultural o social”.⁴⁹

De gran importancia ha sido también la categoría de la *información sensible*,⁵⁰ para la que se han establecido normas aún más rígidas con re-

46 *Ibidem*, p. 27.

47 Artículo 1o. del Convenio de Estrasburgo, el contenido del Convenio se desarrolla haciendo una serie de definiciones de términos, precisando el campo de aplicación. En la parte medular del documento trata de la calidad de los datos refiriéndose a su legítima obtención y conservación, así como de las medidas de seguridad y los derechos de la persona interesada a tener acceso y poder, sí es necesario lograr la modificación de los mismos. Posteriormente aborda el problema del flujo fronterizo de los datos personales. Concluye con una serie de normas orgánicas de la Convención.

48 Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Estrasburgo, 28 de enero de 1981.

49 Resolución 74 relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto de los bancos de datos electrónicos en el sector público. Adoptada por el Comité de Ministros el 20 de septiembre de 1974, durante la 236a. reunión de los delegados de los ministros.

50 Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, artículo 6o.

lación a su manejo automatizado, en virtud de los riesgos y daños potenciales que por su difusión no autorizada puede producir.⁵¹ Los rubros que contempla son:

- a) Información relativa a las creencias religiosas;
- b) Información relativa a las preferencias políticas o sindicales;
- c) Información relativa al origen racial;
- d) Información relativa a las preferencias sexuales;
- e) Información relativa a la salud;
- f) Información relativa a los antecedentes penales o infracciones administrativas.

En Europa dos países han reglamentado la protección del derecho a la privacidad en sus normas constitucionales: España y Portugal. En la Constitución de España del 27 de diciembre de 1978, es el artículo 18, inciso 4, el que determina: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de sus derechos”. En Portugal en su carta magna del 2 de abril de 1976, destina el artículo 35 con 6 incisos precisamente a la Utilización de la informática, a la letra dice: “1. Todos los ciudadanos tienen el derecho de conocer las informaciones contenidas en los bancos de información acerca de ellos y de la finalidad a que se destinen las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización..”.

Por su parte, otros países europeos establecieron normas particulares sobre la materia. La ley sueca sancionada el 11 de mayo de 1973, introdujo la creación de un registro público específico, donde se debía registrar los archivos electrónicos que incluyesen datos personales, fuera de naturaleza pública o privada, requiriendo la obtención de una licencia específica para la administración de un archivo o sistema de datos personales. Tratándose de información considerada sensible, la ley exigía la autorización expresa para su funcionamiento, que debía conceder una órgano específico denominado Inspección de Datos.⁵²

Por su parte la ley alemana del 27 de enero de 1977, estableció el requisito del consentimiento del interesado previo al registro de un dato, además, de regular el derecho al acceso por parte del individuo, así como

51 Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “La información genética: el espejo de uno mismo”, *Cuadernos del Nucleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derecho*, UNAM, 1998, pp. 181-194.

52 *Op. cit.*, nota, 15, p. 152.

la obligación del responsable de adoptar las medidas de seguridad pertinentes.⁵³

La ley austríaca del 18 de noviembre de 1978, aplicable al tratamiento de la información tanto del ámbito público como privado, también incorpora normas de jerarquía constitucional que otorgan a la protección de datos el carácter de derecho fundamental de la persona, sea física o jurídica.

La normatividad en Dinamarca fue orientada a la expedición de leyes independientes, según la naturaleza de la información, los registros de autoridades públicas, con excepción de los que fueran llevados por los servicios de información de la policía u otras fuerzas de seguridad encargadas de la defensa nacional.

Por su parte, Noruega adoptó un régimen en 1978, estableciendo un sistema de licencias o autorizaciones previas, aplicable a los registrados tanto automáticos como manuales, que contengan datos de personas físicas o jurídicas, pertenezcan éstas al sector público o privado.

También, aunque tangencialmente, la Constitución de Holanda de 1983, en su artículo 10, intitulado “Respeto a la intimidad personal”, dispone que la obligación de legislar para la protección de “la esfera de vida personal en relación con la acumulación y suministro de datos personales” así como sobre “la responsabilidad de las personas con ocasión del examen de los datos por ellas almacenados y el uso que hicieren de ellos así como el aprovechamiento de tales datos”.

En América Latina, ya son varios los países que han establecido un marco normativo para la protección del derecho a la privacidad frente al manejo masivo de información por medios informáticos, destacan aquellos países que en la última década adoptaron una nueva Constitución.

En primer lugar, destaca la Constitución brasileña, vigente desde el 5 de octubre de 1988, siendo el primer texto constitucional latinoamericano que reglamentara específicamente un recurso procesal para la protección y garantía del derecho a la privacidad frente al manejo de la información de manera automática, denominado: *habeas data*.

Efectivamente, Brasil instrumentó un amparo específico bautizado *habeas data*, destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que constasen en registros o bancos de da-

53 *Ibidem*, p. 153.

tos de entidades gubernamentales o de carácter público.⁵⁴ De esta forma, en el artículo 5o. relativo a los derechos y garantías fundamentales de las personas, se reglamenta: “Todos somos iguales delante de la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad y propiedad”.

Sobre el *habeas data*, el mismo artículo determina que se concederá: “a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo”. El formato de Brasil fue adoptado por otros países latinoamericanos, principalmente en aquellos que han reconocido la privacidad en el manejo automático de la información.

Tal es el caso de la Constitución peruana, nación que adoptó una nueva Constitución el 31 de octubre de 1993, en cuyo artículo 2o. se enlistan los “derechos de la persona”, consagra tanto la libertad de información de las autoridades administrativas; como el derecho a la información; el derecho a la privacidad del ámbito personal y familiar genérico; de la privacidad de la intimidad familiar y personal en el ámbito de los servicios informáticos —inciso 7—. Incluso reglamenta el derecho al secreto de las comunicaciones privadas —inciso 10—.

Ahora bien, es el artículo 200 de la Constitución peruana, inciso 3, donde se regula la “acción de *habeas data*”, como un instrumento para la protección de los siguientes derechos: a) a solicitar y obtener información de entidades públicas; b) a que los servicios informativos —públicos o privados— no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar; c) al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agraviantes difundidas por un medio de comunicación social.⁵⁵

Analizando la consagración del recurso peruano, podemos destacar, que procede para la protección del: a) derecho genérico de la información —inciso 5—; b) derechos que afecten la intimidad personal y familiar —in-

54 Sidou, Othon, “*Habeas data*, mandado a injução, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular”, 3a. ed., Río de Janeiro, Brasil, Forence, 1989, p. 446.

55 Eguiguren, J. Francisco, “Poder Judicial, Tribunal Constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, UNAM, núm. 35, 1999, pp. 49-52.

ciso 6—, y c) derechos que afecten el honor, la reputación, la voz y la imagen propia —inciso 7—. Se ha dicho que el régimen del *habeas data* peruano, “tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo”.⁵⁶ Ya que ha extendido su protección, no solo los excesos del poder informático, sino también a las injerencias al honor, a la privacidad, a la propia imagen, a la intimidad familiar, e incluso a la voz.

Por su parte, la Constitución colombiana del 4 de julio de 1991, en su artículo 15 decreta para todas las personas el derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, responsabilizando al Estado su obligación de respetarlos, así determina:

Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución...

Por su parte, la Constitución argentina, ha consagrado el derecho de toda persona a ejercer una acción de amparo para conocer los datos referidos a ella, así como su finalidad, contenidos en registros públicos y privados, y en caso de ser ellos falsos o discriminatorios, exigir su supresión, rectificación, actualización y confidencialidad, en el artículo 43, cuyo texto determina:

...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Gran impacto ha tenido la recepción constitucional sobre la protección del dato personal, incluso ha llegado hasta diversos Estados provinciales argentinos. Algunas de ellas se han orientado a la inclusión de disposiciones específicas referidas a la protección del derecho a la intimidad, con soluciones variadas, tal es el caso de las Constituciones de:

56 *Ibidem*, nota 4, p. 97.

- Santa Cruz⁵⁷
- Catamarca⁵⁸
- Corrientes⁵⁹
- Formosa⁶⁰
- Neuquén⁶¹
- Salta⁶²
- Santiago del Estero⁶³

Otras cartas fundamentales provinciales optaron con buen criterio, en definitiva, por incorporar algunas de ellas expresamente al denominado derecho de acceso, refiriéndose otras específicamente al impacto de la informática en la materia. Ésta ha sido la postura adoptada por las Constituciones de:

- Jujuy⁶⁴

57 Artículo 13. Todo habitante tiene derecho a replicar o rectificar las informaciones o referencias susceptibles de afectarlo personalmente, en forma gratuita y por el mismo en que se haya hecho tal referencia o información. Una ley reglamentará el ejercicio de este derecho.

58 Artículo 15. Cualquier persona que se considere afectada por una publicación podrá recurrir a la justicia ordinaria para que ella, por medio de un procedimiento sumario, ordene al autor responsable o a la empresa publicitaria la inserción en sus columnas en el mismo lugar y con la misma extensión, la réplica o rectificación pertinente, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden (civil, penal, etc.) que correspondieran.

59 Artículo 26. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudique a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

60 Artículo 12. La libertad de expresión comprende también el derecho a las publicaciones a obtener los elementos necesarios a tal fin y la facultad que tiene toda persona a la réplica y rectificación ante una referente o información susceptible de afectar su reputación personal, la que deberá publicarse gratuitamente, en igual forma y con el mismo medio utilizado. Una ley especial asegurará la protección debida a toda persona o entidad contra los ataques a su honra, reputación vida privada y familiar, cuando ésta sea lesionada por cualquiera de los medios de difusión de las ideas del pensamiento determinadas en el artículo 10.

61 Se prevé en el artículo 22 el derecho a réplica.

62 De 1986 (artículo 22). Son inviolables el domicilio, los papeles y registros de datos privados, la correspondencia epistolar y las comunicaciones de cualquier índole. Sólo pueden ser allanados, interlineados, interceptados o registrados, en virtud de orden escrita de juez competente... Las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos previstos por la ley.

63 De 1986 (artículo 18). Todos los habitantes tienen los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: a la vida, a la libertad, al honor, a la seguridad, a la intimidad... Ningún habitante puede sufrir injerencia o ataques arbitrarios en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, su honra o su reputación.

64 Protección de la intimidad de la honra y de la dignidad... 4. Cualquier persona afectada en su intimidad, honra o dignidad por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de los medios de comunicación tiene el derecho de efectuar una rectificación o respuesta gratuitamente, en el mismo lugar hasta su igual extensión o duración por el mismo órgano de difusión. Ese cumplimiento

- La Rioja⁶⁵
- San Juan⁶⁶
- Córdoba⁶⁷
- San Luis⁶⁸
- Río Negro⁶⁹
- Buenos Aires⁷⁰

se podrá demandar mediante juicio de amparo ante cualquier juez letrado de la provincia, sin perjuicio de la responsabilidad de otro orden que pudiere corresponder. ...8. El procesamiento de datos por cualquier medio o formas, nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respeto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos.

65 Artículo 30, párrafo 2. La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

66 Artículo 26. Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de los que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para estadísticos no identificables.

67 Artículo 50. Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no vulnere el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

68 Artículo 21. Todos los habitantes de la provincia tienen derecho a tomar conocimiento de los que de ellos conste en registro de antecedentes personales e informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos.

69 Artículo 20. La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico o electrónico debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos, la ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguarda de la seguridad, apertura de registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando fuera razonable su mantenimiento.

70 Artículo 20. Garantías individuales. Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: 3 (*habeas data*): a través de la garantía de *habeas data*, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos, o privados destinados a proveer informes, así como finalidad a que se destine esa información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.

Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. Todas las garantías procedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promueven en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretenda tutelar.

— Chubut⁷¹

Por su parte, la Constitución de Paraguay del 20 de junio de 1992, regula el derecho a la intimidad personal y familiar en los siguientes términos: “artículo 33. Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”.

Sobre la reglamentación del *habeas data* la Constitución del Paraguay en su artículo 135 establece que:

Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

La protección del *habeas data* paraguayo es amplio ya que este recurso tutela: a) derechos personalismos, como la privacidad o la no discriminación; b) derechos no patrimoniales, como las convicciones religiosas, o ideas políticas, y c) derechos patrimoniales, para esclarecimiento de datos sobre bienes de personas físicas o morales, ya que, se hace alusión a la “persona” amparando a estas últimas.

En términos generales, podemos comentar que el *habeas data* se ha llegado a asimilar con el amparo, hecho que no ha sido del todo positivo. En este sentido se ha confundido la forma con el fondo, ya que se ha desvirtualizado la finalidad del recurso. Ciertamente, mientras el amparo es entendido como un remedio o vía procesal de naturaleza excepcional que requiere la presencia de “la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”, el *habeas data*, tiene una finalidad específica, que implica el otorgar a toda persona un medio pro-

71 Artículo 56. Toda persona puede interponer acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o en los privados destinados a proveer informes y en caso de error, omisión, falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No puede afectarse el secreto de una fuente de información periodística.

cesal eficaz que proteja su intimidad, o bien, que evite que terceras personas hagan uso indebido de información de carácter personal.⁷²

5. Ombudsman de la información

El jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio menciona en una de sus clásicas obras sobre la protección procesal de los derechos humanos, la frase afortunada de Mauro Cappelletti para designar a aquellos instrumentos procesales que están destinados específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir la protección. Es aquí donde entran “aquellos instrumentos que no pueden calificarse procesales en sentido estricto, es decir, como medios que se pueden ejercitar ante los órganos jurisdiccionales, material o formalmente considerados, pero que por estar dirigidos a la tutela rápida y eficaz, al menos en teoría, de los derechos, han alcanzado un prestigio creciente que han principiado su propia inclusión en ordenamientos diversos de aquellos en los cuales surgieron”, éste es el caso del *ombudsman*.⁷³

Ahora bien, se ha llegado a reconocer como la primer ley europea dictada especialmente para la protección de la privacidad por el manejo de la información, la sancionada por el Parlamento del Land de Hesse de la ex República Federal de Alemania. Esta norma crea un cargo de magistrado especial para la vigilancia de la aplicación de la ley, principio que se extendería también a otros estados alemanes.

Éste es precisamente el perfil que han adoptado la mayoría de los países europeos para la defensa de la privacidad frente a la informática. Si bien es cierto que muchos no han seguido ese nombre, en esencia la institución creada para ese propósito reviste el espíritu mismo del *ombudsman* clásico.⁷⁴

Éstos son organismos autónomos de la administración pública que tienen destinada la tutela y vigilancia sobre el manejo, uso y difusión de

⁷² *Ibidem*, pp. 162 y 163.

⁷³ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, México, Civitas, 1982, pp. 57 y 58.

⁷⁴ De esta forma tenemos que los mencionados países expidieron una normatividad específica con un organismo encargado de tutelarla. Así tenemos a la ley danesa que establece una denominada Inspección de Registros; a la ley francesa que crea la Comisión Nacional de Libertades Informáticas; a la ley noruega que crea la Inspección de Datos; la ley austríaca que crea la Comisión de Protección de Datos y el Consejo de Protección de Datos, ambos a nivel federal, la ley alemana que establece la figura del comisionario o delegado federal para la protección de los datos personales.

las entidades administrativas realizando funciones inspectoras, de rectificación, de conciliación con relación a la información de los ciudadanos y aquellas entidades que realizan bancos de información nominativa.

V. CONCLUSIONES

El uso de las tecnologías de la comunicación, cuyo máximo exponente es Internet ha dado lugar a nuevas categorías jurídicas, incluso a la conceptualización de nuevos órdenes jurídicos específicos e independientes.

El *derecho de la comunicación telemática* se propone como una rama del conocimiento jurídico que tiene por finalidad la estatuto jurídico regulador del uso, manejo y proyección de los instrumentos y tecnologías informáticas dentro de la sociedad. Donde el estatuto jurídico debe integrar tanto las leyes y normas particulares dispersas o en conjunto —que tengan como finalidad regular algún aspecto relacionado a los bienes informáticos—, como a las resoluciones que hayan emitido los jueces.

El efecto globalizador de Internet está dando lugar a una mayor y rápida homologación del derecho, en virtud de que la información jurídica que “*circula y navega*” por la red debe tener una protección jurídica *ad hoc*, al territorio en el que aterriza.⁷⁵

75 La Agencia de Protección de Datos de España sancionó a Microsoft Ibérica por manejar información nominativa sin la debida autorización, *El país*, 16 de junio de 2000.

DERECHO, DELITOS Y LIBERTADES EN INTERNET

Raúl TREJO DELARBRE*

SUMARIO: I. *De la espontaneidad originaria al esbozo de un gobierno en las redes.* II. *Democracias avanzadas y dictaduras coinciden al tratar de censurar a la red.* III. *Libertades, derechos, patrimonio intelectual y comercio en Internet.* IV. *Cuando las nuevas tecnologías son empleadas para cometer viejos delitos.* V. *Dilema jurídico y político: hacer nuevas leyes o reformar las que ya existen.* VI. *El ciberespacio: ¿un territorio distinto que amerita una jurisdicción específica?* VII. *Pautas éticas en Internet, recurso que busca anticiparse a las leyes.* VIII. *Derecho de todos a Internet, parte del derecho de la sociedad a la información.* IX. *Internet en América Latina.*

La ponencia del profesor Álvaro Dávila Peña esboza varios de los principales temas de la discusión actual acerca de las implicaciones jurídicas de Internet. El bosquejo inicial acerca de la historia de la red de redes permitirá a los no enterados acercarse no sólo al origen, sino al reconocimiento de algunos problemas en el uso y el abuso de Internet.

Conforme su empleo ha sido más intenso, especialmente con la posibilidad de realizar transacciones electrónicas de carácter variado, Internet ha requerido de mayor formalidad, en contraste con sus desarreglados y espontáneos tiempos iniciales. Las que el autor propone como ventajas y desventajas del comercio electrónico son, en buena medida, características de las operaciones mercantiles —y del mercado mismo— en las sociedades contemporáneas.

Más adelante, la tesis del *servicio universal* que el autor recupera con el propósito de discutir cómo extender la presencia de Internet en nuestras

* Investigador del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

sociedades, permite reconocer la limitación más importante de la red de redes: su cobertura sigue estando circunscrita a los sectores de mayor desarrollo cultural, y/o económico, en países como los nuestros. Advertir esa enorme restricción, que sigue haciendo de Internet un medio elitista, no basta para remediarla, pero constituye un paso inicial, sobre todo delante de la estruendosa propaganda que pretende que Internet tiene una cantidad de usuarios mucho mayor que la real.

La experiencia colombiana, que Dávila Peña explica desde los fundamentos constitucionales hasta la jurisprudencia acerca de la libertad de información, permite identificar preocupaciones compartidas en otras naciones latinoamericanas. Pero, igual que en la mayoría de nuestros países, en Colombia se carece de una legislación específica para Internet. En vez de ello tiende a prevalecer la autorregulación que, como el autor de la ponencia general advierte, cubre vacíos importantes, aunque existen derechos como los de propiedad intelectual que posiblemente requerirían de mayores precisiones jurídicas.

En las siguientes páginas incursionamos en temas similares a los que menciona el profesor Dávila Peña, con el propósito, en algunos casos, de subrayar preocupaciones expresadas en la ponencia principal de esta mesa y, en otros, de ampliar la discusión sobre el derecho e Internet.

I. DE LA ESPONTANEIDAD ORIGINARIA AL ESBOZO DE UN GOBIERNO EN LAS REDES

Desde que surgió hace ya dos décadas, Internet parece haberse desarrollado por un cauce distinto, y a veces contrapuesto, al de las disposiciones jurídicas —al menos tal y como se las conoce habitualmente—. Los estudiantes y profesores universitarios que le confirieron el espíritu lúdico y el trato informal que definió a la red de redes en sus primeros tiempos tenían escaso interés en establecer normas que podían rigidizar, limitándolo, el espacio libre en el que pronto se convirtió Internet. Cuando se hizo necesario tener algunas reglas para ordenar al tráfico de mensajes y evitar conflictos entre sus autores y destinatarios, se prefirieron los códigos de comportamiento ético.

La asignación de domicilios en la red, que en sus inicios nadie pensó que llegaría a convertirse en fuente de enormes negocios y de célebres litigios, fue encomendada a una institución privada respaldada con fondos

del gobierno estadounidense. Así fue como se determinaron los domicilios en las áreas más conocidas (.com, .gob, .edu, .net, .org, para los sitios comerciales, gubernamentales, educativos, relacionados con la red y de organizaciones civiles). Luego, en cada país los promotores de Internet, casi siempre instituciones académicas, se encargaron de conceder el derecho a emplear domicilios, como el que en nuestro país se conoce por la terminación .mx .

No hacía falta mayor regulación. Pero a medida que ganó presencia social y cultural y, sobre todo, una significativa influencia económica, en Internet menudearon los conflictos y, para algunos de sus usuarios, especialmente en los gobiernos, la sensación de que hacían falta reglas peculiares para ordenar el disperso universo de mensajes y espacios que es Internet, lo mismo en el empleo de recursos como el correo electrónico que en el sitio de sitios que constituye la WWW, la red electrónica mundial. A fines de 1998 se constituyó Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporación Internet para Nombres y Números Asignados) que registra domicilios y autoriza nuevas denominaciones de dominios, entre otras tareas. La ICANN tiene un Consejo Directivo encabezado por la estadounidense Esther Dyson e integrado por una veintena de representantes de distintas comunidades y grupos de interés relacionados con Internet, en todo el mundo.¹ Esa institución es lo más parecido que existe a un “gobierno” de Internet.

II. DEMOCRACIAS AVANZADAS Y DICTADURAS COINCIDEN AL TRATAR DE CENSURAR A LA RED

Los otros gobiernos, los que encabezan y orientan a los estados nacionales, han considerado que la red de redes se les escapa de las manos —y en buena medida así ocurre— y desde hace varios años han querido regularla. Significativamente, los principales intentos para establecer leyes específicas para moderar el ejercicio de las libertades en Internet han ocurrido en países singularizados, al menos en el discurso público prevalente en ellos, por el respeto a los derechos individuales y sociales y, por otra parte, en países represivos y dictatoriales.

1 Una didáctica y útil descripción de la ICANN puede encontrarse en el ensayo de Alejandro Pisanty, “México: ICANN ¿“Gobierno de Internet”?”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, núm. 24, julio de 2000, http://publicaciones.derecho.org/redi/No_24_-_Julio_del_2000/18 Pisanty, mexicano, es el único latinoamericano que forma parte del Consejo Directivo de la ICANN.

En los Estados Unidos, a comienzos de 1995, el congresista James Exon presentó una iniciativa para castigar la propagación de material “obsceno, lúbrico, lascivo, asqueroso o indecente” a través de Internet. El problema principal de esa propuesta era su ambigüedad. Cada quien podría juzgar, de acuerdo con sus propios parámetros, la obscenidad o lubricidad. Pero la posibilidad de sancionar contenidos por una decisión discrecional de algún juez abría la puerta para una censura no sólo moral sino también ideológica y política.

El 10. de febrero de 1996 el Congreso estadounidense aprobó la iniciativa del senador Exon, que había sido incorporada a una nueva Ley de Telecomunicaciones primero.² De inmediato, varios grupos de usuarios de Internet presentaron recursos legales contra esa disposición y se inició un litigio que duraría más de un año.

En junio de 1997, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que las enmiendas al Acta de Telecomunicaciones relativas a Internet atentaban contra la libertad de expresión, y por lo tanto eran anticonstitucionales. Para entonces, el diferendo había pasado por varias instancias legales. Los grupos de activistas por las libertades en Internet, especialmente de la Fundación Fronteras Electrónicas,³ habían desplegado una intensa labor no sólo en el terreno de la propaganda, sino, también, de carácter didáctico. En Filadelfia y Nueva York tuvieron que llevar a las cortes federales varias computadoras para mostrar a los jueces qué es Internet y por qué las restricciones a las libertades en la red tenían implicaciones graves. Las salas de esos tribunales, de pronto se convirtieron en escuelas activas en donde los solemnes jueces se pasaron varias horas divirtiéndose con los hallazgos de toda índole que lograban en la red de redes. Además de definitorios votos que harían posible el triunfo de su causa, esos defensores de las libertades en Internet consiguieron adiestrar a varios nuevos cibernautas.

En la Unión Europea y en mucha menor medida en América Latina, también se han conocido intentos para legislar los contenidos en Internet. Por lo general, frente al interés de los gobiernos para establecer controles, los usuarios más conspicuos de la red de redes han insistido en que el carácter abierto de Internet implica riesgos, entre ellos la propagación de

2 Sobre el inicio de episodio, puede verse una breve reseña en nuestro libro *La nueva alfombra mágica. Usos y mitos de Internet, la red de redes*, Madrid, Fundesco, 1996 (y Diana, México, 1996) especialmente pp. 225 y ss.

3 <http://www.eff.org/>

contenidos ofensivos al menos para algunas personas. Pero entre censurar o tolerar la circulación de mensajes e íconos de toda índole, la opinión prevaleciente ha sido favorable a la permisividad. En esa posición, ha influido la defensa de la expresión libre que han compartido no sólo grupos de activistas, sino incluso los consorcios más importantes relacionados con la informática (lo mismo empresas de servicios de conexión como América Online, que Microsoft o IBM). Pero además, esa tolerancia se ha debido a cierto pragmatismo: las características técnicas de Internet hacen difícil y a veces casi imposible identificar, incluso sancionar, a los autores de contenidos que puedan ser considerados como delictuosos.

Y así como es en los países más desarrollados —y en donde Internet se ha expandido con más rapidez— en aquellos en los que han surgido intentos de reglamentación, también, en el otro extremo, en algunas naciones de régimen autoritario se ha pretendido castigar el empleo de la red fuera de las pautas que dicta el poder político.

Entre 1996 y 2000 se han conocido restricciones al empleo de Internet en sitios como China y Singapur. Uno de los casos más drásticos y recientes ha sido el de Birmania. En febrero de 2000, Correos y Telecomunicaciones de esa nación (ahora conocida como Myanmar) anunció las siguientes reglas para los usuarios de Internet:

Cualquier escrito perjudicial a los intereses de la Unión de Myanmar, no será enviado por correo.

Cualquier escrito directa o indirectamente perjudicial a las actuales políticas y a los asuntos de seguridad secreta del Gobierno de la Unión de Myanmar, no será enviado.

Los escritos relacionados con política, no serán enviados;

Únicamente la persona a la que se otorga una cuenta de Internet, puede usar esa cuenta; ninguna otra persona está autorizada a usar Internet;

La persona a la que se otorga una cuenta de Internet, es responsable por todo el uso de Internet en esa cuenta;

Una persona con una cuenta de Internet, tiene prohibido *hackear* la red y entrar y destruir el sistema de seguridad de Correos y Telecomunicaciones de Myanmar;

Está prohibido *hackear* la red y entrar a destruir el sistema de seguridad de otros usuarios de Internet;

Las personas que tienen una cuenta de Internet tienen prohibido hacer un mal uso de la cuenta de otros usuarios de Internet;

Los usuarios de Internet tienen que informar a Correos y Telecomunicaciones de cualquier amenaza en Internet;

Los usuarios de Internet tienen que obtener autorización previa de la organización designada por el Estado para crear páginas *web*;

Los solicitantes de una cuenta de Internet son considerados responsables de la veracidad de los hechos contenidos en su solicitud;

Correos y Telecomunicaciones tiene el derecho de enmendar y cambiar las regulaciones para el uso de Internet, sin aviso previo;

La solicitud puede ser archivada para compensar cualquier daño o pérdida,

El uso de Internet terminará y se tomará acción legal por la violación de cualquiera de estas reglas.⁴

En enero de 2000, de acuerdo con el grupo Reporteros sin Fronteras, las autoridades de Birmania encarcelaron al menos a tres personas, entre ellas un oficial del ejército, por consultar sitios *web* de la oposición colocados desde otros países.

Otro caso reciente. El 20 de enero de 1999 Lin Hai, propietario de una empresa de computadoras en Shangai, fue condenado a dos años de cárcel por “incitar a derrocar al Estado”. Su delito fue entregar 30 mil domicilios de correo electrónico chinos a la publicación electrónica *VIP Reference News*, elaborada en Washington por opositores al gobierno de China. El juicio de Hai se había realizado en diciembre anterior, en una sesión que duró 30 minutos. El director de la zona asiática de Human Rights Watch, Sidney Jones, declaró entonces: “Este cruel castigo refleja la ansiedad del gobierno chino acerca del aumento del uso de Internet en este país, y la imposibilidad de que pueda controlar el flujo de la información”.⁵

Leonard Sussman, coordinador del informe anual sobre libertad de prensa de la organización Freedom House, ha estimado a partir de una investigación francesa que, en 2000, “45 naciones restringen el acceso a Internet con el pretexto de proteger al público de ideas subversivas o violaciones a la seguridad nacional”. Ese académico se refiere a “palabras en clave usadas por los censores desde el siglo XVI”.⁶

4 *Communications Law in Transition Newsletter*, vol. 1, núm. 4, 12 de febrero de 2000: <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/transition/issue04/updates.htm>

5 *Fronteras Electrónicas de España*, comunicado difundido por correo electrónico el 23 de enero de 1999.

6 Leonard R. Sussman, “Censor Dot Gov. The Internet and Press Freedom 2000”, <http://www.freedomhouse.org/pfs2000/sussman.html>

III. LIBERTADES, DERECHOS, PATRIMONIO INTELECTUAL Y COMERCIO EN INTERNET

En el desarrollo de la red de redes se han perfilado varios campos de posible conflicto debido a la ausencia de reglas suficientemente claras. Hay quienes consideran que basta con legislar, aunque el problema es de mayor complejidad debido a las características únicas de Internet. Mencionamos, a continuación, algunos rasgos de las que a nuestro juicio son las cuatro principales áreas abiertas a la comisión de delitos específicamente informáticos. Luego comentamos el uso de Internet para perpetrar delitos que no necesariamente dependen de las redes informáticas.

1. *Derecho a la expresión en la red*

La posibilidad prácticamente ilimitada para colocar todo tipo de contenidos ha sido aprovechada de las maneras más diversas por los usuarios de la red de redes. En Internet, especialmente en la WWW, hay enormes cantidades de materiales informativos, recreativos y didácticos. También existen sitios destinados a promover actitudes de intolerancia, racismo y odio y, como es ampliamente sabido, numerosas páginas repletas de pornografía. Nuevo como es, en este medio aún no se definen pautas y preferencias claras de sus usuarios. Entre las páginas que algunas personas pueden considerar ofensivas, algunas suelen ser concurridas, y otras pronto dejan de llamar la atención.

Los principales y más frecuentes intentos para reglamentar Internet buscan censurar los contenidos considerados como obscenos. Se suele argumentar que la exposición abierta de materiales de esa índole puede afectar a niños y jóvenes. Por otro lado, existe el derecho de los adultos que así lo deseen, para mirar y visitar tales páginas.

Entre la necesidad de proteger a los menores de edad y preservar el derecho de los adultos a colocar y consumir la información que deseen, hay un dilema que no ha sido claramente resuelto. Lo más recomendable es establecer filtros y quizá claves para el acceso a los sitios que presentan contenido para adultos. Y sobre todo, mantener una frecuente supervisión de los padres sobre lo que miran y buscan los niños y jóvenes en la red.

2. *Derecho a la privacidad*

La capacidad de la red de redes para que cada quien coloque en ella los contenidos que quiera, es tan amplia como la posibilidad para que los mensajes e incluso la información en su computadora que un usuario no quiere que sea conocida por otros, puedan ser vistos e infiltrados sin su consentimiento. La posibilidad de interferencia existe en prácticamente todos los medios de difusión. Pero las transgresiones a la privacidad en Internet han sido tan publicitadas que existe la sensación de que en ella todo el tráfico de mensajes, incluso el correo electrónico, se encuentra constantemente abierto al escrutinio de mirones cibernéticos.

Quizá no es para tanto. La privacidad absoluta no existe en la red. Incluso los sistemas de seguridad más sofisticados y el empleo de claves y mensajes cifrados pueden ser transgredidos por especialistas en informática si así lo desean. Pero es exagerado imaginar, por ello, que el ciberespacio es un océano repleto de piratas informáticos dispuestos a asaltar el primer correo electrónico que se les atraviesa.

Más que los *hackers*, la privacidad en Internet está amenazada por las grandes corporaciones que trafican con la información relativa a las preferencias y costumbres de los usuarios de la red de redes. Además, se sabe de la existencia de sofisticados sistemas patrocinados por los gobiernos de los países más poderosos, para espiar los mensajes que transitan por el ciberespacio.

Recientemente se ha confirmado la existencia de una vasta red de interceptación de mensajes patrocinada por los gobiernos de Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda y con la contribución de Alemania y Japón. Gracias a un sistema de antenas satelitales instaladas en esos países; además en Italia y Turquía, entre otros sitios, se ha logrado una capacidad de interceptación capaz de reunir, y procesar, llamadas telefónicas, mensajes de correo electrónico, descargas de información en sitios en la WWW y transmisiones satelitales. A ese sistema de espionaje se le ha llamado Echelon.

Algunos especialistas consideran que Echelon tiene capacidad para interceptar 3 mil millones de comunicaciones todos los días. La información que recaba es analizada por sofisticados programas de inteligencia artificial en cuatro centros, ubicados en Estados Unidos (cerca de Denver),

Inglaterra, Australia y Alemania.⁷ Se ha llegado a afirmar que Echelon tamiza el 90% de toda la información que circula por Internet en el mundo entero.

En otro asunto, en mayo de 2000, la Cumbre Mundial contra la Delincuencia en Internet del Grupo de los 8, que se reunió en París, aprobó 22 recomendaciones; entre ellas se encuentra la exigencia a compañías privadas de equipos de cómputo o proveedoras de acceso a la red para informar a sus respectivos gobiernos de los riesgos que adviertan a la seguridad en los sistemas informáticos. De esta manera, tales empresas se convertirían en informantes de agencias como el FBI estadounidense. Aunque se sugirieron medidas que tienden a reforzar la responsabilidad de los usuarios de la red, especialistas del grupo Privacy International consideraron que otras decisiones de la reunión en París “reducirán la privacidad en Internet y no servirán para prevenir futuros ciberataques”.⁸

3. *Derechos de autor y patrimoniales*

Cuando en la red de redes comenzaron a reproducirse textos y fotografías elaborados para otros medios, especialmente impresos, nadie se quejó de tráfico con sus derechos de autor. Sin embargo, a medida que Internet se ha mercantilizado, o ha estado dominada por expectativas de comercialización cada vez mayores, los creadores de contenidos de toda índole buscan que se reconozca y, cuando sea posible, se pague su autoría.

Existen convenciones internacionales y legislaciones que extienden el reconocimiento de los derechos de autor a los formatos digitales, en cualquier modalidad. Además, se ha avanzado en la creación de instituciones capaces de registrar con acuciosidad a los propietarios domicilios electrónicos a fin de reconocer los derechos patrimoniales sobre ellos, en los sitios *web*. En México, la Ley Federal del Derecho de Autor, vigente desde diciembre de 1996, reconoce la obra reproducida o almacenada, “por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente”.⁹

7 Éstas y otras informaciones sobre Echelon pueden encontrarse en: <http://www.aclu.org/echelonwatch/index.html> También puede verse, Recillas, José Manuel, “El *affaire* Echelon”, *Día Siete*, Revista de *El Universal*, México, año 1, núm. 2, 25 de junio de 2000.

8 Gilc, Alert, vol. 4, Issue 5, 31 de mayo de 2000: <http://www.privacyinternational.org/issues/cybercrime/>

9 Secretaría de Educación Pública, *Ley Federal del Derecho de Autor*, artículo 16, México, 1996.

Sin embargo, las características propias de la divulgación de mensajes en la red propician un intercambio, una alteración e incluso una apropiación tan versátiles, que las leyes no parecen ser suficientes para garantizar los derechos de los autores (otro asunto es si muchos autores quieren, o no, pelear por tales derechos). El polígrafo alemán Hans Magnus Enzensberger, en un revisionista ensayo sobre la red, ha encontrado que:

Ahora, es difícil saber quién es el autor de un e-mail o de un mensaje web; pero con el autor desaparece también la autoridad. No sólo cualquiera puede publicar, cualquiera puede meterse teóricamente en el texto del otro, copiarlo, continuarlo, parafrasearlo, plagiarlo o falsificarlo. Los códigos y las limitaciones de acceso pueden superarse con los mismos métodos que les dieron vida.¹⁰

4. Comercio y leyes en la red

Conforme se ha acentuado el carácter comercial de Internet, los gobiernos, pero sobre todo las empresas que quieren vender productos y servicios en este nuevo medio, han requerido normas para legalizar las transacciones financieras y mercantiles. ¿Qué validez tienen los compromisos de compraventa en la red? ¿Qué obligaciones deben ser respetadas por los vendedores y cuáles son los derechos de los consumidores? ¿Cómo se autentifican esas transacciones? esos son algunos de los dilemas que abre el comercio electrónico.

Por lo general, la legislación vigente para las operaciones mercantiles mediante los procedimientos hasta ahora habituales puede ser aplicada en el comercio electrónico. En algunos casos se requieren ajustes ligeros.

En abril de 2000, la Cámara de Diputados en México aprobó una nueva Ley de Comercio Electrónico que reconoce los contratos celebrados a través de correo electrónico y la firma digital, entre otras innovaciones.¹¹ Esa ley quedó sujeta a la aprobación del Senado de la República.

El 30 de junio de ese mismo año el presidente Bill Clinton expidió el decreto que formaliza el uso de la firma electrónica en los Estados Uni-

10 Magnus Enzensberger, Hans, *El evangelio digital*, trad. de José María Pérez Gay, México, Nexos, núm. 267, marzo de 2000, p. 60.

11 Cárdenas Garza, Heliodoro, "Aprueban diputados la Ley de Comercio Electrónico", *Milenio Diario*, México, 27 de abril de 2000.

dos: lo hizo insertando una tarjeta con una banda magnética que tiene registrados sus datos, personales e intrasferibles.¹²

IV. CUANDO LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SON EMPLEADAS PARA COMETER VIEJOS DELITOS

En torno a los delitos en Internet, se han dicho y escrito toneladas de versiones e historias. Tanto así, que en algunas ocasiones se ha llegado a crear una imagen sombría y pícara de la red de redes, como si en ella prevalecieran las fechorías y la pornografía.

Internet, no hay que olvidarlo, es un medio. Tiene características que la distinguen de otros medios de comunicación personal, como el correo ordinario y el teléfono, lo mismo que de medios de comunicación masiva como la televisión y la radio. Pero es, antes que nada, un recurso para intercambiar información que puede ser empleado con fines diversos.

Igual que hay quienes insultan y amenazan por vía telefónica, el correo electrónico puede ser empleado para amagar y atemorizar. De la misma manera que en la radio o la televisión es posible anunciar artículos cuya venta llega a constituir un fraude a los consumidores, en la red de redes hay estafas. No queremos restarle importancia a la comisión de delitos a través de Internet, sino insistir en que a través de ella pueden perpetrarse faltas que hace tiempo son padecidas en nuestras sociedades y, de manera más amplia, por el género humano.

El correo electrónico, por ejemplo, puede ser utilizado para vender estupefacientes y como vía para el lavado de dinero. En las tiendas electrónicas, con su tarjeta bancaria, los compradores pueden pagar artículos que luego resultan de mala calidad o que nunca reciben. Ésos no son delitos debidos a Internet, la cual simplemente es empleada para ilícitos que quizá de todos modos serían realizados, o que han sido tipificados antes de que existiera la tecnología que hace posible la comunicación a través de ella. Se ha sabido de casos de personas que son atacadas cuando acuden a una cita con alguien a quien conocieron a través de un *chat*.

Internet, igual que todo medio de comunicación y todo espacio abierto a la interacción pública, ha sido empleada para propagar contenidos cuya divulgación, y antes su creación, son delictivos (por ejemplo y de manera destacada, la utilización de niños y niñas en imágenes de carácter

12 Lacey, Marc, "Clinton Signs E-signature Bill", *The New York Times*, 1o. de julio de 2000.

pornográfico). Hay delitos que aparentemente sólo se cometen a través de las redes electrónicas, como la desviación de fondos de una cuenta bancaria a otra mediante la intromisión de algún especialista en informática en las bases de datos de una institución financiera. Pero, aunque tecnológicamente sofisticadas, éstas son transgresiones que ya ocurrían con otros métodos, antes de Internet. El fraude y el robo siempre han existido.

Lo que queremos decir es que más allá de ajustar algunos aspectos específicos de la legislación para que sean reconocidas las modalidades del intercambio de mensajes e incluso de valores financieros a través de Internet, lo más pertinente es que, en este nuevo medio, sea aplicable la legislación que ya existe para otras áreas de las relaciones dentro de la sociedad.

V. DILEMA JURÍDICO Y POLÍTICO: HACER NUEVAS LEYES O REFORMAR LAS QUE YA EXISTEN

Cada vez que surge o se desarrolla un nuevo espacio de relación entre los individuos o una nueva actividad humana, el espíritu reglamentista de algunos abogados conduce al intento para dotarlo de nuevas pautas jurídicas. Desde luego, la existencia de normas es uno de los rasgos de una sociedad civilizada. Internet, que se debe a uno de los desarrollos tecnológicos más intensos en los últimos veinte años, no podría estar al margen de ese rasgo de la civilización que son las reglas. Pero en muchos casos, antes de imaginar nuevas normas es pertinente revisar si no es más sencillo actualizar, para este espacio peculiar, las que ya tenemos.

Si se ha de atender a la singularidad de la red de redes, también es preciso recordar el inédito y hasta ahora casi siempre irrestricto ejercicio de las libertades que ha podido desplegarse, con propósitos y resultados de toda índole, en la red de redes.

Un trabajo reciente sobre el dilema entre legislar y no para Internet, diagnostica:

Decidir entre las restricciones represivas que atenten contra la libertad de expresión en Internet o convivir en ese espacio sin reglas donde las transgresiones sean cosa de todos los días, son los extremos que deben evitarse en una sociedad que necesita ser parte de los cambios, pero que es consciente de la importancia de garantizar el respeto y equilibrio en las nuevas "relaciones virtuales" que nos ofrece la cibercultura.

En virtud de los rápidos y constantes cambios tecnológicos, los legisladores no pueden comprender sus consecuencias y tampoco adaptar o, en

este caso, plantear medidas reguladoras. Es fundamental recordar que uno de los problemas más graves en el establecimiento de normas en un medio cualquiera —con más razón en Internet donde cambia con rapidez la tecnología— es cómo proteger el interés del público al tiempo que se obtiene el máximo de libertad posible para los ciudadanos, las compañías y otras entidades.

La opinión de los legisladores del mundo está dividida, lo que está claro ya es que la ausencia de una estructura legal es una condición peligrosa para mantenerse a la altura del ritmo de innovación en la tecnología de la información y de la diversificación de necesidades de nuestra sociedad; también lo es la evidente urgencia de comprensión de las consecuencias tecnológicas y sociales con la llegada de Internet...¹³

Más severa, reclamando prudencia antes de abrir una nueva rama del derecho, es la posición de quienes recuerdan que no es la primera vez que los descubrimientos tecnológicos, especialmente aquellos que sirven para la comunicación, plantean viejos retos que parecen nuevos. Jonathan Wallace —abogado especialista en asuntos informáticos— y Mark Mangan, escritor de temas relacionados con Internet, advertían en un libro casi pionero, aparecido en 1996:

Debido a la histeria que rodea a la nueva tecnología, la cual es causa de una transformación social, nuestros legisladores han perdido de vista el hecho de que muchas de las viejas leyes están bien. La historia ilustra el principio de que las viejas leyes por lo general están maduras, no han sido desechadas, cuando emerge una nueva tecnología. El telégrafo era como el ferrocarril. El teléfono era una forma de telégrafo. La televisión era radio con imágenes. Cuando se introdujo el automóvil, las leyes existentes que regían el robo de propiedad personal fueron fácilmente aplicadas o adaptadas para proteger a los propietarios de automóviles. No había diferencia significativa entre el robo de un carruaje tirado por caballos y el de un automóvil. No es necesario rehacer nuestras leyes cada vez que inventamos algo nuevo, todavía hay gente aparentemente ciega a la metáfora del que siempre quiere precipitarse y eso es exactamente lo que hace.¹⁴

13 Bazaine Gallegos, Victoria Teresa, *Legislar o no legislar: el dilema de Internet ignorado en México*, México, UNAM, tesis de licenciatura en Ciencias de la Comunicación, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, p. 115.

14 Wallace, Jonathan y Mangan, Mark, *Sex, Laws and Cyberspace*, Nueva York, Henry Holt Publisher, 1996, p. 252.

VI. EL CIBERESPACIO: ¿UN TERRITORIO DISTINTO QUE AMERITA UNA JURISDICCIÓN ESPECÍFICA?

Esos mismos autores aseguran que muchas leyes aplicables a la difusión de mensajes podrían servir para resolver algunos dilemas prácticos en la red. Pero advierten una excepción: “Sólo la universal, instantánea presencia de Internet, requiere cambios a la actual ley... Cuando algo colocado en un servidor en Milpitas, California, es instantáneamente disponible para usuarios en Memphis y Francia, las leyes deben ser cambiadas, o adaptadas”.¹⁵

En esa distinción y no en los, a estas alturas, repetitivos alegatos sobre la pornografía, el comercio o la censura, es en donde se encuentra el debate de fondo acerca del derecho e Internet. ¿Qué es, después de todo, ese nuevo medio? ¿Constituye un espacio de expresión e intercambio con una materialidad suficiente para ser susceptible de regulación por parte de las leyes nacionales? ¿El tráfico de mensajes de un país a otro, requiere de una legislación multinacional, o al menos de convenios capaces de prever la persecución de delitos más allá de las fronteras de cada país?

O, desde otro punto de vista, ¿no puede pensarse que el espacio en donde se despliega la información colocada en Internet —el ciberespacio— es una zona distinta de la geografía hasta ahora conocida y reglamentada?

Una perspectiva así, indudablemente abre nuevos desafíos. Si se ha de legislar, tendría que ser reconociendo de manera amplia las singularidades de la red de redes. En contraposición (al menos aparente) con quienes sostienen que no hacen falta nuevas leyes para este medio, está la postura de aquellos que consideran que el de Internet es un territorio distinto al de los estados nacionales y que, en consecuencia, requiere de un tratamiento jurídico también diferente.

Acaso quien con mayor agudeza ha expuesto esa posibilidad es el profesor Lawrence Lessig, de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard —y que a partir de 2000 se encuentra en la Universidad de Stanford—. En uno de sus pocos ensayos traducidos al castellano, escrito conjuntamente con Jack Goldsmith, ese especialista sostiene:

El ciberespacio está en todos lados, y en ninguno en particular. Accedemos a él desde cualquier punto, nuestras transacciones lo van atravesando, lle-

15 *Ibidem*, p. 253.

gan a todas partes. Esto resulta en que casi cualquier lugar, según las nociones tradicionales acerca de lo que es la jurisdicción soberana, puede proclamar para sí el derecho de regular dichas transacciones. Lo anterior resulta en la confusión de conceptos. Es como si el mundo se hubiera aplanado de pronto, y que todas sus diversas jurisdicciones se hallaran una al lado de la otra en el mismo plano. Arriba de todo ello, va suspendido un espacio independiente y singular, que coexiste con el mundo de abajo. A medida que va pasando el tiempo, varias jurisdicciones “de las de abajo” interferirán con la de arriba de tal modo que se empezará a armar un lío.¹⁶

Continúan Goldsmith y Lessig:

El espectro de esta confusión ha hecho que algunos estemos a favor de que el mundo del derecho reconozca este espacio como una jurisdicción por separado, o, incluso, en algunos casos, como una soberanía por separado, a la que se le tendría que mostrar cierta flexibilidad a la hora de tomar determinaciones legales con respecto al soberano. Bien sea a través de estas consideraciones, o a través de un reconocimiento formal, estos teóricos proponen establecer una autoridad nueva y unificada en el ciberespacio que no se fondee en las leyes de ningún soberano en concreto, sino que les incumbiría a todos. Estas personas proponen que, ya que el ciberespacio es radicalmente nuevo, la legislación al respecto también tendría que serlo.¹⁷

De las anteriores reflexiones, que hemos tomado de diversos autores, parecería desprenderse una contradicción entre la aplicación de las leyes actuales y la creación de nuevos ordenamientos para Internet. Pero no hay tal. Es posible ajustar la legislación hasta ahora vigente para atender necesidades específicas como la protección de derechos de autor y la autenticación de transacciones mercantiles en la red, al mismo tiempo que se profundiza el debate sobre las nuevas fronteras del ciberespacio.

Las peculiaridades de Internet podían, también, provocar confusiones sobre la potestad de las autoridades locales y nacionales para examinar y, en su caso, perseguir delitos cometidos a través de la red de redes.

16 Goldsmith, Jack y Lessig, Lawrence, “El fondeo del magistrado virtual”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, trad. de Javier Villate, núm. 10, mayo de 1999: http://publicaciones.derecho.org/redi/No_10_-_Mayo_de_1999/goldsmith

17 Buena parte del trabajo de Lessig acerca del ciberespacio y la legislación ha sido realizado para el Centro Beckman para Internet y la Sociedad de la Escuela de Leyes de Harvard, en cuyo sitio web se encuentra una amplia y utilísima oferta de materiales y propuestas: <http://cyber.law.harvard.edu/>

Si un aficionado a la pedofilia residente en la Gran Bretaña tiene fotografías de niños salvadoreños de los que se ha abusado sexualmente y las coloca en la red a través de un servidor ubicado en Alemania pero que es propiedad de una empresa estadounidense, ¿en qué país debe castigarse ese ilícito? En casos como éste, hay que recordar que Internet es un medio: la persecución de esa falta correspondería, desde luego, a las autoridades inglesas si el delito que se persigue es la propagación de fotografías prohibidas debido a la edad de quienes aparecen en ellas. Si se trata de sancionar la utilización de menores de edad, la indagación sería del gobierno de El Salvador. Cuando ocasionan delitos aprovechándose de Internet, a los individuos se les castiga por la falta, independientemente del medio que hayan empleado y, por lo tanto, sin que sea sustantivo el sitio en donde esté materialmente depositada la información considerada como delictiva.

VII. PAUTAS ÉTICAS EN INTERNET, RECURSO QUE BUSCA ANTICIPARSE A LAS LEYES

La ética nunca resuelve las debilidades o las insuficiencias de las leyes, pero en algunos casos contribuye a evitar conductas punibles. En Internet, la eficacia de códigos capaces de refrenar los abusos se sustenta en la convicción y la conveniencia mutuas de los usuarios de este medio.

Uno de los estudios más completos sobre seguridad y privacidad en el ciberespacio considera que las peculiaridades de la red de redes permiten abrigar optimismo acerca del ejercicio de las libertades:

El doble desafío es, para nosotros, crear patrones comunitarios para este nuevo espacio de redes global y hacer que esos patrones sean aplicables gratificando el buen comportamiento más que castigando al malo (o quizás alguna combinación de ambas opciones)... A fin de entender los temas de la responsabilidad social en línea, antes que nada debemos comprender que estar en línea significa formar parte de una comunidad; tanto como nos encontramos en nuestras comunidades físicas. A diferencia de nuestras comunidades geográficas más familiares, sin embargo, las comunidades en línea habitualmente están cimentadas en afinidades o intereses.¹⁸

18 Gelman, Robert B. y McCandish, Stanton, *Protecting Yourself Online*, San Francisco, Electronic Frontier Foundation y Harper Collins, 1998, p. 116.

El sentimiento de pertenencia a una comunidad es el sustento de los códigos de conducta en Internet. Un estudio acerca del derecho y la red incluye a la ética entre los recursos para evitar conductas delictivas:

Quienes toman parte en una actividad, algunas veces deciden determinar las reglas a las que se someterán, que pueden incluir la definición espontánea de las reglas de un juego de grupo, o las que se aplican a un grupo de compañías, por ejemplo, en el sector publicitario. Internet también se caracteriza por la elaboración de tales normas voluntarias estándar... los fundadores de un foro de discusión casi siempre bosquejan reglas que los usuarios de Internet deben observar si desean ser partícipes. En todos estos casos, las reglas no son creadas por el sistema legal sino por un proceso relativamente espontáneo de desarrollo de reglas voluntarias de autorregulación.

¿Qué tanta solidez y valor tiene este tipo de autorregulación? Ante todo, debe decirse que para quienes participan en la red o en una actividad específica y para quien desea, desde un punto de vista social, continuar participando, estas reglas tienen un poder considerable, pues su no observancia es penalizada por la misma comunidad, que puede llegar tan lejos como excluir del grupo a la parte involucrada. A un usuario se le puede prohibir formar parte de un foro, por ejemplo. Más aún, el grupo puede ejercer formas de presión técnica y algunas veces económicamente desagradables, como atacar con mensajes agresivos (*flamas*), ya sea en forma individual, o en masa, a la parte que contraviene las reglas. De manera ocasional, la presión también alcanza al proveedor de acceso del usuario. Todas estas penalizaciones emanan de la comunidad y se aplican a ella misma.¹⁹

Entre otras normas éticas, los usuarios más experimentados de Internet suelen compartir la convicción de que es preciso respetar la privacidad de los demás, evitando interferir en la propagación de los mensajes de otros e incluso, prescindiendo del envío de mensajes no solicitados (como el llamado “correo *spam*”). Comunicarse con cortesía, evitar rumores o mentiras, ser concisos y claros, dar crédito a las ideas y mensajes de otros, tener cuidado con los derechos de autor, tolerar los errores, evitar los seudónimos e incluso revisar la ortografía, son algunas de las reglas de etiqueta usuales en la red de redes.²⁰ Se trata de principios

19 Hance, Olivier, *Leyes y negocios en Internet*, trad. de Yazmín Juárez Parra, México, McGraw-Hill y Sociedad Internet de México, 1996, p. 57.

20 Estos puntos se desarrollan ampliamente en “A Brief Guide to Netetiquette”, en el libro de Gelman y McCandish, *cit. supra*, pp. 117 y ss.

como los que cohesionan y hacen posible la convivencia en cualquier comunidad.

Pero esa convicción comunitaria, en la cual radica la solidez que puedan tener los parámetros éticos, constituye también su principal debilidad. Si los usuarios de la red de redes no comparten esa pertenencia a un grupo y simplemente entienden a Internet como instrumento para perpetrar delitos, la ética servirá de poco —excepto para que otros cibernautas aislen a quienes abusan del espacio libre y generoso de la red—.

De manera no explícita, en México las pautas de comportamiento ético han prevalecido sobre la expedición de leyes específicas para Internet. Los autores de un texto precursor en estos asuntos escribían a fines de 1997: “En México, Internet no se ha regulado de manera expresa, como tampoco en el resto de los países latinoamericanos. Su uso gira en torno a cierto código ético y la tendencia institucional es que será un fenómeno ‘autorregulable’”.

Y añadían:

A pesar de los índices de crecimiento del uso de la computadora y de Internet, México enfrenta un problema social consistente en lo que denominamos “analfabetismo informático”, del cual el Poder Legislativo no está exento: muchos congresistas no entienden el concepto y la estructura de Internet. Asimismo, nos atrevemos a afirmar que tanto los jueces como los magistrados que forman parte del Poder Judicial tienen hoy en día la misma carencia.²¹

VIII. DERECHO DE TODOS A INTERNET, PARTE DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD A LA INFORMACIÓN

Existe, finalmente, un campo más de encuentro entre Internet y el Derecho, que es la existencia de condiciones suficientes para que todos los grupos e individuos de una sociedad puedan tener acceso a ese medio de intercambio e interacción. El derecho a Internet es una expresión del derecho a la información y a la comunicación, pero también, del derecho a la cultura y, de manera más amplia, al bienestar.

Lamentablemente, la promoción de Internet no ha formado parte de las prioridades de los gobiernos en países como el nuestro. Todavía, a la

21 Barrios Garrido, Gabriela, Muñoz de Alba M., Marcia *et al.*, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill y Sociedad Internet de México, 1998, pp. 20 y 21.

promoción de una cultura informática que sea nacional tanto en calidad como en cobertura, en sociedades como la mexicana se le ve con extrañeza y se suele considerar que esos asuntos no deben formar parte de las prioridades del Estado. Además, en el caso mexicano, se puede reconocer una notoria e incluso deliberada negligencia: a diferencia de otras naciones en América Latina, en México el gobierno ha permanecido ausente —salvo excepciones en unos cuantos proyectos— del impulso a la instalación de redes de cómputo y en el fomento para que el acceso a Internet forme parte de los recursos habituales de los ciudadanos. El resultado ha sido un crecimiento desigual del acceso de los mexicanos a Internet, que reproduce e incluso magnifica, en este terreno, desigualdades materiales y culturales que ya existen en la sociedad. Actualmente, solamente tiene acceso a Internet, en cifras aproximadas, entre el 1.5% y el 2% de la población.

A partir de datos del Programa para el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas se pueden reconocer los contrastes que se advierten en el cuadro de la siguiente página. Acerca del, en casi todos los países débiles, poco articulado desarrollo de la red de redes en América Latina, nos hemos ocupado en otros trabajos.²²

IX. INTERNET EN AMÉRICA LATINA (Hosts por cada mil habitantes)

<i>País</i>	<i>Hosts</i>	<i>Índice de desarrollo</i> ²³
Argentina	1.75	39
Brasil	1.04	79
Colombia	0.52	57
Costa Rica	0.85	45
Cuba	0.01	58
Chile	2.07	34
Ecuador	1.05	72
México	0.92	50
Panamá	0.86	49
Paraguay	0.15	84

22 Entre otros, puede verse nuestro ensayo *Desafíos y divergencias de la sociedad de la información en América Latina*, en: <http://www.recyt.org.ar/Delarbte.htm>

23 Sitio en el índice de Desarrollo Humano establecido por el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Fuente: United Nations Development Programme, *Human Development Report*, 1999, julio de 1999.

Perú	0.15	80
Uruguay	5.02	40
Venezuela	0.63	48

Otras naciones

Alemania	14.9	14
Canadá	53.5	1
España	6.26	21
Estados Unidos	88.9	3
Francia	7.87	11
Finlandia	108	13

¿Cómo lograr que Internet alcance una mayor presencia en sociedades como la mexicana? ¿Ése es un asunto que pueda remediarse con medidas desde el campo de las leyes, o debe dejarse a la evolución de la misma sociedad y de sus fuerzas más influyentes? Esta última ha sido la posición del gobierno mexicano: no es pertinente forzar el desarrollo de Internet y mucho menos, instaurarla por decreto, se dice. En contraposición con esa política o, mejor dicho, con esa ausencia de política, muchas otras naciones, y regiones del mundo tienen proyectos que, con respaldo del Estado y en colaboración con las empresas privadas, promueve el desarrollo de Internet y la apropiación de ese recurso informático por parte de la sociedad.²⁴

Un Estado que no tiene políticas para asuntos como este, deja al gairete de las fuerzas del mercado la propagación de Internet y, en general, de la cultura y la información. Por supuesto, el crecimiento de la red de redes no se puede forzar de manera artificial, e inclusive sin una actitud gubernamental ni estatal para propiciarlo, su empleo ha crecido enormemente en los últimos años.

Una política para impulsar el empleo de Internet podría destinar mayores recursos a la compra de equipo y, también, a la capacitación de los usuarios. Llevar Internet a todos los profesores del país, en todos los niveles, y lograr de manera eficaz que tuvieran acceso a ella al menos todos

24 El capítulo IV de nuestro libro *La nueva alfombra mágica* (cit., pp. 153 y ss.) se ocupa de distintos proyectos nacionales y regionales, especialmente en Europa, que han promovido no sólo el uso de Internet, sino la elaboración de contenidos para el ciberespacio.

los alumnos desde el nivel de bachillerato, podría darle otro perfil al sistema educativo nacional. Impulsar sitios de contenido nacional afianzaría la presencia mexicana en la red de redes. Garantizar tarifas bajas para la conexión vía telefónica, con descuentos para los usuarios de menores recursos, contribuiría a la democratización de ese recurso.

Sobre todo, sería preciso quitarle a Internet la imagen que tiene como un medio que sólo puede interesar a las elites, o que únicamente sirve para el entretenimiento. Para ello haría falta una suerte de *desideologización* de la red de redes. En los meses recientes, cuando uno de los candidatos presidenciales propuso que en todas las escuelas hubiera enseñanza del inglés y clases de cómputo, le llovieron cataratas de reproches fundamentalistas. Más allá de la simpatía —o no— que nos merezcan ese candidato y su partido (además, sancionados ya por los ciudadanos que en las elecciones presidenciales de julio llevaron al poder a otra opción política) sería preciso rescatar aquella propuesta, que por cierto fue una de las pocas iniciativas específicas que se conocieron en la reciente campaña electoral.

Sólo con una visión cerrada a las nuevas realidades y necesidades sociales puede regateársele a los mexicanos el acceso a los nuevos recursos tecnológicos y al idioma que, gústenos o no, es indispensable para tener un dominio fructífero de ellos. Sólo con una concepción que, en sentido estricto, sería factible calificar como reaccionaria, podría negarse la pertinencia de que en México, y en nuestras escuelas, tengamos *inglés y computadoras*.

**CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y EL SECRETO
PROFESIONAL DE LOS COMUNICADORES**

CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y SECRETO PROFESIONAL DE LOS COMUNICADORES

Marc CARRILLO*

SUMARIO: I. La cláusula de conciencia y el secreto profesional como garantía de los derechos del público. II. La fuerza normativa de la Constitución y la cláusula de conciencia. Los Estatutos de Redacción como vía alternativa en ausencia de ley. III. Los sujetos de la cláusula de conciencia. IV. El objeto de la cláusula de conciencia. V. Los efectos de su invocación. VI. El secreto profesional en los Estatutos de Redacción. VII. El concepto y la naturaleza del secreto profesional de los periodistas. VIII. El objeto del secreto profesional. IX. Los sujetos del secreto profesional. X. La problemática de los límites: la tensión entre el derecho fundamental y el deber deontológico.

I. LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA Y EL SECRETO PROFESIONAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL PÚBLICO

La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, son derechos específicos integrantes del derecho a comunicar información y constituyen un presupuesto básico para el efectivo ejercicio de este derecho fundamental en el Estado democrático. De su pleno reconocimiento y eficaz ejercicio en el seno de la empresa de comunicación (cláusula de conciencia) y, frente a los poderes públicos, en especial frente al Poder Judicial (secreto profesional) depende que el derecho a la información se configure como auténtica garantía de una opinión pública libre. No hay duda de que los profesionales de la información y los medios de comunicación son los titulares principales —pero no únicos— del proceso de

* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra.

producción informativa. En este sentido, según como se regulen los elementos básicos que definen de su estatuto jurídico-profesional el derecho a la información del artículo 20.1. d) de la Constitución, así serán las posibilidades de las que disponga para operar como garantía institucional del pluralismo informativo o de lo que es su consecuencia, una opinión pública libre.

El derecho a recibir información reconocido por la Constitución española (CE) en el artículo 20.1.d), es una manifestación específica de un derecho de contenido más amplio como es el “*derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión*”. Lo es porque se trata de un derecho fundamental de las personas y, por esta razón, elemento básico del Estado democrático. Su eficacia depende, y mucho, de cómo los poderes públicos aseguren la efectividad de las formas y los contenidos a través de los cuales la emisión y la recepción de la información se expresen.

El punto de partida del análisis de los criterios de ponderación empleados por la jurisdicción constitucional española sobre el conflicto entre los derechos de la personalidad del artículo 18 y los derechos del artículo 20.1 a) y d) son los derechos del público receptor; y más específicamente, es el derecho del público a recibir información. La CE no sólo garantiza la libertad de quien la ejerce, comunicando información a través de cualquier medio, sino que también tutela la libertad del conjunto del cuerpo social y de cada uno de sus miembros en conocer lo que otros tienen que decir. Esta doble dimensión del derecho a la información es una de las aportaciones más significativas del constitucionalismo europeo posterior a 1945, que sirve para poner de relieve dos presupuestos importantes. En primer lugar, que los derechos del público, como ha insistido desde su inicio la jurisprudencia constitucional (STC 6/81) no se reducen a la protección del sujeto emisor y, por tanto, no son monopolio de las empresas de comunicación ni de los profesionales de la información, aunque éstos merezcan especial atención; y en el segundo, que el contenido de la información difundida no puede ser cualquiera ni tampoco obtenido a cualquier precio; este contenido no puede ser ajeno a los mandatos constitucionales. Por ejemplo, la veracidad informativa impide la difusión de meros rumores y exige que la información sea diligente, lo que es sinónimo de escrupuloso respecto a las reglas deontológicas de la profesión. Pero la veracidad no equivale a una noción rígida del mandato constitucional; así, lo que realmente protege la CE es un concepto no absoluto de

la veracidad, hasta el punto, incluso, de llegar a dar cobertura a una información obtenida de buena fe pero que contenga errores (STC 6/88, claramente inspirada en la célebre decisión del TS de los Estados Unidos en 1964, en el caso *New York Times vs. Sullivan*).

El significado constitucional del derecho a recibir información niega que sea un simple reverso del derecho a comunicarla, para realzar su propia autonomía basada en el derecho de los individuos a acceder sin trabas a la información. Este cambio basado en la tutela de la posición del destinatario de la información, es consecuencia del proceso de evolución del Estado liberal al Estado democrático. Del clásico enfoque de la libertad de expresión en el que su titular es el individuo que participa activamente en la libre discusión de las ideas, se ha dado paso a un planteamiento en el que, además de los individuos, cuenta también la colectividad como sujeto beneficiario de una información que ya no puede ser ejercida de cualquier forma. En este contexto del proceso de comunicación, al que sin duda se encuentra incorporada la CE de 1978, el Estado se obliga a estar presente no sólo a través de la publicidad de sus normas y la transparencia de sus actos, sino también —para lo que aquí conviene remarcar— facilitando él mismo información al conjunto del cuerpo social. El derecho a la información se configura así como un nexo entre el Estado y la sociedad.

Este planteamiento se fundamenta en la necesaria beligerancia del Estado en el establecimiento de condiciones normativas, que aseguren no sólo las condiciones a las que se ha de adecuar el emisor de la información sino también aquellas que preservan al destinatario de la misma. Desde la dogmática liberal este último objetivo resultaba superfluo; el receptor no era titular de intereses jurídicamente relevantes sobre la información. La satisfacción de los derechos e intereses del receptor de la comunicación, la protección de los intereses colectivos al respecto, se alcanzaba con la protección de la fuente de información para acceder a la comunicación pública y a concurrir con otras fuentes, generando una especie de pluralismo espontáneo que define lo que se ha dado en llamar el mercado de las ideas. No obstante, y bajo un punto de vista que el profesor Villaverde¹ define como institucional-funcional, la protección constitucional de esta relación comunicativa no se fundamenta en la salvaguarda de la au-

¹ Véase Villaverde Menéndez, Ignacio, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 21 y ss.

toafirmación de la personalidad individual de la libertad de expresión, sino en la función política de esta afirmación.

Pero ambos planteamientos son insuficientes; porque el derecho a recibir información reconocido por las Constituciones democráticas exige la libertad de mensaje y la libertad de flujo, libertades que no siempre quedan aseguradas con ambos planteamientos.

Ante ello, se hace necesario sostener que el artículo 20.1 de la CE garantiza un proceso de comunicación en el que se configura una opinión pública a través del reconocimiento de diversos derechos de libertad, entre los que destaca el derecho a recibir información. Derecho que, desde luego, el mercado de las ideas no sólo no asegura sino que en ocasiones también ignora.

El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) cumple, por tanto, una doble función: *a)* la de garantizar al sujeto pasivo el libre acceso a la comunicación, y *b)* la de garantizar la relación de causalidad entre la dimensión subjetiva de los derechos de libertad que contiene con la dimensión objetiva, que no es otra que la existencia de un proceso libre y plural de comunicación pública. Dicho de otro modo, esta doble dimensión es la expresión sinónima de la doble tradición liberal y democrática que afecta a los derechos de libertad en general y al derecho a la información en particular.²

La garantía del proceso de comunicación pública en la CE y el derecho a recibir información se construye afirmando que ni el mercado libre de las ideas ni tampoco la opinión pública libre son basamentos suficientes del derecho a la información; no se corresponden con una adecuada interpretación del artículo 20.1 d) de la CE.

Lo esencial y definitorio de dicho precepto es que la protección que otorga está dirigida a los poderes públicos. El derecho a recibir información no sólo es un ámbito de derechos individuales sino que también presenta un contenido objetivo; pues tal como ponía de relieve la STC 26/96, este derecho encierra un contenido complejo: además de ser un derecho de libertad, es, a su vez, una garantía institucional. Para el alto tribunal, el interés colectivo en la información se fundamenta en la garantía del derecho a comunicarla. Este derecho se concibe como una libertad al servicio de una institución objetiva de aquel interés que no es otra que la opinión pública libre. En este sentido, si dicho interés no contribuye a la configuración de la opinión pública libre, el derecho a la información pierde di-

2 *Ibidem*, pp. 39 y ss.

mención constitucional.³ Las vías por las que dicha pérdida se produzca pueden ser variadas. Entre otras, cabe destacar una muy decisiva, las condiciones en que los profesionales de la misma ejercen el derecho a comunicar información. De como ésta se emita depende el ejercicio del derecho del público a recibirla. A este respecto, las acciones positivas del Estado pueden ser —aunque no siempre sea así— una buena solución que neutralice la vulneración de los derechos de los profesionales en el marco de la empresa de comunicación. En este sentido, la vía del desarrollo legislativo de la Constitución es una opción a fin de concretar el régimen jurídico de la cláusula de conciencia.

Un desarrollo legislativo que delimite los supuestos en los que estos derechos específicos pueden ser invocados por su titular. Así, por ejemplo, concretando los elementos adicionales de protección del derecho a comunicar información en condiciones adecuadas que permitan frenar o impedir decisiones de la empresa de comunicación que mediaten o vulneren el ejercicio del derecho a comunicar información y, por tanto, el derecho de los destinatarios a recibirla (cláusula de conciencia); o asegurando la confidencialidad sobre las fuentes informativas ante un eventual requerimiento de los poderes públicos con una taxativa previsión de los límites a aquélla (secreto profesional). No obstante, es cierto que la ley puede no ser suficiente a este respecto; más aún, es probable que no lo sea ni pretenda serlo y que espere al complemento que las diversas vías autorreguladoras ofrezcan —por ejemplo, a través de los Estatutos de Redacción y de los órganos de autocontrol— para completar desde la iniciativa privada, el establecimiento de condiciones reguladoras que aseguren un mejor ejercicio del derecho a comunicar información y, en consecuencia, un marco más adecuado para la tutela de los derechos del público.

II. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA. LOS ESTATUTOS DE REDACCIÓN COMO VÍA ALTERNATIVA EN AUSENCIA DE LEY

El hecho de que en España el legislador no haya llegado al acuerdo de aprobar la Ley Orgánica 2/1997, del 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (LOCC), hasta el 19 de junio de 1997, es decir, casi a 19 años de la promulgación de la

3 *Ibidem*, pp. 43 y ss.

CE, es obvio que jurídicamente no ha impedido su ejercicio hasta dicha fecha. Al tratarse de un derecho integrado en el contenido esencial del derecho a comunicar información, la *interpositio legislatoris* no constituía una condición *sine qua non* para su exigibilidad jurídica ante las empresas de comunicación, ya fuesen de titularidad pública o de naturaleza privada. Al igual que el secreto profesional, la cláusula de conciencia ha sido un derecho inmediatamente exigible desde que la CE entró en vigor. Así lo reconoce explícitamente la exposición de motivos de la propia ley. Es evidente que, en estos términos, no era necesario esperar a este singular Godot constitucional.⁴

Ahora bien, la ausencia de esta Ley Orgánica, que desde determinados ámbitos empresariales y profesionales se ha creído innecesaria (con el conocido y muchas veces demagógico argumento de que la mejor ley de prensa es la que no existe),⁵ ha permitido mantener una considerable ambigüedad sobre el régimen jurídico de este derecho de los profesionales de la información, en especial, respecto de su objeto. Y esto es lo que la citada Ley Orgánica solventa, haciendo parcialmente eco de las previsiones que en este sentido han establecido los todavía escasos Estatutos de Redacción (ER) de diversos medios de comunicación, que en los últimos años se han dotado de estos instrumentos de autorregulación, para reglar por mutuo acuerdo establecido entre las empresas editoras y los periodistas, las condiciones profesionales (no las laborales, que quedan reservadas a los convenios colectivos) de ejercicio del derecho a comunicar información, en el seno de la empresa de comunicación.

La cláusula de conciencia es un derecho de los periodistas que fue inicialmente reconocido en la legislación de algunos países europeos en las primeras décadas del siglo (República de Weimar, 1926; Checoslovaquia, 1927), pero, sin duda, es la ley francesa del 29 de marzo de 1935 la que aparece como el antecedente más relevante. De acuerdo con ello, la cláusula de conciencia es un derecho que permite al periodista rescindir de *motu proprio* el contrato que lo une con la empresa editora de un medio de comunicación, cuando éste manifieste un cambio en la orientación in-

4 Véase VV.AA., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, Cuadernos y Debates, núm. 48, (véase al respecto la intervención del profesor Pérez Royo).

5 Argumento falaz si se atiende a la ingente legislación, actualmente en vigor, sobre el derecho de las comunicaciones, especialmente en todo lo que se refiere a la ordenación jurídica del audiovisual y los límites al derecho a comunicar información en Europa, cuya enumeración, por conocida y abundante, haría muy extensa y prolija esta nota.

formativa o en su línea ideológica. La consecuencia de esta decisión es la percepción de una indemnización como si se tratara de un despido improcedente. A pesar de que la invocación de tal derecho profesional de los periodistas es escasamente utilizado por sus titulares, los Estatutos de Redacción (ER) de algunos medios de comunicación en España, la regulan —en general— con especial detalle. Esta regulación tiene hoy un valor complementario a las previsiones de la Ley Orgánica que aquí se analiza, y cuya eficacia se fundamenta en el acuerdo que las partes han firmado. Acuerdo que, por supuesto, puede contemplar supuestos no previstos en la LOCC pero que serán plenamente válidos mientras que, obviamente, no la contradigan.

En síntesis, las previsiones de algunos de los ER citados son las siguientes:

1) En el supuesto de que la invocación de la cláusula de conciencia responda a cambios producidos en la línea editorial del medio de comunicación los requisitos que se establecen son los siguientes:

A) El cambio en la orientación editorial debe ser sustancial y ha de ser evidenciado de forma reiterada. Luego, parece lógico que un hecho aislado no pueda ser considerado como causa suficiente.

B) La cláusula de conciencia puede ser invocada sin previo aviso y no puede conllevar sanciones, traslados, ni perjuicios laborales de ningún tipo.⁶

C) Ha de afectar negativamente o lesionar el honor, las convicciones o la independencia del periodista. En algún caso —por ejemplo, el ER del diario *El Mundo*—⁷ se adopta una fórmula más genérica cuando se refiere a los principios ideológicos, lo cual dificulta, a mi juicio, la invocación de la cláusula de conciencia.

D) La consecuencia debe ser la rescisión unilateral del contrato y la percepción de una indemnización equivalente a la que correspondería si se tratara de un despido improcedente.

E) Como buen ejemplo de mecanismo de autorregulación, los diversos ER prevén que, en una primera instancia, el conflicto laboral se intente resolver en el marco de la empresa de comunicación a través de la mediación del Comité Profesional. Si el acuerdo no se

6 Véase el Estatuto Marco de Redacción, promovido por el Colegio de Periodistas de Cataluña, apartado III.1.

7 Véase ER, *El Mundo*, artículo 6o., primer párrafo.

alcanza en esta primera instancia privada, el conflicto se traslada entonces a los órganos judiciales.

- F) El ER del rotativo *El País*,⁸ establece un importante efecto compensatorio para la integridad profesional del periodista, si la resolución judicial le ha sido favorable: su publicación de forma destacada en las páginas del periódico, una vez que aquélla sea firme.
- G) Una derivación de la discrepancia suscitada por la nueva línea editorial adoptada por el medio de comunicación es la posibilidad de que el desacuerdo puntual de la redacción quede reflejado en las páginas del medio de comunicación. El requisito exigido es que sea solicitado por una parte significativa de la redacción: 30% en el ER de Cataluña y las 2/3 de la misma en los estatutos de *El País* y *El Mundo*.⁹

2) Si la cláusula de conciencia está motivada por la negativa del periodista a la realización de un trabajo informativo, las previsiones de los distintos Estatutos de Redacción son las que siguen:

- A) Cuando se impone a un miembro de la redacción la realización de algún trabajo informativo que por la forma de elaboración vulnere los principios ideológicos o produzca violencia en su conciencia profesional. Ésta es, en esencia, la formulación que contempla el Estatuto de Redacción *El País*,¹⁰ en una línea similar a la prevista por la ley austriaca del 12 de junio de 1981. De esta manera, es la única previsión que de forma inequívoca prevé la ampliación de los beneficios de la cláusula a otros supuestos distintos de la tradicional diseñada por el modelo francés de la ley de 1935. Asimismo, como se aprecia, la formulación es lo suficientemente abierta, ya que incluye no sólo el rechazo por razones vinculadas a criterios de deontología profesional sino que se adentra también en el ámbito más indeterminado y no fácil de delimitar que es la ideología sostenida por el medio de comunicación.
- B) La previsión del ER de Cataluña no contempla de forma explícita que los efectos jurídicos de este derecho a no realizar trabajos informativos de una forma determinada hayan de ser los de la cláusula de conciencia: autodespido e indemnización. Por su parte, el Estatuto de Redacción *El Mundo* no prevé este supuesto.

8 Véase Estatuto de Redacción *El País*, artículo 5o., antepenúltimo párrafo.

9 Véase punto III.1, artículos 7o. y 6o. respectivamente.

10 Véase artículo 5o.

III. LOS SUJETOS DE LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA

El artículo 1o. de la LOCC establece una asignación genérica de la titularidad de ejercicio de este derecho, refiriéndose a todos los profesionales de la información, sin mayores especificaciones y sin proponerse la inclusión de algún precepto en el que se consigne una definición de la profesión de periodista. Por tanto, de acuerdo con la LOCC cabe retener a este respecto lo siguiente:

1) Son titulares activos del derecho a invocar la cláusula de conciencia todos los profesionales de la información, sin que la ley introduzca criterio alguno para delimitar de forma concreta (a través de la definición de periodista) el ámbito subjetivo de aplicación de la norma.

2) Es evidente que como sujeto activo pueden ejercer este derecho tanto los profesionales de los medios de comunicación de titularidad pública, como aquellos que prestan sus servicios en los cuales están sometidos a un régimen de gestión privada (por ejemplo, una cadena de televisión privada) o, por supuesto, aquéllos otros de naturaleza plenamente privada (un periódico). Los medios de comunicación, con independencia de su naturaleza, serán siempre el sujeto pasivo del derecho a la cláusula. La LOCC no establece ninguna distinción al respecto y, por tanto, no opera aquí el planteamiento por el que la cláusula de conciencia no puede ser exigible en los medios de titularidad pública, dado que éstos no son empresas de tendencia.

3) Por el contrario, la cláusula de conciencia no puede ser ejercida frente al periodista por las empresas (públicas o privadas) que son propietarias del medio de comunicación. La noción de “profesional de la información” viene, por tanto, referida exclusivamente a todas aquellas personas que de una manera u otra participan en el proceso de elaboración y/o difusión de la información; pero no a la entidad propietaria o gestora del medio de comunicación, entendido como soporte material de aquélla. Es decir, el derecho a la cláusula de conciencia no está concebido para aplicarse en sentido inverso.¹¹ Los medios de comunicación nunca podrán ser sujeto activo del derecho a la cláusula de conciencia.

11 A pesar de la naturaleza de la cláusula de conciencia, entendida como derecho exclusivo de los periodistas y de que la ley francesa de 1935 no hubiera previsto su aplicación en sentido inverso, la posibilidad de que ello pudiese llegar a producirse no estaba excluida. Así, en alguna ocasión se ha reconocido al empresario el derecho a prescindir de los servicios de un periodista —sin previo aviso— en el supuesto de que éste realizara actuaciones contrarias a la orientación del periódico. En

4) En la medida que la ley opta —probablemente, de forma acertada— por no definir la profesión de periodista, la delimitación del ámbito subjetivo de lo que deba entenderse por profesional de la información que pueda ejercer como titular del derecho a la cláusula de conciencia, se ha de remitir a aquellos instrumentos de autorregulación (habitualmente, los estatutos de redacción) de los que se ha ido dotando progresivamente la profesión periodística.

5) En este sentido, habrá que estar al contenido de los Estatutos de Redacción, en su condición de acuerdos sobre las condiciones profesionales para el ejercicio del derecho a comunicar información, a fin de saber, qué se entiende por periodista, y no sólo eso: por ejemplo, saber también si en la prensa escrita además de los periodistas adscritos a la redacción, gozan también de la titularidad del ejercicio de estos derechos específicos los colaboradores en plantilla del diario; o si, en los medios audiovisuales, junto a los periodistas adscritos a los programas informativos, pueden ejercer este derecho los realizadores, los operadores de imagen o los documentalistas.¹² Porque no hay duda que estas categorías corresponden a profesionales que también participan, en grado diverso, pero siempre con capacidad de decisión, en la elaboración de la información. Por tanto, no parece que hayan razones suficientes para excluir a estos profesionales del goze del bien jurídico que protege el derecho a la cláusula de conciencia, es decir, la deontología profesional.

Desde un punto de vista pasivo, el derecho a la cláusula es ejercible ante medios de comunicación de carácter privado. Sin embargo, no siempre es así; por ejemplo, en Alemania las empresas de comunicación son empresas de tendencia, la cual vincula al periodista cuando se formaliza el contrato de trabajo. En este sentido, y en principio, la cláusula no puede ser invocada en los medios de comunicación de carácter público; sin embargo, si dichos medios se apartan de los principios de actuación fija-

este sentido cabe evocar una sentencia del Tribunal de Apelación de Besançon del 14 de enero de 1964, que reconoció el derecho a la cláusula de conciencia en favor del rotativo de la ciudad de Nancy, *L'Est republicaine*, contra uno de sus redactores que se había presentado como candidato a las elecciones en las listas de una fuerza política de línea opuesta a los planteamientos ideológicos defendidos por el citado diario. Véase, "L'incenciement d'un journaliste: la clause de conscience doit jouer dans le deux sens", *Cahiers de la presse française (Les)*, abril de 1964, p. 17.

¹² Estos grupos de profesionales también aparecen como titulares de los derechos específicos del artículo 20.1.d) de la CE en el Estatuto de Redacción de la Corporación Catalana de Radio y Televisión.

dos por su ley de creación —como, por otra parte, no es inusual— no hay razones, a mi juicio, para que el profesional de la información pueda hacer uso de aquel derecho.

IV. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA

La LOCC establece en su artículo 1o. una definición genérica del significado de la cláusula de conciencia que en esencia es adecuada para la descripción de su objeto, que se describe en el precepto siguiente: “La cláusula de conciencia es un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional”.

La cláusula de conciencia protege la integridad deontológica del periodista frente a hechos producidos en el seno de la empresa de comunicación que la cuestionen. Es un derecho del periodista y una garantía de la información libre y plural: así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su primera sentencia sobre este derecho (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ. 2o.):

Consecuentemente, el reconocimiento de la cláusula de conciencia al profesional de la comunicación en el ejercicio de su libertad de información no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de aquél; sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural.

Si se toma como referencia el caso francés, su código laboral¹³ establece que la rescisión del contrato laboral por iniciativa del periodista se puede producir por cesión del periódico, por cese de la publicación o por un cambio notable en el carácter u orientación del periódico que atente contra su honor o reputación, o si de forma general afecta a sus intereses. La LOCC no ha sido concebida con esta precisión casuística, pero es evidente que, como seguidamente se verá, éstos y otros posibles supuestos que susciten la invocación de la cláusula no quedan excluidos.

13 Artículo 761.6 del Código de Trabajo.

Es decir, la independencia en el desempeño del trabajo informativo puede verse cuestionada por supuestos muy diversos. La enumeración de casos podría ser prolija y, en este sentido, la consulta a los principios deontológicos contemplados en el Código Deontológico del Colegio de Periodistas de Cataluña (1992) o en el aprobado por la Federación de la Asociación de la Prensa de España, FAPE (1993) resulta ilustrativa. Ahora bien, no todos ellos, como es obvio, pueden suscitar la invocación de la cláusula de conciencia. A este respecto, las previsiones del artículo 2o. de la LOCC la delimitan a dos:

1o. “Cuando en el medio de comunicación con el que estén vinculados laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica”.

El cambio sustancial puede producirse por motivos diversos: cesión del medio a otro propietario, un cambio significativo en el accionariado, etcétera. En este sentido, el caso del Código de Trabajo francés antes citado es perfectamente aplicable al ordenamiento español.

El “cambio sustancial de orientación informativa” hace referencia a la política editorial del medio de comunicación; a los criterios habituales expresados en sus planteamientos acerca del derecho a comunicar información.

El carácter sustancial del cambio, significa sobre todo que ha de ser objetivo y reiterado; es decir, que la modificación en la orientación informativa no ha de ofrecer dudas no sólo en quien invoque en beneficio propio el derecho a la cláusula de conciencia, sino también en la mayoría de la redacción del medio de comunicación, y, asimismo, dicha evidencia ha de permitir su apreciación por la opinión pública. Esta exigencia de objetividad tiene por objeto evitar que el recurso a la cláusula sea sólo la consecuencia de la opinión personal —por muy legítima que ésta sea— del periodista que la invoca. Con esta lógica resulta de interés aquí apelar a la necesaria complementariedad entre la regulación pública y la autorregulación privada del derecho a la información, a fin de introducir elementos de objetivación a la hora de ejercer el derecho a la cláusula de conciencia, bien por un periodista individualmente o por un grupo de ellos de forma colectiva. Parece pues conveniente que sean los órganos de representación profesional interna de la redacción del medio creados por la vía de la autorregulación (habitualmente, el Comité Profesional), los encargados, en su caso, de evaluar la razonabilidad de la alegación del derecho a la cláusula de conciencia. Ya sea, como dice el artículo 2.1 a) de la LOCC,

como consecuencia de “un cambio sustancial en la orientación informativa” o lo que en ocasiones puede resultar mucho más etéreo, un cambio sustancial en la “línea ideológica” del medio.

El cambio hay que entender también que no puede ser ocasional o episódico sino que ha de producirse de forma reiterada. Una cierta persistencia en el cambio de orientación informativa o en línea ideológica ha de coadyuvar al carácter objetivo de la invocación de la cláusula.

2o. “Cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador”.

Una vez materializado el traslado, la evaluación del significado de esta ruptura con la orientación profesional del informador habrá de ajustarse a los mismos criterios de objetividad que se invocaban en el apartado anterior.

La decisión empresarial de traslado del periodista puede ser expresión de su potestad de libertad de gestión derivada de la libertad de empresa. El periodista siempre podrá invocar la cláusula si dicho cambio, basado en razones objetivas de dirección del grupo empresarial al que presta servicios, genera una situación que choca con su orientación profesional. Un ejemplo lo puede ofrecer, el periodista experto en información internacional que es trasladado a otro medio de comunicación a realizar información local. Sin perjuicio de las razones de gestión empresarial que expliquen dicho cambio, nada excluye que, en ocasiones, el mismo pueda obedecer a criterios subjetivos cuya motivación no sea otra que llevar a cabo algún tipo de sanción encubierta a través de medios legales.

Sin duda, esta modalidad de cláusula de conciencia puede permitir hacer frente a abusos o arbitrariedades de este tenor.

Pero únicamente cuando la decisión empresarial del grupo de comunicación dé lugar a un cambio de destino dentro del grupo. Es decir, con ser importante esta previsión, es evidente que existen otras decisiones empresariales que pueden alterar criterios deontológicos básicos de forma más discreta pero sin duda efectiva y que, de acuerdo con lo establecido por la LOCC, no habilitan para la invocación de la cláusula de conciencia. Éste es el caso del supuesto que sigue.

Un supuesto importante, pero desvinculado del objeto de la cláusula de conciencia: “Los profesionales de la información podrán negarse motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio”.

La importancia de este precepto es incuestionable. En sí mismo, constituye una garantía para el ejercicio del derecho a comunicar información en la medida en que permite establecer límites a formas espúreas de elaboración del producto informativo. Objetivamente, sienta las bases para que, en primer lugar, el trabajo informativo se fundamente en criterios respetuosos con las reglas deontológicas y, en segundo lugar, coadyuva a que las decisiones profesionales sobre los contenidos informativos respondan más a la lógica de la razón colectiva (la codecisión) que a la simple decisión jerárquica. Especialmente porque en este último caso, el criterio jerárquico no siempre excluye la aparición de una forma deontológica poco asumible.

La remisión que el artículo 3o. hace a los principios éticos, pone de relieve en el ámbito del tratamiento jurídico del derecho a la información, la reiterada necesidad de la complementariedad entre, por ejemplo, esta Ley y las normas de autorregulación periodística. Porque es evidente que la especificación de la mayoría de estos principios éticos no se encuentra en ley alguna sino, básicamente, en los códigos deontológicos que la profesión se ha donado. Así, por ejemplo, tanto el Código del Colegio de Periodistas de Cataluña como el de la FAPE reconocen entre otros los siguientes:

1) El deber de observar una clara distinción entre hechos y opiniones o interpretaciones.

2) El deber de utilizar métodos dignos para obtener la información, sin recurrir a procedimientos ilícitos.

3) El deber de respetar el *off the record* cuando éste haya sido expresamente invocado.

4) El deber de no aceptar nunca retribuciones o gratificaciones de terceros para promover, orientar, influir o haber publicado informaciones u opiniones.

5) No utilizar nunca en provecho propio informaciones privilegiadas obtenidas de forma confidencial como periodistas en el ejercicio de su función informativa.

Pues bien, en los casos en los que los principios deontológicos sean invocados para fundamentar el derecho a la cláusula de conciencia, junto a los que puedan extraerse del ordenamiento jurídico y de la doctrina jurisprudencial, será preciso recurrir —tanto en el ámbito profesional como en sede jurisdiccional— también a principios como los aquí expuestos y otros más que informan la actividad de los profesionales de la informa-

ción y que se encuentran recogidos en códigos deontológicos y estatutos de redacción.

Sin embargo, la limitación que plantea este importante precepto es que su contenido no forma parte del objeto del derecho a la cláusula de conciencia. La única —pero no por ello irrelevante— disponibilidad de la que goza el profesional es negarse a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos sin que por ello pueda padecer una sanción o perjuicio. La limitación se encuentra en que en muchos de estos supuestos la negativa del profesional, si fuese entendida también como una modalidad de cláusula de conciencia, le permitiría permanecer en la empresa de comunicación con mayores garantías deontológico-profesionales. O dicho de otra manera: la cláusula de conciencia también podría ser concebida como el derecho a quedarse por unas razones objetivas, que el conjunto de los profesionales de su centro de trabajo asumen a través del aval que a su posición pueda dar el Comité Profesional. Se trata, pues, de entender la negativa del profesional como un problema objetivo que se produce en el seno de un medio de comunicación. A esta filosofía responde la definición de la cláusula en la ya citada Ley austríaca del 12 de junio de 1981 y en algunos convenios colectivos de trabajo firmados en Italia en el sector de los medios de comunicación.

V. LOS EFECTOS DE SU INVOCACIÓN

El artículo 2.2 de la LOCC establece lo siguiente: “El ejercicio de este derecho dará lugar a una indemnización, que no será inferior a la pactada contractualmente o, en su defecto, a la establecida por la Ley para el despido improcedente”.

Es el efecto clásico derivado de la rescisión del contrato de trabajo a instancia del propio periodista. Se trata de un autodespido fundamentado en razones de orden deontológico que se equipara, según este precepto, como mínimo, a las consecuencias económicas y laborales que genera un despido de carácter improcedente. Éste es el efecto más preciso que la ley prevé. No obstante ello, no empece para que, si las partes hubiesen acordado otras condiciones en el contrato que ha finiquitado con la invocación de la cláusula de conciencia, la resolución del mismo comporte otros efectos económicos; efectos, que es razonable pensar que sean superiores a los que la ley establece para el despido improcedente.

Ahora bien, la incorporación a las listas de desempleo del periodista no es una solución que, como es lógico, complazca a la mayoría de los profesionales de la información. Si a pesar de todo ello la rescisión resulta irremediable, es necesario que la indemnización legal recibida por el periodista que invoca la cláusula de conciencia le permita percibir una compensación económica suficiente y razonablemente duradera que le haga disponer de un cierto margen de maniobra para acceder a un nuevo puesto de trabajo en el futuro.

La doble posibilidad que establece la LOCC resulta de interés pero insuficiente para los profesionales de la comunicación. La razón de ello se basa en la constatación de que los acuerdos previos sobre esta materia previstos en los contratos son infrecuentes salvo si se trata de los llamados periodistas “estrella”; es decir, aquellos que por razones de orden diverso, y no siempre fundamentadas en su competencia profesional, se pueden permitir esta forma de blindar su contrato.

VI. EL SECRETO PROFESIONAL EN LOS ESTATUTOS DE REDACCIÓN

La eficacia jurídica del secreto profesional deriva de la condición normativa de la Constitución. Sin embargo, no existe en España una ley reuladora del mismo. Los ER de los medios de comunicación antes citados, establecen previsiones genéricas sobre su naturaleza de deber deontológico y contenido en relación al derecho de reserva sobre la identidad de las fuentes de la información. En síntesis, la regulación del secreto profesional contenida en algunos de los ER responde a los siguientes planteamientos:

1) Sobre la naturaleza del secreto profesional se produce una esencial coincidencia en considerarlo un derecho constitucional, pero también, y especialmente, un deber ético de los periodistas¹⁴ de forma que dicha condición de orden deontológico parece incluso estar concebida para superar los límites que puedan derivarse de la Constitución y del conjunto del ordenamiento jurídico.

2) Sobre los sujetos de este derecho que integran la relación jurídica en la que el derecho profesional está presente, los diversos ER distinguen entre el titular activo y el destinatario o sujeto pasivo de aquélla. Los su-

14 Véanse el ER *El País*, artículo 80. y ER *El Mundo*, artículo 80.

jetos activos son los periodistas —sin que dicha categoría profesional sea especificada— y en algunos casos se incluye también a los colaboradores, entendiendo por éstos a aquellos que mantienen un vínculo jurídico de carácter permanente con el medio de comunicación, aunque no formen parte de la redacción. Los sujetos pasivos son tanto los poderes públicos como los particulares, incluyéndose en éstos a las empresas de comunicación y los otros periodistas.

Es preciso añadir que el derecho-deber de guardar discreción sobre las fuentes de información de un periodista concreto alcanza a las que hayan obtenido otros miembros de la redacción en relación al mismo tema. En relación a ello, de algunos ER se deduce que: *A)* el deber de reserva afecta no sólo sobre las fuentes informativas propias sino también sobre las ajenas, y *B)* que la salvaguardia del secreto profesional en el seno de la empresa de comunicación puede corresponder al Comité Profesional, al Comité de Redacción o a la propia empresa editora del medio de comunicación.¹⁵

3) Sobre el objeto del secreto profesional los diferentes ER especifican que lo constituyen las fuentes informativas, sin mayores precisiones. En un sólo caso, el del ER de Cataluña, las previsiones normativas van más allá ya que contiene una referencia específica a los materiales que se hayan utilizado para configurar la información (cintas, agendas, videos, soportes informáticos, etcétera).

En general, los ER conciben el objeto del secreto con una perspectiva amplia del contenido material de las fuentes informativas, definidas no sólo por la identidad del sujeto sino también por los instrumentos subjetivos y materiales que se hayan utilizado para su localización.

A modo de precisión final sobre este apartado hay que subrayar la prohibición contenida también en el ER de Cataluña y referida a todos los sujetos activos del secreto profesional, de revelar la autoría de un trabajo susceptible de publicación o bien, ya publicado pero sin firmar. A este respecto se señala que “si un trabajo noticioso no firmado —por razones ajenas a la objeción de conciencia— origina diligencias judiciales contra el director o su sustituto, éste podrá revelar la identidad del autor del trabajo ante la autoridad judicial competente. Previamente informará al afectado”.

15 Véase ER de Cataluña, apartado III.2.

VII. EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

El derecho de los periodistas al secreto profesional ha constituido una de las reivindicaciones tradicionales tanto en la prensa escrita como en la audiovisual. No obstante, y a pesar de su vigencia en España, desde la entrada en vigor de la Constitución, su invocación por los profesionales de la información ha sido más bien ocasional.¹⁶

La CE no establece definición alguna sobre el objeto del secreto profesional. Probablemente la aproximación conceptual más acertada y, en todo caso, más funcional, es la que aportó el Consejo de Europa con motivo de un debate organizado por esta institución europea en octubre de 1974: el secreto, se afirmaba en dicha reunión, “es el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales”.¹⁷

De la propuesta que realiza esta definición se deduce una buena adaptación al significado básico de esta institución jurídica del derecho a comunicar información que es el secreto profesional. Su adecuación a la CE no plantea especiales problemas y sobre todo confirma lo que de la norma fundamental no se excluye: el valor *erga omnes* del secreto en tanto que derecho fundamental susceptible de ser invocado tanto ante los poderes públicos como frente a sujetos privados.

A modo de ratificación de este argumento, no se olvide que de acuerdo con los artículos 9.1 y 53.1 de la CE, la eficacia de los derechos funda-

16 A modo de repaso de algunos casos más conocidos cabría destacar el que ocasionó la denuncia del Instituto Internacional de Prensa (IPI), protagonizado en 1980 por el periodista Miguel A. Aguilar, editor entonces de *Diario 16*. El citado periodista había publicado un informe sobre un supuesto complot del ejército para instalar a un general retirado como jefe de gobierno. La jurisdicción militar le exigió develar las fuentes informativas; su negativa a hacerlo le ocasionó la pérdida del puesto de trabajo (dato obtenido de: J. Rigo Vallbona, *El secreto profesional y los periodistas*, Barcelona, Bosch, 1988, p. 64). Otro caso que causó un cierto revuelo en su tiempo fue el que suscitó el director del diario *El País*, llamado a declarar ante la Segunda Sala del Tribunal Supremo en relación a la difusión por el citado rotativo, del contenido de la STC sobre el Decreto-ley de expropiación de Rumasa antes de que se publicara oficialmente. El periodista fue interrogado sobre las fuentes y el momento en que tuvo conocimiento de la noticia. La respuesta fue negativa amparándose en el secreto profesional reconocido por la CE (Véase *El País*, 21 de febrero de 1984, p. 20, y 22 de febrero de 1984, p. 21). Un caso más reciente (1991) fue la negativa expresada por A. Delkader, director entonces de la SER, a divulgar sus fuentes informativas, en relación al caso de la difusión del contenido de una cinta magnetofónica que contenía un singular diálogo protagonizado por el señor José María Benegas, secretario de organización del PSOE en aquel tiempo.

17 Esta definición ha sido recogida por A. Benito, “El secreto de los periodistas”, *Boletín Informativo de la Fundación March*, Madrid, 1976, p. 6.

mentales se predica con relación a poderes públicos y particulares, por lo que el derecho a mantener discreción sobre las fuentes de información se puede ejercer no sólo respecto de la autoridad pública que ejerce un poder normativo sino también, desde luego, en una comparecencia ante los órganos que dependen del Poder Judicial, y, por supuesto, a un nivel de aproximación jurídico-conceptual,¹⁸ el secreto exime a quien lo invoca de la revelación de sus fuentes a otros profesionales del medio de comunicación y a la propia empresa editora del medio.

Al igual que el derecho a la cláusula de conciencia, el *fundamento* del secreto profesional del periodista reside en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión objetiva de su contenido, que facilita un ejercicio más integral del derecho a comunicar información en una sociedad democrática. La información tiene un destinatario colectivo que es el conjunto de la sociedad; sin perjuicio de ser en ocasiones también sujeto activo de la información, el cuerpo social es el titular pasivo de un derecho fundamental del que el periodista es *primus inter pares* habitual y agente social transmisor. Pero, asimismo, el secreto profesional encuentra su fundamento en el interés subjetivo del periodista, de no desvelar la identidad del sujeto productor de la noticia para preservar su integridad profesional en ésta y en futuras ocasiones. Obviamente, a pesar de lo que proponga al respecto algún ER, el derecho al secreto profesional no forma parte del derecho a la intimidad del periodista. En realidad, el bien jurídico protegido consiste en preservar la discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a comunicar la información en su mayor integridad; se trata de proporcionar las garantías jurídicas precisas que aseguren su anonimato y evitar las posibles consecuencias que se puedan derivar después de haber desvelado una información sobre el sujeto primero que la ha proporcionado. En este sentido, el periodista ha de asumir esta exigencia en la medida en que también está en juego su propia credibilidad ante la fuente informativa. En consecuencia, el interés público de la noticia que justifica su difusión, prevalece sobre la identidad del confidente.

Por tanto, es la combinación de los dos factores, subjetivo y objetivo, los que concretan la fundamentación del derecho al secreto profesional

18 Es razonable pensar que cuestión distinta será su aplicación práctica en el seno de una redacción, dada la necesaria relación de confianza profesional que debe existir entre cualquier miembro de aquélla y el director del medio, sin excluir tampoco, aunque en un grado probablemente inferior, al editor-propietario.

como un derecho integrante del derecho a comunicar información veraz del artículo 20.1 d) de la CE.

El secreto profesional no es una institución jurídica definida en una sola dirección. Desde una perspectiva teórica se puede construir tanto como un deber (si nos atenemos a su dimensión deontológica) o como un derecho (si nos fijamos en su habitual configuración jurídica). No obstante, la naturaleza del secreto profesional en sentido genérico responde más al binomio derecho-deber.

A este respecto es necesario precisar que el secreto profesional que afecta al abogado o al médico aparece más bien como un deber jurídico. De acuerdo con el artículo 24.1 de la CE,¹⁹ es al legislador a quien corresponde determinar cuáles son las profesiones que pueden quedar exentas de declarar por razón de parentesco o secreto profesional. En estos casos, la CE establece un deber jurídico que afecta a un determinado ámbito de profesionales. En el caso del abogado o del médico el deber consiste en la exigencia de guardar discreción sobre toda la información que el cliente y el paciente aportan, en virtud de una relación de confianza previamente acordada. Si se trata de un funcionario, el deber de guardar secreto se articula a partir de una relación de sujeción especial que le vincula con la administración pública y que conlleva un límite a sus derechos de expresión y de comunicar información.

El diseño que la CE hace del secreto profesional de los periodistas es diferente. Su reconocimiento permite a quien lo invoque a no develar las fuentes informativas empleadas para configurar una información difundida; pero de este poder de disposición del periodista no se deriva simultáneamente un deber jurídico. Porque a este nivel, si el periodista decidiese develar la identidad de sus fuentes, no se le será exigida ninguna responsabilidad. Es decir, el profesional de la información disfruta de plena disponibilidad sobre el uso que pueda hacer de este derecho fundamental. Cosa distinta es la vertiente ética o deontológica: en este sentido, es evidente que un amplio sector de periodistas considera que guardar secreto sobre las fuentes es, sobre todo, un deber propio del ejercicio de la profesión.

No hay duda que la modalidad de secreto profesional que aquí se aborda presenta características distintas respecto de las que son propias de otras profesiones como las de abogado, médico, funcionario, etcétera.

¹⁹ Véase Michavila Núñez, J. M., "El artículo 24 de la Constitución y el derecho al secreto profesional: una visión unitaria de la institución", *REDA*, Madrid, 1987, núm. 56, pp. 537 y ss.

La naturaleza jurídica de la relación establecida entre el sujeto que proporciona la información y el que la recibe y la difunde es esencialmente diferente:

1o. Seguramente, la diferencia más significativa es que para los profesionales que se acaban de citar, la confidencialidad afecta a la información que el cliente suministra al abogado o al médico, mientras que en el caso del periodista, el secreto incide sobre la identidad del sujeto que proporciona la información que después será difundida; y no, obviamente, sobre ésta.

2o. La necesaria relación de confianza que tiene que existir entre el cliente y el paciente por un lado y el abogado y el médico por otro, no es preceptivo que deba tener que producirse entre el profesional de la información y la persona que le facilita de forma confidencial una noticia de interés general. Asimismo, en el primer caso la relación se fundamenta en una contraprestación económica que aporta el cliente o paciente; en el segundo dicha contraprestación no existe o, en todo caso, no es obligatoria.

3o. Los bienes jurídicos protegidos por el secreto tipificado por la legislación penal son, por un lado, el deber de reserva, que corresponde al titular afectado por materias que conoce en razón de su profesión o cargo (por ejemplo, el funcionario), y, por otro, el derecho a la intimidad del cliente (en el caso de la consulta al abogado y al médico). Mientras que en el secreto periodístico, lo que se protege posee un valor objetivo más intenso y ello no es otra cosa que el derecho a comunicar y recibir información veraz; es decir, el *ius narrandi* como requisito básico de una sociedad democrática en la que el principio de publicidad sobre todo lo que es de interés público —sea en razón de contenido o de la dimensión pública de las personas implicadas— debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos.²⁰

4o. El corolario de estas diferencias que presenta el secreto profesional de los periodistas es que no sólo es una garantía del redactor o el director, en tanto que titulares del derecho; es también, una garantía institucional del derecho a la información en la medida en que introduce un mecanismo que facilita su acceso a parcelas de la esfera pública o privada (susceptibles de ser de interés público) poco o nada permeables al principio de publicidad.

²⁰ Véase Gómez-Reino Carnota, E., *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, RAP, núms. 100-102, enero-diciembre de 1983, pp. 611-619.

VIII. EL OBJETO DEL SECRETO PROFESIONAL

Como ya se ha apuntado con anterioridad, el secreto periodístico atribuye a su titular el derecho a no revelar la identidad de las fuentes de información que ha empleado, incluyendo en esta noción de fuentes informativas, tanto la personalidad del comunicante como también los elementos materiales integrantes de la información (por ejemplo, anotaciones, grabaciones, material audiovisual, etcétera). La discreción sobre ambos elementos, el personal y el material, constituyen la garantía básica que otorga carta de naturaleza a este derecho constitucional.

El secreto profesional puede ser invocado, desde luego, ante poderes públicos y particulares; pero no hay duda que en relación con los primeros, la problemática probablemente más compleja se plantea cuando el titular del secreto hace uso del mismo ante los órganos dependientes del Poder Judicial. Por esta razón, aparece como centro del conflicto jurídico que se plantea entre el derecho fundamental a comunicar (el periodista) y a recibir información (por parte del cuerpo social) y el deber de cualquier testigo de declarar sobre todo aquello que le haya sido preguntado en un interrogatorio (artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en adelante, LECr.).

La vulneración del deber jurídico de declarar, salvo en los casos exceptuados por la propia CE (artículo 24.2), supone que se incurre en la comisión del delito de desobediencia previsto en el artículo 556 del CP (artículo 420, LECr.): pero la constitucionalización del secreto periodístico exonera al profesional de la información de responsabilidad al respecto, puesto que está obrando en el ejercicio de un secreto profesional.

La razón de esta exención radica en que, por una parte, se trata de un derecho fundamental integrado en el seno del derecho a informar; por otra, es un derecho que afecta no solamente al periodista sino que también interesa al conjunto de la sociedad. Es un derecho dotado de un conjunto de valores objetivos que afectan al conjunto del cuerpo social; es decir, con el derecho al secreto profesional se introduce una garantía constitucional que colabora en la conformación del pluralismo informativo y la opinión pública.

Naturalmente, el derecho al secreto profesional no puede legitimar la comisión de un delito y, con esta lógica, la eficacia de su invocación expira en el momento en el que el periodista es autor de un delito. Asimismo, este derecho no puede eximir del deber de denuncia (artículo 262,

LECr.) cuando se haya producido un delito. En este caso, el mismo periodista es la fuente informativa y, por lo tanto, nada puede esconder al juez, si lo hace omite el deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución (artículo 450, CP). El secreto profesional es un derecho fundamental que se proyecta sobre las fuentes informativas y de ninguna forma puede comportar la acción de hechos delictivos.

Pero al margen de estas razones de orden genérico, existen otras de carácter más específico que pueden también explicar la existencia de este derecho. De entrada, no hay duda en afirmar que el periodista precisa de medios suficientes para acceder a la noticia y cumplir su función profesional y, además, ejercer un derecho constitucionalmente protegido, como el de comunicar información veraz por cualquier medio de difusión. Sin embargo, lo cierto es que no siempre le resulta fácil obtener lo que se busca. A menudo se hace necesaria la obtención de canales y contactos que en un momento determinado puedan ayudar a elaborar o completar una información que corresponda lo más fielmente posible a la verdad de los hechos ocurridos, para que la difusión de los mismos responda a los máximos grados de contraste. La identificación de estos contactos no siempre es un elemento imprescindible para la realización de los fines que permiten definir el derecho a la información; es decir, el mantenimiento de la discreción sobre la exacta procedencia de una información puede llegar a ser una garantía imprescindible para la obtención de ulteriores aportaciones informativas que ayuden a desvelar —por ejemplo— la auténtica razón de un conflicto, de una irregularidad administrativa o de un caso flagrante de corrupción, etcétera. Si, por el contrario, se exige, como condición *sine qua non*, el conocimiento exacto de la identidad de las fuentes, la consecuencia más probable que puede producir es la devaluación de la credibilidad futura del periodista en los círculos en los que obtuvo la información; cuando, no se olvide, el interés básico de la cuestión debe centrarse en la difusión de la noticia.

No obstante, las posiciones contrarias al secreto profesional argumentan que, por ejemplo, en un supuesto de denuncia de un caso hipotético de corrupción administrativa, lo primero que procede es difundir la identidad del confidente. O también, lo que deben hacer ambos, periodista y confidente, es poner en conocimiento de la autoridad competente (administrativa o, en su caso, judicial) aquello que hayan observado de irregular. Sin embargo esta actitud, y en general, el deber de auxilio a la justicia no es algo que tenga que resolver únicamente el periodista. Su función priorita-

ria es la de difundir información obtenida con diligencia (STC 6/1988), es decir, sin alteración de las reglas básicas de carácter deontológico. Pero no debe suplantar la labor de investigación que, en materia delictiva, corresponde a las policías gubernativa y judicial. Evidentemente, siempre que el ejercicio del secreto profesional no conlleve una acción de encubrimiento de actividades delictivas, y siempre, naturalmente, que el periodista sea testigo y no inculpa.

Parece obvio recordar, en este sentido, que el periodista no puede convertirse en un auxiliar o investigador que coadyuve a la acción de los poderes públicos encargados por mandato constitucional de la represión del delito. Los medios más adecuados para una eficaz actuación en este ámbito corresponde al Estado proporcionarlos a los cuerpos y fuerzas de seguridad, y desde luego, el periodista no se encuentra entre ellos.

IX. LOS SUJETOS DEL SECRETO PROFESIONAL

Los sujetos titulares de esta modalidad de derecho al secreto profesional son los periodistas: tanto los redactores como el director del medio de comunicación. No obstante, la complejidad y diversidad de los medios en la actualidad convierte esta enumeración en un censo reductivo y escasamente sensible a una realidad profesional plural, especialmente, como ya se ha expuesto en el primer apartado, en los de naturaleza audiovisual.

No existe una definición legal de la categoría profesional de periodista o de informador. No obstante, la doctrina ha aportado algunas definiciones de interés por el carácter comprensivo de los aspectos más definitivos de la actividad. A este respecto puede resultar funcional la que en su tiempo propuso Burdeau, para quien es periodista el que: “como trabajo principal y retribuido, se dedica a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla por cualquier medio de comunicación, de forma cotidiana o periódica”.²¹

No obstante, la característica de trabajo principal y regular que propone esta definición de valor únicamente instrumental, se plantea también el problema de saber si los colaboradores y otros profesionales (por ejemplo, los realizadores o los editores de programas informativos de TV) son también sujetos activos de este derecho. Algunos de los ER citados en el

21 Véase Burdeau, G., *Les libertés publiques*, 4a. ed., París, 1972, p. 268. Esta definición se inspira en una resolución del Tribunal de Casación francés del 22 de diciembre de 1941.

primer apartado no dudan en aceptar la inclusión de los colaboradores. Cabe entender al respecto, que a efectos del reconocimiento del secreto el criterio debe ser flexible; objetivamente los colaboradores emiten opiniones y también difunden informaciones. A pesar de no tener en el trabajo informativo su principal fuente de ingresos, deberían estar en condiciones, llegado el caso, de ejercer el derecho al secreto profesional siempre que mantengan una relación jurídica permanente con la empresa editora. Algo parecido puede decirse en televisión de los realizadores y editores, entre otras categorías, que participan de forma más o menos decisoria en la configuración del contenido de la información difundida. Y también del periodista autónomo que, como tal, no mantiene ninguna relación jurídica permanente con alguna empresa editora de los medios de comunicación, y que se dedica a vender sus reportajes a periódicos y medios audiovisuales. Parece evidente que dicho profesional también pueda quedar investido de la condición de sujeto titular del derecho al secreto profesional.

La exigencia de este derecho debe ser eficaz ante los poderes públicos (jueces y tribunales, órganos dependientes de las distintas administraciones públicas, policías administrativa y judicial, comisiones de investigación, etcétera). Es evidente que los elementos más problemáticos del secreto profesional se plantean con relación a los requerimientos de los órganos judiciales para que el periodista declare sobre la identidad de sus fuentes informativas, y en especial, cuando esta circunstancia se produce en procedimientos iniciados por causa penal.

La eficacia con respecto a los particulares debe ser igualmente intensa; entre éstos, y como criterio general, hay que integrar, llegado el caso, incluso a los mismos compañeros de la redacción, al director del periódico o la emisora o cadena de TV y, lógicamente, a los representantes de la empresa editora o gestora del medio de comunicación.

Este planteamiento jurídico es abstracto; pero, desde luego, no ignora la necesaria colaboración y relación de confianza mutua que debe existir en cualquier redacción informativa. Si se da este supuesto, no hay duda que el director, como primer responsable de todo lo que se publica o difunde, debe conocer cualquier detalle referido al secreto profesional que haya alegado un miembro de su redacción. Porque es evidente que el director es el responsable de los originales que se publiquen. Únicamente, cuando la conducta profesional del director dificulte el libre ejercicio del derecho a la información tendrá sentido que el redactor lo alegue también frente a su superior jerárquico en la redacción. Naturalmente, en este caso

la consecuencia más probable es la negativa a la difusión del trabajo realizado por el redactor, con lo cual el conflicto quedará planteado en el seno de la empresa periodística, sin excluir la posibilidad de que pronto pueda superar estos límites.

La eficacia subjetiva del derecho al secreto profesional de los informadores conduce a otra cuestión de notable importancia.

De acuerdo con las previsiones constitucionales (artículo 20.1.d.), el secreto es un derecho integrado en el derecho fundamental a comunicar información veraz por parte de aquellos que convierten esta información en su profesión habitual. Pero, atención, desde el punto de vista jurídico no es un deber. En consecuencia, el periodista tiene la libertad de acogerse o no a la protección que este derecho le proporciona, con plena disponibilidad para negarse a declarar en un proceso judicial o ante cualquier otra autoridad que le requiera para ello, en los términos legalmente previstos. Ya hemos constatado anteriormente que desde la perspectiva deontológica, nos hallamos ante un deber; ahora bien, a fuerza de ser reiterativos, desde una perspectiva jurídico-penal es irrelevante que dicho deber sea obviado.²²

X. LA PROBLEMÁTICA DE LOS LÍMITES: LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL Y EL DEBER DEONTOLÓGICO

1. *Algunas referencias de derecho comparado*

No todos los ordenamientos jurídicos reconocen este derecho de los informadores. En realidad, hay quienes lo niegan (por ejemplo, Francia, Bélgica, Estados Unidos, Gran Bretaña, etcétera). En otros, sin embargo, está concebido como un derecho del profesional de la información (Suecia, Alemania, Austria y en Suiza lo es únicamente ante las autoridades administrativas).

Entre los que lo niegan, como decimos, se encuentran, entre otros, Francia, Bélgica y Estados Unidos, aunque en este caso con matices distintos, fruto de una tradición jurídica diferente. El criterio francés es res-

²² Véase Fernández-Miranda, Alfonso, *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 543; Barbero Santos, M., "Libertad de prensa y responsabilidad penal", *Asociación de Editores de Diarios Españoles*, Madrid, 1986, núm.11, pp. 38 y 39.

trictivo; si el secreto protegiera las fuentes informativas —afirma Dumas—²³ la inmunidad del periodista convertiría la información en algo incontrolable y las consecuencias serían negativas para los derechos de la personalidad y la paz social. El periodista no puede ser tratado de forma privilegiada; en su actividad profesional deberá tener en cuenta una exigencia ineludible que se resume así: verificar la información, asegurar que corresponde a la verdad y, de ser puesta ésta en duda, aportar las pruebas que sean procedentes para demostrar la veracidad de la información difundida.

Al igual que en la Gran Bretaña, en Estados Unidos actualmente el secreto profesional de los informadores tropieza con muchas dificultades para ser admitido. Ni el *common law* ni la legislación federal lo reconocen y tampoco lo hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, la legislación de varios de los Estados de la Unión prevé la existencia de *shield law* (leyes escudo o leyes de protección) cuyo objeto es, precisamente, proteger las fuentes de información de los periodistas. En esta misma línea cabe destacar el estatuto de los periodistas (*Reporter's privilege*) que en un lejano 1896 aprobó el estado de Maryland. Pero a pesar de esta permisividad en algunos Estados, la situación actual no se muestra favorable al reconocimiento del secreto, como así lo demuestran resoluciones judiciales denegatorias, algunas de las cuales han permitido incluso el registro policial de las redacciones de medios de comunicación.

Para mantener la negativa al reconocimiento del secreto profesional de los periodistas, la propuesta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha fundamentado en el contenido de la sexta enmienda a la Constitución. Ésta reconoce el derecho a un juicio justo, derecho que la persona que se considera afectada por una expresión o una información que le parece injuriosa, vería lesionado si los periodistas quedasen exentos del deber de declarar. Por el contrario, la argumentación de los defensores del secreto periodístico se fundamenta en el texto de la primera enmienda que determina que la libertad de prensa no está sometida a límite alguno; en consecuencia, cuando los poderes públicos, especialmente el Poder Judicial, prohíben el secreto, están ignorando un elemento esencial de esta libertad.

23 Véase Dumas, R., *Le droit de l'information*, París, PUF, 1981, p. 184.

Además de los casos “Judy Garland vs. Marie Torre” (1958); “United States vs. Caldwell” (1970), resulta suficientemente ilustrativo el caso “Branzburg vs. Hayes”²⁴ que se suscitó a raíz de las actividades de los “panteras negras” (*black panthers*). El TS por una exígua mayoría de cinco contra cuatro votos, confirmó la obligación de los periodistas de respetar sus fuentes. Sin embargo, como señala Fernández-Miranda,²⁵ la división del tribunal no fue tan radical como se podría deducir de la votación: en la argumentación de los votos disidentes, a pesar de la crítica a los magistrados de la mayoría por su falta de sensibilidad sobre el significado constitucional de los derechos informativos y la necesidad de una prensa independiente, la minoría apeló a una concepción limitada del secreto profesional, en el sentido de que sea siempre el juez quien pondere (a través del *balancing test*), en cada caso concreto, la viabilidad o no del derecho a guardar discreción sobre las fuentes informativas.

Entre los países que lo aceptan se encuentra Suecia, en cuya Ley de Prensa (integrada en la Constitución) se reconoce que “...ningún autor, de cualquier impreso, estará obligado a que en él, aparezca su nombre”. En este país escandinavo el secreto se concibe como un deber del profesional de la información y como tal deber genera responsabilidad penal si es ignorado. La ley no se refiere explícitamente al derecho de los periodistas al secreto, sino al derecho del sujeto informante al anonimato; la consecuencia es el deber del profesional de la información a mantener discreción sobre las fuentes utilizadas. El editor y el director están obligados a respetar el secreto frente a otros particulares y los poderes públicos.

Es preciso destacar que la legislación sueca es abierta con respecto al derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos públicos y los funcionarios disfrutan de amplia libertad para comunicarse con los medios informativos sin ningún temor a repercusiones legales o presiones extra-legales. Las únicas excepciones a la protección legal de las fuentes informativas son “los temas relacionados con la defensa nacional y aquellos en los que se ponga en peligro la integridad de la vida privada de los ciudadanos”²⁶.

24 Véase 408 US, 665-1972.

25 Véase *op. cit.*, p. 59.

26 Véase Groll, Lennart, “Libertad y autodisciplina de la prensa sueca”, *AEDE*, Madrid, enero de 1981, núm. 4.

2. *Los límites al ejercicio del secreto profesional de los informadores y el ordenamiento jurídico español: dos aproximaciones al problema*

En la medida que en el constitucionalismo contemporáneo no tienen cabida los derechos absolutos, es obvio que el derecho al secreto profesional al igual que cualquier otro reconocido por la CE está sometido a límites.

Del contenido material de la norma suprema se pueden deducir algunos límites o ámbitos concretos sobre los que una futura ley reguladora del secreto de los periodistas en España debería concretar su alcance, pero no podrá prescindir de su existencia. No obstante ello, existen posiciones encontradas sobre la propia pervivencia de dichos límites.

A. *La tesis del secreto profesional como deber deontológico*

Un primer criterio ha sido sostenido por relevantes sectores empresariales y profesionales y ha consistido en considerar que cualquier regulación legal posterior del derecho reconocido en la CE sería limitativa. A fin de evitar una consecuencia de esta naturaleza se propone la siguiente solución:

- a) Reformar los artículos 416 y 417 de la LECr. con objeto de incluir a los periodistas entre las personas exentas de la obligación de declarar en un proceso.
- b) Añadir los profesionales de la información a los sujetos excluidos de responsabilidad criminal por obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20, 7a., CP).

Parece evidente que este planteamiento tiene su fundamento en una hipótesis de deontología profesional ampliamente aceptada según la cual el secreto profesional es alegable en cualquier caso porque el deber del periodista es informar.

No obstante, desde la perspectiva jurídico-constitucional el criterio no puede ser el mismo ya que los derechos no son absolutos y, en consecuencia, están sometidos a límites, como reiteradamente recuerda la jurisprudencia constitucional.²⁷ Por esta razón cuando se invoca la causa eximente citada del CP se hace necesario recordar que ni la CE ni, por tanto,

27 Véanse las SSTC 2/1982, 62/1982, 20/1990 y 105/1990, entre otras.

el CP avalan cualquier ejercicio de este derecho sino sólo aquél que sea legítimo; es decir, aquél que no lesione bienes jurídicos integrados en otros derechos constitucionalmente protegidos.

B. *La tesis del secreto como derecho integrado en el derecho fundamental a comunicar información veraz*

Lógicamente la segunda postura es la que entiende los derechos fundamentales como derechos sometidos a límites. Límites que han de derivar de la CE y, en su caso, y de acuerdo con la norma suprema, de las previsiones que el legislador haya considerado procedente establecer. La ausencia hasta hoy de una ley sobre el secreto profesional, como ya existe en relación con la cláusula de conciencia, no impide reflexionar sobre sus límites implícitos a la CE y al conjunto del ordenamiento.

A este respecto podemos enumerar algunos supuestos:

a. El secreto profesional frente al secreto de Estado o secreto oficial

El secreto profesional del periodista no puede ser alegado en su favor cuando verse sobre materias que, de acuerdo con las previsiones legales vigentes en materia de secretos oficiales (Ley 48/1978, del 7 de octubre), hayan sido declaradas válidamente como secretas (mediante Decreto del Consejo de Ministros) y, por tanto, no susceptibles de ser objeto de difusión. En este sentido, si el periodista obvia la decisión administrativa que ha clasificado una materia como secreta y difunde su contenido total o parcialmente, incurrirá en la responsabilidad penal prevista en los artículos 598 y siguientes del CP por *descubrimiento y revelación de secretos e información relativa a la defensa nacional*. Y en esta tesitura, el informador no podrá invocar en su favor el secreto profesional para no divulgar las fuentes, ya que la información obtenida —cuya clasificación, como secreta, ni él ni nadie pueden ignorar— versaba sobre una materia cuya difusión estaba legalmente impedida. Por tanto, de producirse una circunstancia de este tenor el periodista no comparecería ante el órgano judicial como testigo sino como inculpado.

Naturalmente, la existencia de este límite o, más exactamente, de este ámbito material al margen del ejercicio del secreto profesional, definido por la existencia de materias calificadas como secretas, no impide ni la

eventual denuncia social que los medios de comunicación puedan ejercer sobre los efectos perversos de la vigente Ley de Secretos Oficiales a causa de la vaguedad de su objeto, o el uso abusivo que, en su caso, pueda haber llevado a cabo el gobierno al interpretar la noción de secreto. Ni por supuesto, tampoco los controles que en el marco funcional de sus respectivas competencias decidan llevar a cabo las Cortes Generales y la jurisdicción ordinaria.

- b.* La invocación del secreto profesional no procede si el informador está implicado en la comisión de un delito

Otra parcela que no permite la alegación del secreto profesional en beneficio del periodista debe ser la que se deriva del deber de impedir la comisión de cualquier delito. Evidentemente, en este caso, ha de constar de forma objetiva el peligro inminente de una acción delictiva para que el resultado de esta colisión de bienes jurídicos suponga el declive del derecho al secreto profesional en favor de otro de rango superior. Las mismas consecuencias se producirán si el hecho delictivo ya se ha producido y el periodista no lo pone en conocimiento de la autoridad o sus agentes.

- c.* El secreto profesional no legitima el engaño a la autoridad judicial

El derecho a mantener discreción o reserva sobre determinadas personas o ámbitos que afectan a las fuentes informativas, no puede tener como consecuencia una declaración judicial del periodista que aún sin faltar a la verdad, la altere con afirmaciones equívocas o inexactas. Por esta razón, ante la duda de producir esos efectos, el periodista que quiera mantener el secreto profesional debe optar por el silencio si no quiere correr el riesgo de cometer falso testimonio (artículos 458 y ss., CP).

- d.* El secreto profesional no puede producir el delito de encubrimiento

El periodista debe evitar que su actitud en defensa del secreto profesional pueda suponer la comisión de un delito de encubrimiento (artículos 451 y ss., CP); en este sentido, si como fruto de su actividad profesional llegara a poseer los instrumentos materiales del delito, deberá hacer en-

trega de los mismos al juzgado instructor (artículo 334, LECr). El derecho al secreto debe ser compatible con el deber de auxilio a la justicia, sin que ello suponga indefectiblemente desvelar la identidad de las fuentes de las que se dispone.

e. El secreto profesional ante la *exceptio veritatis*

Otro tema de gran interés es la relación que se establece entre el secreto profesional y el derecho a comunicar información veraz. Como es sabido, el Código Penal acepta la *exceptio veritatis* en los supuestos de presuntos delitos de calumnia e injuria (artículos 207 y 210 del CP). A este respecto, la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿qué ocurre cuando es el periodista quien debe probar la veracidad de lo que ha difundido? Y, más concretamente: ¿cuáles son las consecuencias si el periodista alega el secreto profesional? Se plantean dos posibilidades:

Primera. Que pueda probar aquello que ha publicado o difundido sin ninguna necesidad de identificar la fuente informativa, y

Segunda. Que la cobertura que ofrece el secreto profesional no le permita, sin embargo, probar plenamente lo que ha escrito o ha dicho.

Si estuviésemos en Francia la opción no existiría; o se puede probar que la información es veraz o se incurre en responsabilidad. En el caso español y, en general, en los supuestos que admiten el derecho al secreto profesional, éste no siempre debe ser un obstáculo insalvable para poder probar que la información difundida corresponde a la verdad de los hechos. Sin embargo, cuando ello no sea posible y el periodista es el autor de la información presuntamente lesiva, el derecho al secreto profesional no operará. La eficacia del derecho al secreto profesional del periodista únicamente será total si aquél interviene como testigo y no como inculpa-

De todos modos, la investigación judicial sobre la verdad de la información tiene que facilitar y dar cabida, previamente, a todo tipo de pruebas aportadas por el periodista que, sin identificar la fuente, sean suficientes para justificar que la información no es falsa. Es decir, el juez no puede iniciar la investigación exigiendo de entrada, que el periodista desvele la identidad de quien le ha facilitado la información. El juez deberá valorar en este caso el interés público de la información, la trascendencia pública del sujeto cuestionado, la diligencia profesional del periodista, etcétera. Únicamente después de este previo proceso de valoración, y si se demuestra que la diligencia profesional ha estado ausente en el trabajo

periodístico, el órgano judicial podrá solicitar la revelación plena de las fuentes informativas.

En los Estados Unidos, los procesos por difamación, contemplan una fase previa o *discovery period* en la cual se procura que el periodista ponga a disposición del demandante sus fuentes informativas para fundamentar que lo que ha sido publicado o difundido es verdadero o que, en todo caso, ha sido obtenido con buena fe.²⁸

El cumplimiento del canon de la diligencia en la obtención de la información es una garantía que la jurisprudencia constitucional española establece para evaluar la corrección de la conducta informativa del profesional de la información respecto de la veracidad informativa. Este canon se ha ido elaborando a través de una jurisprudencia sedimentada de varios años con los resultados que siguen. Así, el nivel de diligencia exigible al periodista adquiere su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere; pero además de este criterio principal se han de tener en cuenta otros de similar calibre: el respeto a la presunción de inocencia; la trascendencia de la información difundida; la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado; asimismo, no hay que olvidar que en cuanto al objeto de la información, no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que son asumidos como propios del medio de comunicación, que la transmisión neutra de hechos que proceden de otro medio.²⁹ De acuerdo, pues, con el referente jurídico que supone este canon, la citada STC 21/2000 ha construido un primer criterio sobre el alcance del secreto profesional de los periodistas en los términos siguientes:

El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (STC 172, 1990, FJ 3o.), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse el origen debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador, lo cual, desde luego, no supone en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acre-

28 Véase Muñoz Machado, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 156 y 157.

29 Para una síntesis de esta jurisprudencia, véase la STC 21/2000, del 31 de enero.

ditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de la información (SSTC 123/93, FJ 5o. y 6/96, FJ 5o.).

El TC viene, pues, a sostener la regla según la cual el secreto profesional puede ser invocado siempre que la diligencia en la obtención y difusión de la información haya sido contrastada. Véase, por tanto, que este instituto jurídico se construye con base en un elemento de carácter deontológico como es la diligencia, conforme a un canon jurisprudencial. Probablemente, de esa manera, no llegue a ser ya necesaria una ley reguladora del secreto profesional.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PERIODISMO

Julián ANDRADE JARDÍ

Cuando me invitaron a participar en el coloquio, lo primero que me vino a la cabeza fue la necesidad de hablar de mi propia experiencia, al fin y al cabo ¿qué podría yo aportar en cuanto a discusiones jurídicas? como no fuera hablar de los problemas a los que nos enfrentamos al momento de seleccionar la información que será publicada.

Creo que durante esas horas, las de mayor presión, en las que se pueden cometer la mayor cantidad de errores, es que se defiende y fortalece una política informativa democrática. En esos momentos se decide si se publica una información con fuentes que deben permanecer ocultas, por su seguridad o porque es la única forma de acceder a datos que de otra forma pueden permanecer ocultos.

La pregunta que ayuda a saber si algo debe publicarse es la de si nuestros lectores tienen el derecho de saber lo que nosotros sabemos.

Tom Wincker, el columnista del *New York Times*, cuenta que una noche vió entrar a dos damas guapas a la zona de la Casa Blanca donde se encuentran las habitaciones presidenciales. Kennedy era el presidente. Posteriormente, en la reunión de redacción del diario se discutió sobre la pertinencia de publicar la historia. ¿Afectaba la seguridad nacional?, ¿se violaba alguna ley? La respuesta fue que no y se estableció en los hechos un blindaje hacia la vida privada, pero también se abrió un abanico de opciones para publicar todo aquello que fuera de interés para los lectores del *New York Times*.

Creo que ahí está la clave de lo que se puede publicar y lo que no, sobre todo cuando rozamos la vida privada y cuando el prestigio de alguien, quien quiera que sea, está en riesgo.

Tampoco es una labor sencilla, las horas de angustia que uno pasa al publicar información relevante tienen el carácter de lo eterno. ¿Y si cometimos una injusticia?

Ni en los casos donde la información se refiere a personajes que no deben tener, por sus antecedentes, un cargo en la administración, existe la calma.

Nuestro trabajo, el de los periodistas, trata de la gente y es para la gente, de ahí la responsabilidad de la materia con que construimos las historias.

Coincido con Marc Carrillo en cuanto a que el fondo del asunto es la ética y el comportamiento profesional que se debe tener ante cuestiones que afectan la vida de los demás.

Detrás del secreto profesional debe estar la verdad. Ahí está la protección y la razón de ser de un instrumento indispensable para nuestra vida democrática y para el fortalecimiento del Estado de derecho.

También creo que su utilización debe estar sujeta a reglas y que en ningún momento podemos sobrepasar lo que la ley manda. Es necesario el deslinde porque una parte de la prensa nacional hizo del rumor una de sus formas de subsistencia.

Es importante señalar que es raro tener que apelar al secreto profesional. Son pocas las ocasiones en que un reportaje, por su gravedad e impacto, requiere de semejante discreción.

Por eso es que los reportajes de Bob Woodward y Carl Bernstein tienen el grado de leyendas, y que “garganta profunda” es algo más que un simple personaje de la política de Washington.

En Arlington, en el museo de la prensa, se encuentran las libretas de apuntes de Woodward, como un recuerdo y una señal de hasta dónde se puede llegar con un manejo adecuado de las fuentes y la ética.

Pero las cosas suelen ser menos heroicas y lo cierto es que el secreto profesional muchas veces está metido en “berenjenales” poco claros. Acaso distinguiendo entre su buena utilización, la que es indispensable para la democracia y las pifias a las que nos tienen acostumbrados, sea como realmente cambiemos a la prensa, es un mastodonte casi inmovible y poco dispuesto a la crítica.

EL SECRETO DE LAS OSTRAS

A mí, con la información privilegiada, la que tiene una fuente oculta, me pasa como con las ostras: por regla general está bien, pero es raro encontrar una perla.

Me explico: suelo desconfiar de los reportajes y de las notas que no pueden acreditarse a una fuente específica y extendiendo el término de fuente al sentido más amplio, que puede ir desde una declaración hasta la utilización de documentos que la acrediten.

Hace algunos años tuvimos en nuestro poder, en el diario *La Crónica de Hoy*, la orden de aprehensión de un alto funcionario de la policía capitalina.

Conseguir el cargo —subdirector de investigación— fue relativamente sencillo.

Teníamos un documento que lo implicaba en la comisión de un delito y sabíamos de su cargo en la institución. Pero ¿si no era él? Ahí inició una larga y ardua labor de investigación, la que nos llevó a los juzgados, donde obtuvimos copia del expediente en el que se señalaba que el sujeto había sido condenado por el delito de plagio en contra de un comerciante de la Central de Abastos. Parecía que todo estaba listo para su publicación. Decidimos, sin embargo, conseguir una entrevista con el funcionario. En esta charla nunca aceptó estar involucrado en delito alguno y sostuvo que se trataba de un homónimo. El desaliento fue total y decidimos no darnos por vencidos. Después de semanas de búsqueda, uno de nuestros reporteros consiguió la ficha de ingreso al reclusorio. Quien lo entrevistó lo reconoció de inmediato. Era él, un secuestrador en el área encargada de proteger y velar por la tranquilidad de los ciudadanos. La sorpresa era inmensa. El comandante no duró en su cargo y creo que puede verse como una victoria para la transparencia y para el imperio del Estado de derecho.

Fue un buen trabajo periodístico pero tuvo que realizarse frente a infinidad de obstáculos puestos por la autoridad. Desde la negativa de mostrar el *curriculum* de los funcionarios, hasta las amenazas veladas y el ofrecimiento de dinero. “Te puedo dar vales para gasolina”, le dijo a uno de nuestros reporteros. Cada una de nuestras fuentes permaneció oculta, pero las sustituimos con documentos y constancias judiciales.

Otro caso interesante, en el que se conjuga la investigación con la utilización de fuentes ocultas, fue cuando *Crónica* descubrió que el recién llegado gobierno de izquierda había nombrado a un miembro del Batallón Olimpia en uno de los más altos cargos de la Secretaría de Seguridad.

El general Héctor Careaga Estrambasaguas era el subsecretario de seguridad pública.

Quien nos informó del asunto sólo dijo que nos equivocábamos al atacar al secretario Rodolfo Debernardi (ex colaborador de Javier Coello Trejo, uno de los personajes más siniestros de nuestras maltrechas instituciones procuradoras de justicia) y que quien realmente era un peligro era otro de los funcionarios.

No fue fácil llegar a Careaga porque en su *curriculum* se había omitido cualquier referencia a su grado militar. Cruzando información y haciendo entrevistas con jefes de sector llegamos a la conclusión de que sólo podría tratarse de él.

Decidimos entrevistarlo y ahí nos contó que el 2 de octubre los agresores estaban en el edificio Tlatelolco y que, en efecto, él había formado parte del Batallón en 1968.

Publicamos la entrevista y una nota de contexto sobre aquel 2 de octubre de mala memoria, el escándalo no se hizo esperar.

Lo que me inquietó, sin embargo, fue la actitud de las autoridades que en un inicio intentaron negar el hecho. El secretario de seguridad, luego de una reunión con el jefe de gobierno, señaló a los medios que el señor Careaga nunca fue entrevistado por el diario *La Crónica*.

Por fortuna, en ese momento, el general declaraba en una radiodifusora, explicando que “el guante blanco era símbolo de paz y amistad” y que, en efecto, había pertenecido al batallón encargado, en teoría, de servir de protección durante los juegos olímpicos, pero que fue utilizado para disolver el mítin de Tlatelolco, con la jornada sangrienta que todos conocemos.

¿Cómo quedaríamos ante un desmentido? Sin duda maltrechos, aunque con el tiempo todo el mundo se enteraría de la verdad, incluso de que el grupo parlamentario del PRD había sido el encargado de presentar, en la tribuna de la Cámara, una relación de los miembros del Batallón para que fueran investigados. Raúl Álvarez Garín, uno de los líderes más importantes del movimiento estudiantil de 1968, tuvo la tarea de publicar el listado.

El general dejó el cargo, pero quedó claro que la autoridad no tenía ni la menor intención de actuar de manera clara en lo que a información se refiere.

Por casos como éste es que urge una política que transparente la relación entre la prensa y el poder.

El periodismo de investigación muchas veces se reduce a filtraciones hechas por dependencias de gobierno.

La campaña que acaba de iniciar fue prolija en la producción de libelos y de informaciones insostenibles, no sólo en la ética sino en los juzgados.

Contra el candidato del PAN circularon una serie de infundios¹ que eran transmitidos desde la Secretaría de Gobernación, lo cual deja claro que no existe una cultura que propicie una sana relación con la prensa.

Muchas veces este tipo de elaboraciones informativas son utilizadas como periodismo de investigación, sin que en realidad exista un trabajo de confirmación de los datos y mucho menos de evaluación de la veracidad de lo que ahí se dice.

Las fuentes se guardan con discreción porque quienes escriben estos borradores laboran en dependencias del poder público.

Lo cierto es que la vieja relación de la prensa con el poder ha variado poco. Los negocios, los favores y la sujeción que existen, por las deudas fiscales, son un recurso habitual en estos días. Pero lo que es la gran co-rrera —que matiza cualquier intento de independencia— es la relación publicitaria.

Y esto sucede porque el principal anunciante, conviene recordarlo, es el Estado mexicano.

Manuel Becerra Acosta le dijo a Carlos Marín (para la revista *Proceso* en 1989), respecto a la venta de *Uno más uno* que:

“El gran anunciante en México es el gobierno... Pues cómo cree usted que se mantienen todos los diarios”.²

Pero la presión no queda ahí y explica

El instrumento más filoso era la deuda fiscal de la empresa. Como presidente del Consejo de Administración resultaba yo responsable directo. Sí, bajo el amparo de la ley nos habíamos declarado deudores dispuestos a solventar nuestro compromiso en términos legales. Deseábamos pagar acogidos a los beneficios de la moratoria y reducción de acuerdo con lo prescrito en los ordenamientos.

1 El documento Vicente Fox Quesada circuló desde enero de 2000, pero fue en el tramo final de la campaña cuando fue promovido de manera soterrada por dependencias del gobierno. El texto es un recorrido por la vida de Fox en el que se hacen alusiones —no pocas veces difamatorias— a su vida privada. También es un recuento de sus amistades y de supuestos apoyos políticos.

2 Manuel Becerra Acosta concedió a *Proceso* una amplia entrevista en 1989. En ella relata cómo fue su salida del diario y explica que para presionarlo utilizaron la deuda que el diario *Uno más uno* tenía con la Secretaría de Hacienda.

Ahora en el caso de la empresa de la magnitud de Unomásuno (no económica pero sí política) no haberle aportado esa asesoría constituye una omisión deliberada y represiva.³

El esquema de subordinación de la prensa al poder, al menos hasta fines de los años ochenta, era severo.

José Carreño Carlón señala que el modelo podría resumirse en lo siguiente:

...a. apoyos financieros estatales para fundar o rescatar empresas informativas en forma de créditos preferenciales, comodatos de inmuebles y donaciones;

b. estímulos fiscales a través de un régimen especial de tributación para los medios, a los que se agregan negociaciones periódicas para regularizar deudas acumuladas;

c. dotación subsidiada (y discriminada) de insumos tales como el papel periódico y la electricidad;

d. publicidad estatal asignada discrecionalmente, más cuantiosa cuanto más se expandía el Estado en nuevas dependencias, organismos y empresas públicas, lo que convirtió al sector público, por varias décadas, en el primer anunciante del país;

e. condonación de deudas acumuladas en el Seguro Social a través de intercambios de servicios que incluyen contratos, reales o simulados, para realizar trabajos de impresión, pago de publicidad adelantada y, desde luego, un tratamiento informativo privilegiado;

f. asignación a reporteros, columnistas, articulistas y directivos de medios, de emolumentos pecuniarios mensuales, a manera de salarios o complemento salarios, por parte de las oficinas de prensa de las dependencias y las empresas públicas, lo que, independientemente de los efectos en el condicionamiento informativo, se convirtió en un subsidio más a las empresas de la comunicación que, por muchos años, y todavía hoy, aunque menos frecuentemente, aplicaron una estructura de sueldos bajos, muchas veces simbólicos, a los informadores, en el entendido de que su ingreso principal se obtendría de las oficinas públicas;

g. confusión entre las funciones informativas y las de venta de publicidad por parte de los reporteros, quienes se encargan de obtener una cuota de publicidad de sus fuentes informativas a cambio de una comisión de agente vendedor;

3 *Ibidem*, *Proceso*, domingo 10. de octubre de 1989.

h. asignación de pagos de grandes sumas anuales a periodistas a través de supuestos contratos de publicidad y servicios informativos suscritos por interpósitas personas;

i. gratificaciones sexenales a comunicadores y directivos a través de organismos públicos tradicionalmente utilizados como pagadurías de este tipo de erogaciones, como la Lotería Nacional;

j. habilitación de periodistas como contratistas proveedores de los más diversos bienes y servicios a instituciones estatales, desde barbecho de tierras de cultivo hasta fumigación de bodegas;

k. provisión subsidiada de viviendas a comunicadores y, en ocasiones, dotación gratuita;

l. asignación discrecional a empresas formadas por periodistas, de iguales periódicas de dinero y jugosas concesiones para el uso del espacio público.

m. formación de empresas representantes de columnistas y otros comunicadores para fines diversos...⁴

¿Cómo propiciar un periodismo de investigación ante tales acechanzas? ¿qué papel juega el secreto profesional en todo este berenjenal?

Es este modelo, en el cual sin duda hay cambios en los últimos años, en el que tienen que sobrevivir nuevas formas de periodismo, comprometidas con los lectores y con los valores democráticos.

No existe ordenamiento alguno que obligue a las autoridades a proporcionar información que puede ser de interés público, en el entendido de que esto puede favorecer una política de rendición de cuentas de la que también carecemos.

Quizá sería importante hilar fino y lograr una legislación que ampare el derecho de los ciudadanos a estar informados, y las posibilidades de acceder a datos e historias que son de interés público.

Carecemos de los instrumentos necesarios para mantener políticas informativas claras, que se alejen del rumor y que sobre todo se apeguen a la ética.

No existe una sanción ni jurídica ni pública para los medios que propalan el rumor. Muchos de éstos, después de desprestigiar a propios y extraños, amparándose en fuentes ocultas, son favorecidos por la publicidad oficial. El caso más elocuente es *El Universal*. En sus páginas se ha difamado sin el menor decoro y no ha existido una reacción ni de los anun-

4 Carreño Carlón, José, *Cien años de subordinación. Un modelo histórico de la relación entre la prensa y el poder en México en el siglo XX*.

ciantes ni de los poderes públicos. ¿Por qué? Supongo que lo anterior se explica por una cultura de sometimiento de la propia prensa a los dictados del poder. Los favores son pagados con un amplio margen de impunidad que por desgracia detiene el avance, indispensable, en cuanto a modernización de los diarios y los distintos medios de información.

Pero lo anterior también se explica por la ausencia de una legislación adecuada, lo que impediría, sin duda, que la utilización de la ley esté al arbitrio del presidente y de sus procuradores.

La ausencia de una ley que ampare el secreto profesional, pero también que provea a los ciudadanos de los mecanismos para defenderse de ataques dolosos o difamatorios es un dique para cualquier intento de modernización.

Sin duda requerimos de garantías para nuestro trabajo. En *Crónica* somos citados a declarar, en calidad de testigos, de modo más que frecuente. Si bien invocamos a la letra y al espíritu del artículo 6o. de la Constitución, también sabemos que en el Código Penal se establece la obligación de declarar.

Muchos de estos interrogatorios han girado alrededor de nuestras fuentes de información y de cómo tuvimos acceso a éstas.

Es evidente, en las sociedades democráticas, que existen zonas del poder que sólo pueden ser analizadas y conocidas al amparo del secreto profesional.

También es cierto que estamos hablando de un arma de doble filo, sobre todo porque el periodismo es un oficio impreciso que se realiza en condiciones de presión y de tiempo tremendas.

Es difícil evaluar la calidad y las consecuencias de la información en unas horas o en unos cuantos minutos.

Es aquí donde la propuestas de Marc Carrillo, de apelar a los estatutos de redacción o manuales de estilo, puede tener un aterrizaje en la realidad mexicana.

En estas cuestiones también estamos en pañales. Son pocos los medios que cuentan con estatutos de redacción o con reglas claras para la elaboración de las notas.

La ética se va defendiendo “a la buena de Dios” y bajo las instrucciones precisas de los mandos directivos de los medios.

Esta labor empírica ha servido como medio de autorregulación, pero también ha impedido que los reporteros y los lectores hagan uso de los derechos que les asisten a la hora de transmitir información y de recibirla.

Aquí también requerimos de esfuerzos adicionales.

Uno de los obstáculos para el periodismo de investigación y para realizar investigaciones serias sobre narcotráfico y corrupción son precisamente estas lagunas legales.

No creo que la independencia pueda sustentarse en el vacío, por el contrario, reglas claras propiciarían que la preparación de los reporteros fuera cada vez más elevada.

Esa falsa consigna que sostiene que sólo con la autorregulación se puede lograr la libertad me parece insostenible.

Es cierto que la ley acotaría el espacio para la discusión pública, pero lo haría —si es legítima— en la esfera de la vida privada y de la dignidad de cualquier ciudadano.

Hay que recordar que un reportero no cuenta con derecho alguno ante los intereses empresariales del medio. Si bien, el editor es quien decide finalmente qué se publica, también es claro que no existe posibilidad alguna de evaluar este tipo de resoluciones.

La cláusula de conciencia, en nuestro país, es inexistente. Nadie está obligado a escribir sobre asuntos que atenten contra la ética, pero las empresas no tienen empacho alguno para sancionar a los empleados que no acatan de modo expedito las instrucciones.

Marc Carrillo explica: “Los profesionales de la información podrán negarse motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o prejuicio”.

Carrillo afirma también que:

La importancia de este precepto es incuestionable. En sí mismo, constituye una garantía para el ejercicio del derecho a comunicar información en la medida en que permite establecer límites a formas espúreas de elaboración del producto informativo. Objetivamente, sienta las bases para que, en primer lugar, el trabajo informativo se fundamente en criterios respetuosos con las reglas deontológicas y, en segundo lugar, coadyuva a que las decisiones profesionales sobre los contenidos informativos respondan más a la lógica de la razón colectiva (la codecisión) que a la simple decisión jerárquica. Especialmente porque en este último caso, el criterio jerárquico no siempre excluye la aparición de una forma deontológica poco asumible.

Tampoco creo —Dios me libre— que debamos avanzar hacia esquemas assembleístas para elaborar los diarios, pero no nos caería nada mal un acercamiento a medidas que sin duda implicarían un gran cambio.

Marc Carrillo cita el Código de Periodistas de Cataluña y conviene detenerse en lo siguiente “El deber de no aceptar nunca retribuciones o gratificaciones de terceros para promover, orientar, influir o haber publicado informaciones u opiniones”.

Las posibilidades de una prensa para la democracia sólo llegarán a buen puerto si desterramos, también, una de las prácticas más ofensivas: el embute.

No estamos en la época donde los reporteros y los directivos se podían hacer ricos si seguían las instrucciones de funcionarios y políticos, pero estamos lejos de haber desterrado esa práctica. Una buena parte de los columnistas políticos son un ejemplo de esto: recaderos del poder han renunciado al análisis y al compromiso que tienen con los lectores. Subproducto de una cultura de claves, donde el discurso nunca fue claro, representan lo peor de una prensa subordinada que no termina de morir.

Innumerables factores juegan contra la modernización de la prensa, pero uno de los más importantes es lo arcaico de nuestras leyes. No es extraño que quienes se oponen a legislar sobre el derecho a la información sean los grandes patronos de los medios, los consorcios favorecidos por el poder y quienes han hecho de la información un negocio más allá de cualquier parámetro ético.

El último intento por discutir y aprobar una ley sobre el derecho a la información se hizo hace algunos años, y ni siquiera existió la voluntad de atender a las razones de los diputados que lo promovían. Filtraciones y un rumor de que se intentaría una ley mordaza dieron, de nuevo, al traste con el afán de regular la política informativa. Años antes, durante la presidencia de José López Portillo, ocurrió algo similar en un drama que se parece al de Sísifo.

Si entendemos a la información como un derecho de los ciudadanos entonces podemos establecer normas claras que protejan la vida privada, pero también el trabajo de los reporteros.

Lo anterior implicará que los medios no pretendan erigirse en jueces y que asuman su papel de modo adecuado. Alain Minc señala: “Espectador y actor, el periodista se beneficia, además, de un privilegio: es el único actor de nuestras sociedades complejas que nunca está sometido a su propia crítica”.

Estamos en una etapa en que el derecho penal es visto como una suerte de expiación. Los fiscales y los medios juzgan antes de que lo hagan los jueces, y así, los procesos se convierten en zonas del espectáculo.

Los últimos años han sido de una perversión de la justicia en la que los medios juegan un papel de capital importancia.

Información que resulta falsa, fue defendida por innumerables comunicadores al amparo de la ambigüedad legal y de la protección del poder público que la promovía. ¿Cuánto perdimos en estos años? No lo sé, pero es evidente que se requerirá de un gran rearme ético para saldar los daños.

No nos engañemos, las cataratas de injurias no fueron un ejemplo de la libertad de expresión, sino de los cobros de facturas entre la elite gobernante.

No avanzamos mucho en la construcción de medios creíbles y ni en la publicación de historias verificadas. El daño es enorme porque cada “revelación” fue acompañada de desmentidos puntuales. Se conmovieron los cimientos de la credibilidad y avanzaron la hipocresía y la comunicación mal elaborada.

Por eso, defender el derecho a la información requerirá no sólo de voluntad política sino de entender que este derecho es una garantía de los ciudadanos y una de las bases para la democracia.

Evitar que los medios se conviertan en jueces y que sus historias tengan el carácter de pruebas, será otra de las tareas para el futuro.

EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

Enrique CÁCERES NIETO

SUMARIO: I. *El derecho de la información como una nueva rama del derecho público, y el secreto profesional de los periodistas.* II. *Democracia, control del poder y medios de comunicación masiva.* III. *La oposición a la regulación de los medios de comunicación masiva.* IV. *El secreto profesional de los periodistas.*

El derecho *de* la información constituye una rama del derecho público en proceso de formación cuyo objeto de estudio es el derecho *a* la información. Una de las subcategorías de este derecho es el derecho a comunicar información veraz y dentro de ella se ubica el secreto profesional de los periodistas. La adecuada regulación de este último constituye un requisito indispensable para el cabal ejercicio de la otra parte del derecho a la información: el derecho a recibir información veraz, cuyo ejercicio es condición indispensable en la configuración de la opinión pública que puede ejercer el control del Estado y fortalecer la democracia. En este trabajo se sostiene la tesis de que el derecho al secreto profesional de los periodistas forma parte de nuestro derecho a pesar de no encontrarse regulado explícitamente. Sin embargo, deberá ser objeto de una reglamentación específica que habrá de considerar el estado de la materia, cuya panorámica pretende ser esbozada.

I. EL DERECHO DE LA INFORMACIÓN COMO UNA NUEVA RAMA DEL DERECHO PÚBLICO, Y EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

Nos encontramos ante el fascinante proceso de gestación de una nueva rama jurídica: “el derecho *de* la información”.

A pesar de constituir un interesante fenómeno, la literatura especializada ha prestado poca atención a la definición del neologismo, así como a la sistematización de las categorías conceptuales que poco a poco han ido emergiendo alrededor del mismo.

Entre los tratadistas que hacen referencia expresa al derecho *de* la información se encuentran Jorge Carpizo y Ernesto Villanueva.

Para el primero, el término derecho *de* la información denota al: “conjunto de normas jurídicas que regulan y tutelan las libertades, garantías, facultades y delimitaciones que integran el derecho *a* la información. En otras palabras, el derecho *a* la información es el objeto de estudio del derecho *de* la información”.¹

Carpizo entiende que la expresión “derecho *a* la información” denota “la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada”.²

Para Ernesto Villanueva “derecho *de* la información” denota “...la rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información a través de cualquier medio”.³

A diferencia de lo que entiende Jorge Carpizo, para Villanueva, el significado de “derecho *a* la información” es de alcances más restringidos, pues lo concibe como “el conjunto de normas jurídicas que regulan el acceso del público a la información generada por los órganos del Estado”.⁴

En el ámbito nacional, la importancia del derecho a la información en la vida social ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la “Solicitud 3/96. Petición del presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal”, donde dice que el derecho a la información es una “garantía social que a través de los diferentes elementos que se manejaron con motivo de la aprobación de este texto, se debe interpretar como ‘un derecho básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y que con-

1 Carpizo, Jorge, “Constitución e información”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LVII Legislatura, 2000, p. 37.

2 Ochoa Olvera, Salvador, *Derecho de prensa*, México, Editorial Montealto, 1998, p. 161.

3 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 10.

4 *Ibidem*, p. 45.

tribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad”.⁵

Tal como ha ocurrido con las disciplinas dogmáticas tradicionales, en torno al derecho *de* la información están surgiendo estructuras conceptuales que se reflejan en redes semánticas. Así, de la misma manera que las categorías conceptuales de la dogmática penal se encuentran organizadas en “delitos contra la vida y la salud personal”, “delitos sexuales”, “delitos patrimoniales”, etcétera, cada uno de los cuales acepta subcategorías como el caso de “fraude”, “robo” y “abuso de confianza” respecto a “delitos patrimoniales”, en el derecho *de* la información poco a poco están surgiendo estructuras equivalentes.

Retomando las ideas expuestas por Marc Carrillo,⁶ considero que el derecho *de* la comunicación comprende el “Derecho a comunicar y recibir información veraz de interés público por cualquier medio de difusión”. Éste se subdivide en dos subcategorías que son: “El derecho a *comunicar* información veraz de interés público por cualquier medio de difusión” y el “derecho a *recibir* información veraz de interés público por cualquier medio de difusión”. Este último comprende: “el derecho a recibir información generada por los órganos del Estado” y el “derecho a recibir información proveniente de otras vías (entre las que se encuentra la prensa)”.

Como se puede ver, el término “derecho a la información” está afectado de ambigüedad, ya que admite un sentido amplio equivalente al de “derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión” y otro sentido estricto en el que denota el “derecho a recibir información generada por el Estado”.

De acuerdo con Imer Flores, la distinción entre derecho a comunicar información y el derecho a recibir información resulta relevante para una adecuada caracterización de la relación entre el derecho a la información y los derechos humanos, ya que el primero corresponde a la categoría de los derechos individuales, mientras que el segundo corresponde a la de los derechos sociales: “El derecho humano a recibir información es un derecho social a diferencia del derecho a dar información que es un derecho individual”.⁷

5 *Semanario Judicial de la Federación*, tomo correspondiente al mes de junio de 1996, p. 503.

6 Carrillo, Marc, *Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores*, en esta misma obra

7 Flores, Imer, “El derecho a la información”, *Indicador Jurídico*, México, núm. 1, junio de 1995, p. 33.

A partir de esta red conceptual presentada se pone de relieve que la primera de las definiciones de “derecho *de* la información” expuestas, define su objeto de estudio como el conjunto de normas que regulan el derecho a comunicar y recibir información veraz de interés público por cualquier medio de difusión i.e., como denotativa de derecho positivo, mientras que la segunda denota a una nueva rama de la dogmática perteneciente al derecho público.

Esto significa que la expresión “derecho de la información” también está afectada de ambigüedad y que puede ser definida en dos sentidos diferentes:

Primero: “derecho *de* la información” significa: la disciplina dogmática que denota al conjunto de estudios doctrinales realizados sobre el sistema de normas jurídicas que regulan la comunicación y recepción de información de interés público dirigida a conformar la opinión pública.

Segundo: “derecho *de* la información” denota: al sistema de normas que regulan la comunicación y recepción de información de interés público dirigida a conformar la opinión pública.

A partir de estas dos definiciones se puede construir una omnicompreensiva en los siguientes términos:

“Derecho *de* la información” denota: la disciplina dogmática que comprende al conjunto de estudios doctrinales realizados sobre el sistema de normas jurídicas que regulan la comunicación y recepción de información de interés público dirigida a conformar la opinión pública, así como al sistema de normas constitutivas de dicho objeto de estudio.

El tema de esta exposición i.e., el secreto profesional de los periodistas, queda ubicado como una subcategoría del derecho a comunicar información, el cual es presupuesto por el derecho a recibir información, que a su vez es condición indispensable para la conformación de la opinión pública capaz de controlar el ejercicio abusivo del poder estatal y para el ejercicio de la democracia.

II. DEMOCRACIA, CONTROL DEL PODER Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA

Una de las propiedades necesarias (aunque no suficiente) que debe ser satisfecha para que el funcionamiento político de un Estado pueda ser denotado por el término “democrático” es un adecuado control y equilibrio de los poderes que en él coexisten.

Como se ha dicho anteriormente, dicho control requiere de una opinión pública fuerte que requiere de un adecuado ejercicio del derecho a la información (en sentido amplio), el que a su vez presupone un buen régimen de protecciones para los profesionales de la comunicación.

La condición de control del poder es válida no únicamente para los tradicionales poderes del Estado, sino también para los poderes fácticos, entre los que se encuentran los medios de comunicación masiva.

El tema de los medios como poder ha sido brillantemente analizado por Jorge Carpizo en dos artículos recientemente publicados,⁸ en los que, después de haber revisado los conceptos de poder ofrecidos por Weber, Hans Buchheim, Arnold Rose, Russell, Wright Mills, Nicos Poulantzas, Sánchez Agesta, Norberto Bobbio y Georges Burdeau concluye que "...el poder es una relación en la cual una persona, un grupo, una fuerza, una institución o una norma condiciona el comportamiento de otra u otras, con independencia de su voluntad y su resistencia".⁹

De igual forma, después de analizar la tipología del poder desarrollada por autores como Aristóteles, Locke, Weber y Wright Mills, concluye la existencia de las siguientes clases de poder:

- “ 1) El poder originario
- 2) El poder político
- 3) El poder paternal
- 4) El poder económico
- 5) El poder ideológico
- 6) El poder asociativo”.¹⁰

De estas clases de poder resulta relevante para los efectos de este trabajo el poder ideológico que: "...es aquel que, a través de la elaboración y proyección de conocimientos, imágenes, símbolos, valores, normas de cultura y ciencia en general, ejerce la coacción psíquica, logra que la sociedad, el grupo o una persona actúe en una forma determinada".¹¹

8 Carpizo, Jorge, "Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999, pp. 743-764; del mismo autor, "El poder: su naturaleza, su tipología y lo medios de comunicación masiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pp. 321-356.

9 Carpizo, Jorge, "El poder: su naturaleza...", *op. cit.*, *supra*, p. 327.

10 *Ibidem*, p. 338.

11 *Ibidem*, p. 343.

Dicho poder se manifiesta en fenómenos tales como las religiones, la enseñanza, la actividad de escritores, intelectuales y científicos y, particularmente, los medios de comunicación que:

...contribuyen en gran parte a fijar las maneras de pensamiento de la sociedad; a establecer la agenda de los asuntos políticos, sociales y económicos que se discuten; a crear o destruir la reputación de una organización, persona o grupo de personas ...Los medios de comunicación, a través de la coacción psíquica, del conocimiento o de ambos, obtienen que otro poder, el grupo o la persona se comporten de una forma determinada.¹²

Esto significa que, si bien es cierto que los medios de comunicación masiva pueden contribuir a auxiliar en el ejercicio del control de los distintos tipos de poder, especialmente el de índole política, a su vez deben ser objeto de regulación, no únicamente para ser protegidos, sino también para limitar la posibilidad de su ejercicio abusivo.

III. LA OPOSICIÓN A LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVA

Contrariamente a lo que pudiera suponerse, la idea de que la actividad periodística esté adecuadamente regulada suele ser rechazada por algunos de los miembros de la profesión, entre quienes se encuentran aquellos que lo hacen por creer realmente que con ello están evitando una limitación a la libertad de expresión y otros, escudados en el mismo tipo de argumentación, por que de esa forma defienden intereses corporativistas y privilegios derivados de una situación anárquica.

Esta situación de rechazo se presenta también entre los especialistas, como podemos constatar con las siguientes referencias al entorno académico español:

En palabras de Juan Luis Cebrián, quizá el más radical opositor a la regulación:

...una Ley que regule el ejercicio del derecho a informar, nos parece siempre una amenaza, porque lo que nos parece es que lo que va a regular es cuando el secreto vale y cuando no vale.¹³

12 Carpizo, Jorge, "Los medios de comunicación...", *op. cit., supra*, p. 745.

13 Cebrián, Juan Luis, *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, Cuadernos y Debates, núm. 48, p. 20.

...los deseos de regular la función periodística o el ejercicio de la Ley de Información mediante leyes positivas, nos parece enormemente peligroso y pensamos que es infinitamente mucho más eficaz aunque se cometan también abusos y errores, caminar en un proceso de autorregulación...¹⁴

nuestra teoría es que la actividad de informar en un Estado democrático no necesita ningún tipo de legislación especial.¹⁵

...una Ley sobre el secreto profesional nos da la sensación de que lo que va ser es una Ley contra el secreto profesional...¹⁶

En sentido semejante se expresa Teodoro González Ballesteros al decir que: “En el mundo de la comunicación hay una desconfianza al legislador que nace de la experiencia. Siempre que se ha regulado, o se ha intentado, la materia informativa ha sido para peor”.¹⁷

Por su parte, Manuel Lombao nos dice: “no hay mejor Ley de Prensa que la que no existe”.¹⁸

En el ámbito francés, Roland Dumas, refiriéndose concretamente a la regulación del secreto profesional manifiesta que:

si el secreto profesional protegiera las fuentes informativas, la inmunidad del periodista convertiría la información en algo incontrolable y las consecuencias serían negativas para los derechos de la personalidad y la paz social. Asimismo, desaparecerían los criterios de distinción entre noticias falsas y verdaderas, y si desaparece el delito de publicación de falsas noticias... ¿Qué crédito puede otorgarse a la prensa?¹⁹

México no ha sido la excepción a la oposición de la regulación jurídica del derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio (derecho a la información en sentido amplio). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el rechazo proviene fundamentalmente de los sectores profesionales y no de los académicos, probablemente por lo novedoso que resulta entre nosotros el derecho de la información. En el fondo de dicha oposición suelen encontrarse las complicidades que mu-

14 *Ibidem*, p. 36.

15 *Ibidem*, p. 74.

16 *Ibidem*, p. 21.

17 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, Cuadernos y Debates, núm. 48, p. 54.

18 *Ibidem*, p. 59.

19 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de los periodistas, concepto y regulación jurídica en el mundo*, Madrid, Fragua, 1998, p. 24.

chas veces se establecen entre el régimen y los medios de comunicación masiva propiciados por la anomia prevaleciente.

En este sentido vale la pena referir las palabras de Raúl Trejo cuando indica que: "...aún hay sitios como México, en donde la desconfianza respecto de las leyes —y hay que reconocerlo— cierta defensa corporativa de privilegios que no reconoce las obligaciones consustanciales al ejercicio de cualquier libertad han llevado a buena parte del gremio periodístico a oponerse a la actualización de las leyes para la prensa e incluso, a considerar lesivos los códigos de autorregulación".²⁰

En nuestro país, esta defensa gremial ha estado en la base de la oposición a diversos intentos de reglamentación de la última oración del artículo 6o. constitucional. Como dice Jorge Carpizo: "a partir de 1977...han existido varios intentos por reglamentar la última oración del artículo 6o. constitucional para hacer efectiva la garantía o derecho humano que el mismo consagra, lo cual no se ha logrado porque con la careta de la defensa de la 'libertad de expresión' algunos intereses políticos, económicos, gremiales y personales han tenido la fuerza suficiente para detener esos proyectos".²¹

Un rasgo peculiar al menos en el entorno español, es que las opiniones a favor de la regulación provienen básicamente de los juristas, mientras que las reservas a la misma lo son de parte de los periodistas.

Javier Pradera resume así el balance de un coloquio celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid sobre la reglamentación del artículo 20.1.d) de la Constitución española:

algunos significativos portavoces de la profesión periodística, la principal beneficiaria de los dos derechos (la cláusula de conciencia y el secreto profesional) son partidarios de mantener la actual indefinición del artículo 20.1.d) por temor a que cualquier desarrollo legislativo significase un retroceso... sin embargo, la mayoría de los juristas se mostraron decididos partidarios de desarrollar el mandato constitucional del artículo 20 y de elaborar una ley reguladora del secreto profesional.²²

Como indicaba Juan Luis Cebrián, existe un punto intermedio entre la ausencia total de regulación y la regulación legislativa mediante códi-

20 *Ibidem*, p. 12.

21 Carpizo, Jorge, "Constitución e información...", *op. cit.*, *supra*, p. 161.

22 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, pp. 22 y 23.

gos deontológicos producidos por los colegios de periodistas o por los propios medios. A ellos nos referiremos más adelante cuando abordemos el secreto profesional de los periodistas.

IV. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

Según Villanueva: “los antecedentes de esta figura jurídica provienen del *common law* y se remontan al siglo XVI a propósito del ‘voto de honor’ basado en la convicción de que un caballero no debía divulgar las noticias obtenidas en confidencia por atentar la privacidad de sus comunicaciones”.²³

En la actualidad y tal como ha sido indicado anteriormente, el secreto profesional de los periodistas constituye un caso específico del derecho a comunicar información veraz de interés público por cualquier medio de difusión. A través de él, información que de otra forma permanecería desconocida es transmitida por un informante a un periodista comprometido a guardar su fuente en el anonimato, para que la dé a conocer públicamente. De esta manera, se materializa el derecho a la información y se contribuye a la configuración de la opinión pública que manifestándose a través de las instituciones conducentes, puede proceder a controlar los abusos de poder estatal. Entre la información susceptible de ser transmitida mediante la mecánica descrita, se encuentra aquella que, siendo de interés público, trata de mantenerse oculta por parte del Estado.

1. *Definición*

No existe una definición universalmente aceptada del término “secreto profesional de los periodistas”. Algunas de ellas son las siguientes:

Definición de Juan Luis Cebrián: “El derecho al secreto profesional es el que tienen los profesionales de la información a no revelar las fuentes de la misma, no declarar ante los Jueces sobre los hechos que ellos revelen en sus informaciones y no entregar los carnets personales de notas, cintas magnetofónicas y demás material informativo que haya utilizado al respecto”.²⁴

Para Ernesto Villanueva: “...el secreto profesional del periodista puede definirse como el derecho o el deber que tienen los periodistas a negar-

23 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional...*, *op. cit.*, *supra*, p. 19.

24 Cebrián, Juan Luis, *op. cit.*, *supra*, p. 18.

se a revelar la identidad de sus fuentes informativas, a su empresa, a terceros y a las autoridades administrativas y judiciales”.²⁵

Para Luka Brajnovic: “...es el deber y el derecho moral del periodista de no revelar nada que en sí mismo deba ser considerado como secreto o que se constituye en secreto a causa de la palabra empeñada del periodista de no descubrir la fuente de las informaciones recibidas en confianza”.²⁶

La definición que más consenso ha alcanzado es la proporcionada por el Consejo de Europa en 1974: “...es el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales”.²⁷

Algunos aspectos diferenciales de las definiciones anteriores que vale la pena resaltar son los siguientes:

A. Respecto al *status* deóntico del secreto profesional de los periodistas, dos lo consideran un derecho, una un deber jurídico y derecho moral y otra como el derecho o el deber.

Como se verá más adelante, esta falta de homogeneidad es el reflejo de la diversidad de técnicas de regulación legislativa que tienen lugar en el derecho comparado.

B. Respecto al tipo de acciones deónticamente calificadas, de las diferentes definiciones se pueden distinguir:

- a) No revelar la identidad de las fuentes de información;
- b) No entregar material informativo que pudiere conducir a la revelación de la fuente;
- c) No revelar nada que en sí mismo deba ser considerado como secreto, y
- d) No revelar nada que se constituya en secreto por la palabra empeñada del periodista de no descubrir la fuente de la información.

C. Respecto de los sujetos ante quienes se está facultado a ejercer el secreto profesional de los periodistas, pueden distinguirse:

- a) Los jueces;
- b) Las autoridades administrativas, y
- c) La empresa para la que trabaja el periodista y a terceros.

A partir de la descomposición analítica anterior y aplicando una metodología sintética, propongo la siguiente definición para “secreto profesional de los periodistas”:

25 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional...*, op. cit., supra, p. 19.

26 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de...*, op. cit., supra, p. 142.

27 *Idem*.

Es el derecho u obligación jurídica derivados del derecho positivo o de los códigos deontológicos por virtud del o la cual el periodista está facultado para negarse a revelar la identidad de sus fuentes de información y a entregar material informativo que pueda conducir a la revelación de las mismas y que puede hacer valer ante la empresa para la que trabaja, ante las autoridades administrativas y judiciales y en general ante cualquier tercero con las limitaciones previstas en la ley.

Las razones que subyacen a mantener en secreto las fuentes son básicamente:

- a) Protegerla de posibles represalias por haber transmitido la información;
- b) Salvaguardar la credibilidad en la discreción del periodista, y
- c) Garantizar que la continuidad en el flujo de la información de interés público que es transmitida a los periodistas para su publicación no se vea interrumpida y con ella puedan verse disminuidos el ejercicio de los derechos a comunicar y a recibir información.

2. *Diferencia con otros secretos profesionales*

La diferencia más significativa del secreto profesional de los periodistas con respecto a otros secretos profesionales como pueden ser el del abogado, el médico o el cura, radica en el hecho de que mientras en estos casos la información proporcionada es lo que debe guardarse en secreto, en el caso de los periodistas la información transmitida es destinada a darse a conocer públicamente. El secreto del periodista no recae en la información proporcionada sino en el anonimato de la fuente de donde proviene.

Como dice Javier Pradera: “los médicos y los abogados son la estación terminal de las informaciones que le son comunicadas en secreto por sus clientes. En cambio, el periodista es, respecto a su fuente, como un alambre de cobre: difunde ese secreto lo más pronto y lo más alto posible”.²⁸

Siguiendo al mismo autor encontramos que otra diferencia importante estriba en que mientras en las demás profesiones se presupone una relación de confianza entre el profesional y el confidente, ello no ocurre en el caso del periodista que, por ejemplo, recibe un comunicado de parte de una organización terrorista.

Otra diferencia estriba en el carácter pasivo de las demás profesiones respecto a la búsqueda de la información, en contraste con la naturaleza activa de los periodistas que en este aspecto se asemejan a los espías.

Por último, Marc Carrillo señala que los bienes jurídicos protegidos en los demás secretos profesionales son diferentes al del periodista, pues mientras aquellos son el deber de reserva y el derecho a la intimidad del cliente, el de éste estriba en el derecho a comunicar y recibir información veraz.²⁹

3. *El bien jurídico protegido por el secreto profesional de los periodistas*

Como ocurre en múltiples aspectos de esta novedosa figura jurídica, los autores presentan opiniones divergentes:

Para Javier Pradera, el bien jurídico protegido por el secreto profesional de los periodistas es la libertad de expresión: “el secreto profesional de los periodistas es un derecho instrumental al servicio de la libertad de expresión... no es un privilegio gremialista concedido por el legislador a una corporación poderosa, la cual pudiera esgrimirlo a su capricho para eludir las leyes que los demás deben cumplir”.³⁰

Según Gabriel Cisneros: “En materia de secreto profesional... el interés que se tutela no es el de los profesionales, sino el de los ciudadanos de recibir, a su través, una información veraz”.³¹

Como hemos visto, para el profesor Marc Carrillo, el bien jurídico protegido es el derecho a comunicar y recibir información veraz, idea que se complementa con lo expresado en su libro *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, donde nos dice que: “...el fundamento del secreto profesional reside, en primera instancia, en el interés colectivo y la dimensión colectiva de su contenido, que facilita un ejercicio más integral del derecho a la información”.³²

Como se pone de relieve, a pesar de usar distinta terminología, es posible encontrar una convergencia entre los autores en el sentido de que el bien jurídicamente protegido por el secreto profesional de los periodistas no radica en los intereses del gremio sino en la libertad de expresión, li-

29 Carrillo, Marc *et al.*, *Cláusula de conciencia y...*, *op. cit.*, *supra*, p. 25.

30 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *La cláusula de conciencia...*, *op. cit.*, *supra*, p. 32.

31 *Ibidem*, p. 94.

32 Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Civitas, 1993, p. 177.

bertad de prensa, derecho a la información, todos los cuáles pueden ser reconducidos a una terminología más adecuada por omnicompreensiva, empleada por Marc Carrillo: el derecho a comunicar y recibir información veraz, cuyo beneficiario no es otro sino el cuerpo social en su totalidad.

4. *Sujetos*

Igual que acontece con “secreto profesional” no existe una definición unánimemente aceptada de “periodista”.

Como indica Teodoro González Ballesteros responder quiénes son los sujetos directos del secreto profesional (y de la cláusula de conciencia) implica diversas respuestas que van desde considerar que el periodismo constituye un oficio que se aprende por el mero transcurso del tiempo, hasta sostener que es una profesión que requiere titulación profesional e incluso colegiación obligatoria.³³

Algunas definiciones legislativas son las siguientes:

1. En el estatuto del periodismo de Argentina se define a los periodistas como: “las personas que realicen en forma regular, mediante retribución pecuniaria, las tareas que les son propias en publicaciones diarias o periódicas y agencias noticiosas...”³⁴

2. En Bélgica los requisitos para ser periodista son:

a) tener por lo menos veintiún años de edad; b) no haber sido privado de los derechos previstos en el Código Penal; c) ejercer a título principal y habitual, desde hace dos años por lo menos, la profesión de periodista, es decir, participar en la redacción de periódicos, diarios o títulos publicados con otra periodicidad, en emisiones de información radiodifundidas o televisadas, de noticiarios filmados o de las noticias de agencias de prensa consagradas a la información general; no ejercer ninguna forma de comercio y, en particular, ninguna actividad que tenga por objeto la publicidad.³⁵

3. En Francia es periodista: “quien ejerce como profesión principal, habitual y retribuida, un trabajo informativo en una publicación diaria o periódica o en una agencia de noticias, y de ella obtiene sus ingresos fundamentales”³⁶

33 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit., supra*, p. 53.

34 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de..., op. cit., supra*, p. 21.

35 *Idem.*

36 *Idem.*

4. En Italia es periodista: “quien con una práctica de al menos 18 meses, ejerce de manera profesional y retribuida el periodismo, ha superado una prueba de idoneidad y está inscrito en el *Ordine*”.

5. En la República de Malí: “periodista es aquel que tiene como ocupación principal, regular y retributiva, el ejercicio de su profesión en una agencia Malí de información o en una publicación pública o privada, escrita o hablada, diaria o periódica, editada en la República de Malí, y que de ello obtiene la principal fuente de recursos para su existencia”.³⁷

6. En México: “es el trabajador que obtiene información de interés general sobre eventos o temas de actualidad a través de la observación de hechos, de entrevistas a personas vinculadas con los mismos, o a personas de interés para la comunidad. Esta información la ordena, estructura y transmite de manera clara y expedita a la empresa periodística para su revisión y, en su caso, redacción definitiva y publicación”.³⁸

Definiciones establecidas en algunos proyectos de ley son:

Anteproyecto español de Ley Orgánica Reguladora de la Cláusula de Conciencia y del Secreto Profesional de los Periodistas, presentado por el Colegio de Periodistas de Cataluña, el 28 de septiembre de 1987: “son periodistas quienes se dedican a obtener información sobre hechos, asuntos o materias para comunicarlas públicamente o por cualquier medio de difusión, sea en forma escrita, oral o gráfica y mediante difusión impresa, radiada, televisada, cinematográfica o cualquier otra similar, desempeñando esta función en cualquier medio de comunicación pública como trabajo habitual y retribuido”.³⁹

Propuesta de Ley Orgánica Reguladora de la Cláusula de Conciencia y Secreto Profesional de los Periodistas, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, el 7 de mayo de 1996: “son periodistas los profesionales que como trabajo principal y retribuido se dedican a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla públicamente por cualquier medio de comunicación técnica...”.⁴⁰

En México. Propuesta de Ley Federal de Comunicación Social, reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados

37 *Ibidem*, p. 22.

38 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de...*, op. cit., supra, p. 135.

39 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, op. cit., supra, p. 37.

40 *Ibidem*, p. 39.

Unidos Mexicanos, elaborada por el profesor Ernesto Villanueva: "...periodista es toda persona física que hace del ejercicio de las libertades de expresión y de información su actividad principal, de manera permanente y remunerada..."⁴¹

Entre las definiciones proporcionadas por los tratadistas, se pueden referir:

Ernesto Villanueva: "periodista es toda persona física que hace del ejercicio de las libertades de expresión y de información su actividad principal, de manera permanente y remunerada".⁴²

Georges Burdeau: "es periodista el que, como trabajo principal y retribuido, se dedica a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla por cualquier medio de comunicación, de forma cotidiana o periódica".⁴³

Como puede observarse, dos propiedades definitorias de "periodista" sobre las que hay mayor coincidencia son la regularidad en la prestación del trabajo consistente en difundir información de interés público a través de una empresa de comunicación y que dicha actividad constituya la principal fuente de ingresos del profesional. Como también puede observarse, salvo en el caso de Italia, las definiciones coinciden en no establecer ninguna exigencia formal adicional como podría ser el haberse titulado como profesional de la comunicación, haber tenido que acreditar algún examen o pertenecer a un cuerpo colegiado. Sin embargo, en el derecho comparado existe divergencia acerca de la exigencia o no de requisitos para acceder a la profesión los cuales pueden ser ejercidos por órganos del Estado o por el propio gremio periodístico.

Respecto a la propiedad definitoria consistente en la retribución, el profesor Marc Carrillo establece que no en todos los casos debe considerarse una condición necesaria para ser titular del secreto profesional, como ocurre con los colaboradores de la actividad periodística (por ejemplo realizadores o editores de programas informativos de TV) los periodistas autónomos, los compañeros de la redacción, el director de la empresa y los representantes de la misma.⁴⁴

41 Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de...*, op. cit., supra, p. 224.

42 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, op. cit., supra, p. 22.

43 Carrillo, Marc, *Cláusula de...*, op. cit., supra, p. 29; la definición se puede encontrar en Carrillo, Marc, *La cláusula...*, op. cit., supra, p. 204.

44 *Ibidem*, pp. 29 y 30.

5. *Limitaciones al ejercicio del secreto profesional de los periodistas*

La dinámica de equilibrios que hasta este momento ha sido analizada puede resumirse de la manera siguiente:

En una sociedad democrática, los abusos de poder del Estado son controlados por la propia sociedad, con base en una sólida formación de la opinión pública que presupone un sano ejercicio del derecho a recibir información veraz.

La opinión pública es configurada de modo fundamental por los medios de comunicación masiva quienes son los principales actores del derecho a comunicar información veraz de interés público, que a su vez es condición para que el derecho a recibir información veraz sea posible.

El ejercicio de la actividad comunicativa de los periodistas en buena medida es posible gracias a que terceros les comunican información de interés público que de otra manera permanecería oculta, para que la transmitan a través de los medios. El flujo de esta información presupone el secreto profesional de los periodistas consistente en negarse a revelar sus fuentes. En muchas democracias avanzadas ese secreto es regulado y protegido jurídicamente o mediante códigos deontológicos.

A pesar de su importante función social, los medios de comunicación masiva no pueden ubicarse fuera de cualquier tipo de control, pues ellos mismos constituyen un poder de carácter ideológico cuyos posibles abusos deben ser controlados.

Dentro del contexto del apartado anterior se ubica una discusión acerca de la posible regulación del secreto profesional de los periodistas en la que, como sostiene Salvador Ochoa Olvera, es posible distinguir dos posturas: la de quienes sostienen que se trata de un derecho absoluto y quienes lo consideran un derecho relativo.⁴⁵

A. *Posturas que defienden el secreto profesional como un derecho absoluto*

a. La doctrina

Siguiendo a Ernesto Villanueva, se puede definir esta posición como la que sostiene el “derecho de los periodistas a guardar sigilo incondicionalmente sobre la identidad de sus fuentes informativas ante el director

45 Ochoa Olvera, *op. cit.*, *supra*, p. 137.

de la empresa, las autoridades administrativas, las autoridades parlamentarias y las autoridades judiciales”.⁴⁶

Entre los autores representativos de esta postura, Ochoa Olvera identifica a los siguientes:

a) Gregorio Badeni, para quien: “no se puede imponer a un periodista la violación de su secreto profesional”.⁴⁷

Quien en otra parte, afirma: “en principio, el ‘secreto profesional’ tiene carácter absoluto y, como regla general, nadie puede ser obligado a revelar la ‘fuente’ de su información”.⁴⁸

b) Fidel Isaac Lazzo, quien expresándolo de modo un tanto retórico sostiene: “la nobleza del edificio quiere que el periodista preserve el anonimato de su ‘informante’; en otros términos de su ‘fuente’ de información...”.⁴⁹

c) Germán Bidart Campos, para quien: “el ‘derecho al silencio’ ...resguarda razonablemente, en relación con el ‘derecho a la información’, el secreto o la reserva sobre las ‘fuentes’ de esa información”.

b. Legislación

Según Villanueva, recogen el derecho absoluto al secreto profesional los siguientes países:

Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Estados Unidos (California, Indiana, Minnesota, Nebraska, Nueva York), Estonia, Finlandia, Francia, Haití, Indonesia, Italia, Lituania, Macedonia, Malasia, Mozambique, Nigeria, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay, Venezuela y Yemén.⁵⁰

B. Posturas que consideran que el secreto profesional no es un derecho absoluto, sino relativo

a. La doctrina

Para Marc Carrillo: “...en el constitucionalismo contemporáneo no tienen cabida los derechos absolutos...”.⁵¹

46 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, op. cit., supra, p. 28.

47 Ochoa Olvera, op. cit., supra, p. 137.

48 *Ibidem*, p. 146.

49 *Ibidem*, p. 138.

50 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, op. cit., supra, pp. 28 y 29.

51 Carrillo, Marc, *Cláusula de...*, op. cit., supra, p. 34.

El mismo autor, en otro trabajo, sostiene: “el derecho al secreto profesional, al igual que cualquier otro derecho reconocido por la Constitución, no es un derecho absoluto”.⁵²

Tomás de la Quadra Salcedo: “Yo adelanto que no creo que el derecho al secreto profesional sea absoluto”.⁵³

Limitación debida a que el periodista sea autor de delito. Dentro de los mecanismos que equilibran el secreto profesional de los periodistas se encuentra el hecho de que ellos hayan cometido algún delito en el ejercicio de su trabajo. Por ejemplo que hayan incurrido en espionaje, vulnerado el derecho a la privacidad, haber calumniado, etcétera.

- a) Para Marc Carrillo: “el derecho al secreto profesional expira en el momento en que el periodista es autor de un delito”.⁵⁴
- b) Javier Pradera: “es evidente que el secreto profesional protege al periodista únicamente como testigo, nunca como autor”⁵⁵ (*exceptio vertisteis*).
- c) Un caso de delito particularmente importante por que su realización implica un abuso notorio de la actividad periodística estriba en la invención de imaginarias fuentes confidenciales, con el fin de publicar información falsa con la que llegue confundir a la opinión pública o, peor aún, incurrir en delitos que perjudiquen a terceros como podrían ser injurias, calumnias, o falsa acusación.

Limitación debida al deber de denuncia de un delito. Marc Carrillo: “El secreto profesional es un derecho fundamental referido a las fuentes informativas y de ningún modo puede alcanzar la acción de esconder hechos delictivos”.⁵⁶ El mismo autor: “...otra parcela que no permite la alegación del secreto profesional en beneficio del periodista debe ser la que se deriva del deber de impedir la comisión de cualquier delito”.⁵⁷

Limitación debida a la veracidad de la información: a) Para Javier Pradera:

52 *Idem*, p. 207.

53 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, p. 51.

54 Carrillo, Marc, *La cláusula de...*, *supra*, p. 36.

55 Pérez Royó, Javier y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, p. 33.

56 Carrillo, Marc, *La cláusula de...*, *cit.*, *supra*, p. 202.

57 *Ibidem*, p. 213.

Cuando un periodista es llamado ante un tribunal como autor de una información, no puede alegar el secreto profesional. Sólo podrá aducir que su información es veraz y probarlo. Si lo consigue sin revelar las fuentes, miel sobre hojuelas. Pero si no pudiera probar la veracidad de la información sin descubrir al tiempo a su informador confidencial, se enfrentaría al siguiente dilema: o revelar las fuentes para no ser condenado, con lo que su informante quedaría al descubierto, o ser condenado por no poder probar la veracidad de su información.⁵⁸

Esto se pone de manifiesto en el ámbito español, cuando el mismo Pradera nos dice que: “el artículo 20 de la Constitución protege el derecho a comunicar o recibir libremente no cualquier tipo de información, sino únicamente información veraz”.⁵⁹

Limitación debida a engaño del periodista por parte de sus fuentes. Una excepción al secreto profesional tiene lugar cuando el comunicante de la información haya transmitido información falsa y a causa de ello el periodista sea objeto de una acción judicial.

Así lo indica Jesús Fernández Entralgo cuando dice que: “...el periodista tendrá derecho a desvelar sus fuentes de información, en aquellos casos en los cuales sea objeto de una demanda, o de una acusación penal, por haber transmitido una información de un comunicante desleal. Porque ese comunicante ya no tiene ningún derecho a la reserva, ni tiene ningún derecho a la protección de su intimidad, puesto que se ha comportado deslealmente”.⁶⁰

Limitación debida a que sólo mediante la revelación de la fuente pueda resolverse una causa penal. No existe opinión doctrinal que destaque esta figura, sin embargo puede encontrarse en la legislación comparada como es el caso de la de Albania, en cuyo Código de Procedimientos Penales de 1995, artículo 159 (3) dice que: “...en caso de que los datos sean indispensables para un juicio penal y este pueda resolverse a través de la identificación de la fuente, la Corte puede ordenar a los periodistas dar el nombre de sus fuentes informativas”.⁶¹

Para algunos autores, en el caso del secreto profesional de los periodistas no opera la obligación de declaración ante autoridad judicial, por ejemplo:

58 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit., supra*, p. 36.

59 *Ibidem*, p. 35.

60 *Ibidem*, p. 91.

61 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de..., op. cit., supra*, p. 31.

Para Juan Luis Cebrián: el derecho al secreto profesional implica no revelar las fuentes de información, “no declarar ante los jueces sobre los hechos que ellos revelen en sus informaciones y no entregar los carnets personales de notas, cintas magnetofónicas y demás material informativo que hayan utilizado al respecto”.⁶²

Javier Pérez Royo indica que: el secreto profesional implica una excepción constitucionalizada en España que: “se traduce en una exoneración de responsabilidad penal por no colaborar con la justicia en la búsqueda de la verdad”.⁶³

Limitaciones derivadas del carácter de la información. Aunque relativamente se le presta poca atención por parte de los autores, en la legislación comparada es posible encontrar supuestos en los cuales el carácter de la información, particularmente la que ha sido clasificada como secreta por razones de seguridad nacional, implica una limitación al secreto profesional de los periodistas siempre que sea exigida por autoridad judicial. Tal es el caso de la Ley número 90-07 del 3 de abril relativa a la información, en cuyo artículo 37 se puede leer:

El secreto profesional constituye un derecho y un deber para los periodistas en los términos de las disposiciones de la presente Ley.

El secreto profesional no podrá ser ejercido ante las autoridades judiciales competentes en los siguiente casos:

En materia de secretos de defensa nacional definidos en la legislación en vigor;

En materia de secretos de estrategia económica:

— Cuando la información pueda atentar a la seguridad del Estado de manera manifiesta;

— Cuando la información sea concerniente a los infantes y a los adolescentes,

— Cuando la información sea concerniente al secreto de la instrucción judicial.⁶⁴

La seguridad del Estado aparece también como excepción en la Ley sobre Publicaciones y la Edición de 1993, en cuyo artículo 5o., inciso d, indica: “la libertad de prensa comprende... el derecho de las publicaciones, de las agencias de información, de los editores y de los periodistas

62 Cebrián, Juan Luis, *op. cit.*, *supra*, p. 18.

63 Pérez Royo, Javier, y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, p. 20.

64 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, *op. cit.*, *supra*, p. 33.

de guardar el secreto de sus fuentes de información y de las noticias que hayan recibido, salvo si el órgano judicial competente decide otra cosa en el curso de un proceso penal a fin de proteger la seguridad del Estado...”⁶⁵

Para finalizar este apartado sobre doctrina, vale referir el resumen de Diego de Córdoba sobre los casos amparados por el secreto profesional y lo que no cubre:

1) El secreto profesional concierne a la fuente de la información, no a los hechos; 2) No exime de comparecer ante el juez cuando es citado en causa criminal; 3) No exime de prestar declaración ante el juez; 4) No exime de la obligación de denunciar un hecho que presente los caracteres de delito o falta aunque lo haya conocido por razón de su oficio, si bien no estará obligado a revelar la fuente; 5) No exime de la obligación de entregar los instrumentos que constituyen el cuerpo del delito; 6) No exime el deber de impedir la comisión de determinados delitos; 7) No exime del deber de comunicar a la autoridad la inmediata comisión de un delito.⁶⁶

Legislación sobre el secreto profesional de los periodistas como un derecho no absoluto. En vez de distinguir entre posturas que sostienen que el derecho profesional de los periodistas es absoluto frente a otras que lo consideran limitado, Ernesto Villanueva introduce una tercera categoría que denomina “secreto profesional calificado” y que se caracteriza porque para ellas es un derecho casi absoluto cuyo ejercicio puede ser declinado en casos excepcionales. En este apartado consideramos que aunque sea una limitación débil constituye una limitación al ejercicio absoluto del derecho al secreto y por tanto queda comprendido por la segunda categoría a que se refiere este epígrafe. Por tanto, reagrupando las dos clasificaciones de Villanueva en una sola, tenemos que entre los países que han legislado el secreto profesional de los periodistas con limitaciones, se encuentran los siguientes: Albania, Algeria, Andorra, Bielorrusia, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos (Alaska y Georgia), Filipinas, Jordania, Moldovia, Reino Unido, Rusia y Suecia.⁶⁷

65 *Ibidem*, p. 47.

66 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, p. 35.

67 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, *op. cit.*, *supra*, p. 29.

6. *Técnicas empleadas para la regulación del secreto profesional de los periodistas*

Desde el punto de vista de la naturaleza de la regulación es posible identificar la heterorregulación, de índole jurídica, y la autorregulación.

A. *La heterorregulación*

Dentro de ella es posible distinguir dos vertientes: la que implica una regulación únicamente constitucional y la que implica una reglamentación o legislación a nivel inferior.

La regulación constitucional. Se caracteriza por el reconocimiento del derecho al secreto profesional y frecuentemente por la referencia a que será reglamentado por la legislación.

Dentro de los países que tienen este tipo de regulación se encuentran:

Andorra. Constitución Política, artículo 12: “se garantizan las libertades de expresión, de comunicación y de información. La ley regulará el derecho de réplica, el derecho de rectificación y el secreto profesional”.⁶⁸

Argentina. Constitución política, artículo 43: “...no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.⁶⁹

Otros países con regulación en el ámbito constitucional son: Brasil, Cabo Verde, Colombia, España, Macedonia, Nigeria, Paraguay y Portugal.

La regulación por vía legislativa. Una de las discusiones que suele ocupar la atención de los tratadistas versa sobre si el secreto profesional de los periodistas es un deber u obligación, un derecho e incluso un derecho y una obligación.

Así, por ejemplo, Juan Luis Cebrián se refiere al secreto profesional de los periodistas diciendo: “...antes que como un derecho, nosotros lo contemplamos como un deber...”.⁷⁰

Entre quienes consideran que tiene el doble papel de deber y derecho, se encuentra Alfonso Fernández Miranda quien citado por Javier Pradera dice que: “...los problemas en esta materia proceden en gran medida de la doble interpretación posible del secreto profesional de los periodistas como un deber... y como un ‘derecho’”.⁷¹

68 *Ibidem*, p. 34.

69 *Idem*.

70 Cebrián, Juan Luis, *op. cit.*, *supra*, p. 20.

71 Pérez Royo, Javier y Pradera, Javier, *op. cit.*, *supra*, p. 30.

Otra postura es la de quienes lo consideran un derecho subjetivo de carácter permisivo y por tanto renunciabile. Este punto de vista es compartido por Tomás de la Quadra Salcedo quien, refiriéndose a la Constitución española indica: "...yo no olvidaría que está concebido primordialmente como un derecho, por tanto, al que puede renunciar el periodista sin proteger en tal caso a la fuente ni a la comunicación en general".⁷²

Partiendo del supuesto de que una de las funciones principales de la dogmática jurídica consiste en la construcción de categorías generales obtenidas por vía inductiva a partir de la casuística del derecho positivo comparado, se puede afirmar que ninguna de las posturas anteriores puede ser aceptada debido a la diversidad de técnicas legislativas usadas para atribuir *status* deóntico al secreto profesional de los periodistas en la legislación comparada.

A partir del estudio realizado por el profesor Ernesto Villanueva sobre la legislación de 38 países es posible identificar las siguientes técnicas de regulación del secreto profesional de los periodistas:

a) Países que lo regulan como un derecho subjetivo permisivo. Supone un facultamiento directo que implica la posibilidad de renunciar al derecho de no revelar las fuentes.

Ejemplo de este tipo de regulación lo encontramos en: Albania, cuyo Código de Procedimientos Penales, en su artículo 159 (1d) dice: "Quien ejerza otros deberes o profesiones reconocidas por la ley, tiene el derecho de no dar evidencia en lo concerniente al secreto profesional...159 (3): las previsiones establecidas en el parágrafo 1 y 2 se aplicarán a los periodistas profesionales..."⁷³

Egipto, Ley número 148 del 2 del Ramadán 1400 H, del 14 de julio de 1980 concerniente al poder de la prensa, artículo 5o.: "los periodistas tienen el derecho de obtener informaciones, documentaciones y estadísticas de las fuentes disponibles. Tienen además el derecho de publicar y negarse a revelar las fuentes de sus informaciones..."⁷⁴

En ocasiones la concesión del derecho no es tan explícita y se usan fórmulas indirectas que pueden consistir en sostener que los periodistas no estarán obligados a dar a conocer sus fuentes, que son libres para hacerlo, o que pueden negarse a evidenciarlas. Tal es el caso de los textos de:

72 *Ibidem*, p. 96.

73 Villanueva, Ernesto, *El secreto profesional de...*, op. cit., supra, p. 31.

74 *Ibidem*, p. 36.

Estonia, Ley de Radio y Televisión, adoptada por la Asamblea del Estado el 19 de mayo de 1944, artículo 7o.: “las estaciones de Radio y Televisión no están obligadas a divulgar sus fuentes en relación con las actividades de recopilación informativa”.⁷⁵

Francia, Ley del 4 de enero de 1993 que reforma el Código de Procedimientos Penales, artículo 109 (2): “todo periodista que aparezca como testigo con relación a una información investigada por él o ella en el curso de su actividad periodística es libre de no revelar su fuente”.⁷⁶

Finlandia, Código Finandés del Litigio, artículo 17, numeral 24: “un director, un editor o un impresor de una publicación impresa... puede negarse... a contestar aquellas preguntas que no podría responder sin dar elementos para identificar al informante”.⁷⁷

Otros países que recurren a conceder este *status* deóntico al secreto profesional son: Alemania, Austria, Bielorrusia, España (proyectos de CDS e Izquierda Unida), Estados Unidos (Georgia, Nueva York), Indonesia, Jordania, Uruguay y Venezuela.

b) Países que lo regulan como un derecho subjetivo indirecto, reflejo de la obligación impuesta a otros sujetos normativos. Esta técnica presupone la existencia de una prohibición para el valor binario opuesto de la conducta calificada como obligatoria.

Ecuador, Ley del Ejercicio Profesional del Periodista, artículo 34: “Salvo los casos expresamente determinados en la Ley y en el código penal, ningún periodista será obligado a revelar la fuente de información”.⁷⁸

Estados Unidos (Alaska), Estatutos de Alaska 09.25.150-220, artículo 3o.: “salvo lo dispuesto en AS 09.25.300-09.25.390, un oficial público o un reportero no pueden ser compelidos a revelar la fuente de información”.⁷⁹

Malasia, Ley 88, de 1972, sobre secretos oficiales, artículo 24, numeral 1: “ningún testigo será obligado a revelar el nombre o domicilio de su informante”.⁸⁰

Otros países que recurren a esta técnica de regulación son: Alemania, Austria, Colombia, España, Estados Unidos (California, Indiana, Mineso-

75 *Ibidem*, p. 45.

76 *Ibidem*, p. 46.

77 *Idem*.

78 *Ibidem*, p. 36.

79 *Ibidem*, p. 40.

80 *Ibidem*, p. 48.

ta, Nebraska, Nueva York) Estonia, Haití, Macedonia, Mozambique, Paraguay, Portugal, Suecia.

c) Países que lo regulan como un derecho y una obligación (lo cuál constituye una contradicción conceptual).

Algeria, Ley número 90-07 del 3 de abril relativa a la información, artículo 37: “el secreto profesional constituye un derecho y un deber para los periodistas en los términos de las disposiciones de la presente Ley”.⁸¹

d) Países que lo regulan imponiendo a los periodistas una prohibición de revelar sus fuentes.

Estonia, Ley de Radio y Televisión, adoptada por la Asamblea del Estado el 19 de mayo de 1994, artículo 7o.: “...las estaciones de Radio y Televisión no pueden divulgar datos sobre la persona que proveyó la información si dicha persona no desea que sean revelados”.⁸²

e) Países que lo regulan imponiendo a los periodistas la obligación de no revelar la identidad de sus fuentes.

Italia, Ley número 69, del 3 de febrero de 1963, artículo 2o.: “periodistas y editores están obligados a respetar el secreto profesional sobre la fuente de las noticias, cuando así lo exija el carácter profesional de las mismas”.⁸³

Rusia, Ley de la Federación Rusa número 2124-I del 27 de diciembre de 1991 sobre los medios de comunicación, artículo 41. Información confidencial: “la dirección editorial tendrá la obligación de guardar la fuente de información en secreto y no tendrá el derecho de nombrar a la persona que suministró tal información...”.⁸⁴

Como en los demás supuestos, la redacción de los textos puede imponer la obligación de forma menos explícita como ocurre con Lituania.

Lituania, Ley de Provisión de Información al Público, artículo 7o. Confidencialidad de la fuente de información: “el que genera información pública y su tenedor o el periodista no tendrá el derecho a revelar la fuente de la información, ni tampoco tendrá el derecho, sin el consentimiento del individuo que suministró la información, a revelar su sobre nombre, nombre u otros datos identificatorios”.⁸⁵

81 *Ibidem*, p. 33.

82 *Ibidem*, p. 45.

83 *Ibidem*, p. 47.

84 *Ibidem*, p. 51.

85 *Ibidem*, p. 48.

Otros países que han optado por esta técnica son: Estonia y Moldavia.

Desde luego, la operatividad normativa del secreto profesional de los periodistas es diferente según la técnica empleada. De nada sirve que una conducta esté prohibida si no constituye el antecedente de una estructura condicional cuyo consecuente sea una sanción, ni que una conducta esté obligada si su valor binario opuesto no es una conducta ilícita prohibida, ni que esté permitida si no existe la posibilidad de ejercitar una acción ante una institución encargada de garantizarla.

B. *Autorregulación*

Una vía intermedia entre la ausencia total de regulación por parte del Estado y la regulación jurídica estriba en la generación de códigos deontológicos elaborados por las propias empresas periodísticas o por los colegios profesionales. Desde luego, la existencia de este tipo de códigos no es incompatible con la regulación jurídica.

El inconveniente de esta alternativa es que carece de la fuerza característica de los mecanismos de protección del Estado.

El *status* deóntico que normalmente corresponde al secreto profesional de los periodistas en los instrumentos de autorregulación es el de una obligación.

De la recopilación realizada por el profesor Villanueva sobre cuarenta y ocho países se puede referir la siguiente clasificación:

a) Países donde se encuentran códigos deontológicos con *status* de obligatoriedad: Alemania, Código de Prensa y directrices para secciones redaccionales, adoptado por el Consejo de Prensa Alemán, artículo 60.: “toda persona activa en la prensa ha de guardar secreto profesional, incluso haciendo uso de su excusa de testimonio y no revelando la identidad de los informantes sin su aprobación”.⁸⁶

Australia, Código de Ética Periodística, adoptado por la Asociación Australiana de Periodistas: “3... En todas las circunstancias deberán respetarse todas las confidencias recibidas en el ejercicio de la profesión”.⁸⁷

Corea del Sur, normas de conducta de la Asociación Coreana de los Editores de Periódicos adoptada en 1966: “D. Dignidad. 3...El periodista

⁸⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 56.

ha de guardar el secreto de sus fuentes de información incluso después de haber abandonado la profesión”.⁸⁸

Otros países con códigos que consideran al secreto profesional de los periodistas una obligación son: Austria, Bélgica, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Francia, China (Hong Kong), Hungría, India, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Singapur, Sri Lanka, Turquía, Venezuela.

b) Países donde se encuentran códigos deontológicos que conceden al secreto profesional de los periodistas el *status* de derecho: Brasil, Código de Ética de la Federación Nacional de Periodistas, artículo 8o.: “siempre que se considere correcto y necesario, el periodista resguardará el origen y la identidad de sus fuentes de información”.⁸⁹

Costa Rica, Código de Ética del Colegio de Periodistas, artículo 9o.: “los colegiados tienen el derecho de invocar el secreto profesional sobre el origen de la información cuando lo consideren necesario”.⁹⁰

Otros países son: Croacia, Rusia, Serbia.

c) Países donde se encuentran códigos deontológicos que conceden al secreto profesional de los periodistas el *status* de derecho y obligación: España, Código Deontológico de la Profesión Periodística, aprobado por la Asamblea General de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España el 28 de noviembre de 1993: “10. El secreto profesional del periodista es un derecho del periodista, a la vez que un deber que garantiza la confidencialidad de las fuentes de información”.⁹¹

Grecia, Principios Éticos, adoptados por la Asociación de Editores de Diarios de Atenas, el 2 de julio de 1978: “1) La observancia del secreto profesional y la confidencialidad de las fuentes de información es considerada como el principal deber y derecho de los periodistas y de los miembros de la Asociación de Editores de Diarios de Atenas”.⁹²

En México puede resaltarse el Código de Ética de *El Universal* por las características peculiares con que regula el secreto profesional. Como podrá verse, se tiene una especial cautela en la regulación del mismo:

88 *Ibidem*, p. 57.

89 *Ibidem*, p. 56.

90 *Ibidem*, p. 57.

91 *Ibidem*, p. 59.

92 *Ibidem*, p. 60.

9. Fuentes Confidenciales

El uso de fuentes confidenciales queda reservado para casos extraordinarios. Antes de publicar una información de esta naturaleza, los reporteros de *El Universal* se empeñarán, por todos los medios a su alcance, en obtenerla a través de una fuente identificable.

Cuando una fuente deba permanecer sin identificar, el diario explicará las razones a los lectores.

El editor responsable debe conocer la identidad de la fuente antes de la publicación. El reportero informará de inmediato a su editor responsable sobre tal identidad.⁹³

7. *El secreto profesional de los periodistas en México*

Contrariamente a lo que acontece en otros países, en el nuestro, el secreto profesional de los periodistas carece de una regulación expresa tanto a nivel constitucional como a nivel legislativo.

Lo más que tenemos en la máxima jerarquía normativa es el artículo 60. constitucional que a partir de la adición efectuada el 6 de diciembre de 1977 incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, aunque sea de modo tenue, el derecho a la información. El texto es el siguiente: “artículo 60. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; *el derecho a la información será garantizado por el Estado*”.

A pesar del largo periodo que nos separa de esta adición y no pocos intentos de reglamentación, el precepto sigue sin ser desarrollado. Cada vez que ha habido intentos de darle forma legislativa se han esgrimido argumentos por los que se les ha acusado de propiciar leyes mordaza que atentan contra la libertad de expresión. Como se comentó anteriormente, esta argumentación es empleada tanto por aquellos que consideran estar haciendo una verdadera defensa del derecho a comunicar información veraz, como por quienes se escudan en ella para impedir que se vea modificado el estado de privilegios de que disfrutaban en el actual estado de anomia.

La reglamentación del 60. constitucional se encuentra en la Ley de Imprenta del 9 de abril de 1917. En ella no se hace referencia al secreto profesional de los periodistas ni directa ni indirectamente, pero aún cuando este hubiera sido el caso, poco efecto hubiera tenido en la vida prácti-

ca, pues su eficacia es limitada debido a su contenido anacrónico y su dudosa legitimidad, como resultado de la fecha en que fue expedida por Venustiano Carranza (antes de la entrada en vigor de la Constitución actual), sin respetar el procedimiento legislativo previsto en la Constitución de 1857.⁹⁴

Tampoco es posible encuadrar al secreto profesional de los comunicadores dentro de la regulación general del secreto profesional previsto en los artículos 210 y 211 del Código Penal Federal, cuyo texto dice:

artículo 210. Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Como se puede observar, este articulado toma en cuenta el contenido de la información y los prejuicios que su divulgación pudiera causar a alguien, pero en ningún momento alude a la obligación de los comunicadores de no revelar su fuente de información. Evidentemente, de conformidad con estas normas, los periodistas incurren en responsabilidad penal cuando dan a conocer información que por su propia naturaleza es secreta: información reservada, secretos industriales, etcétera.

Por otra parte, tampoco es posible encontrar una regulación del secreto profesional de los periodistas en la Ley de Profesiones, cuyo artículo 36 indica: “Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se les confíen por sus clientes, salvo informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas”.

Como queda de relieve, la norma presupone un tipo de relación cliente-profesionista que no tiene lugar entre el comunicador y su fuente.

A continuación trataré de mostrar la tesis de que no obstante su ausencia en la Constitución y en la legislación nacional, el secreto profesional de los periodistas se encuentra incorporado al derecho mexicano. Para ello

seguiré el razonamiento siguiente: el artículo 6o. constitucional no es el único precepto de derecho interno que regula el derecho a la información.

Siguiendo a Jorge Carpizo y Alonso Gómez-Robledo,⁹⁵ es posible afirmar que por virtud del artículo 133 constitucional diversos tratados internacionales que se refieren al derecho a la información y han sido ratificados por México forman parte de nuestro ordenamiento interno en un nivel jerárquico inmediatamente inferior al de la Constitución.

Dichos tratados son:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos
- La Convención Americana de Derechos Humanos
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una parte importante de la funcionalidad del derecho internacional incorporado a nuestro derecho radica en el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos efectuada por México en 1998.

La regulación del derecho a la información por algunos de estos tratados es la siguiente: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión, que incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, y difundirlas por cualquier medio de expresión, sin limitación de fronteras”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19: “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”.

Convención Americana sobre Derechos, artículo 13: “...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 medio de su elección”.

Debe destacarse que a pesar de las semejanzas identificables en los preceptos referidos, los dos primeros hacen referencia a la parte de dere-

95 Carpizo, Jorge y Gómez-Robledo, Alonso, “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril, pp. 9-63.

cho a la información consistente en el derecho a comunicar información, mientras que el tercero comprende adicionalmente el derecho a recibirla. Esto significa que de conformidad con la estipulación realizada para “derecho a la información” al inicio de este trabajo, es la Convención Americana la que comprende en forma plena el derecho a la información.

No obstante que en los referidos tratados internacionales tampoco se hace mención expresa al secreto profesional de los periodistas, la regulación del derecho a la información que ellos consagran, conjuntamente con la contemplada en el artículo 60. constitucional, constituyen una base suficiente para sostener que el secreto profesional de los comunicadores se encuentra incorporado implícitamente en nuestro sistema jurídico como se muestra a continuación:

Si el artículo 60. constitucional establece que el Estado “garantizará” el derecho a la información (cuya definición se complementa con la realizada en los tratados internacionales), debe entenderse que es su responsabilidad proteger todos los derechos instrumentales de cuya observancia dependa el ejercicio efectivo de la garantía consagrada. Dado que el secreto profesional de los periodistas constituye una condición necesaria para que el flujo de información veraz por parte de sus informantes no se vea obstaculizado, este es requisito para que el derecho a comunicar información pueda ejercitarse libremente y dicho ejercicio es condición para la operatividad del derecho a recibir información, se concluye que el derecho a conservar en secreto la identidad de las fuentes constituye un derecho instrumental que es necesario sea garantizado por el Estado.

Esta opinión se ve refrendada en nuestras prácticas jurídicas por las resoluciones de diversos jueces de distrito que han resuelto a favor del derecho a la información argumentando que los periodistas no tienen la obligación de revelar sus fuentes.⁹⁶

8. *La necesaria regulación del secreto profesional de los periodistas en México*

Conforme a lo que hemos señalado, el secreto profesional de los periodistas ya forma parte de nuestro sistema jurídico; es decir, es un mal inevitable para quienes resistían su incorporación a nuestro sistema legal.

El siguiente paso debe consistir en no esperar el lento proceso de definición de este derecho mediante la sola actividad jurisdiccional. Por el

96 Vilanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de...*, op. cit., supra, p. 144.

contrario, es necesario emprender un claro proceso de regulación legislativa coherente con las bases ya existentes. Durante el mismo habrán de considerarse una gran cantidad de factores: formas en que ha sido regulado en otras latitudes, técnicas legislativas empleadas, expresiones que deben ser objeto de claras definiciones legislativas, mecanismos de equilibrio con otros derechos y/u obligaciones, así como las diferentes posturas doctrinales relativas a estos problemas.

El objetivo de este trabajo ha sido proporcionar una panorámica de las variables a considerar al momento de realizar una regulación adaptada a nuestro propio sistema jurídico, que confiemos ocurra dentro de un futuro no muy lejano como parte de una adecuada capitalización de las esperanzas de cambio que actualmente caracterizan a nuestro país.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA DE LOS COMUNICADORES

Jorge CARPIZO

SUMARIO: I. *Antecedentes y definición.* II. *Fundamentos de su existencia.* III. *Los sujetos de la cláusula.* IV. *Las causales.* V. *El artículo tercero de la LOCC.* VI. *Indemnización y consecuencias.* VII. *Aspectos varios.* VIII. *Perspectivas y el caso de México.*

Un periodista digno de ese nombre toma la responsabilidad de todos sus escritos, incluso anónimos; considera a la calumnia, la difamación y las acusaciones sin pruebas como las más graves faltas profesionales, no acepta más que misiones compatibles con su dignidad profesional, se prohíbe a sí mismo invocar un título o una calidad imaginaria para obtener una información, no cobra dinero en un servicio público o en una empresa privada donde su condición de periodista, sus influencias y sus relaciones serían susceptibles de ser explotadas; no firma con su nombre artículos de puro reclamo comercial o financiero, no comete ningún plagio, no solicita el puesto de un colega ni provoca su despido ofreciéndose a trabajar en condiciones inferiores, guarda el secreto profesional, y no abusa jamás de la libertad de prensa con una intención interesada.

Carta de los deberes del periodista del Sindicato Nacional de Periodistas de Francia (redacción de 1939).

Cada sociedad tiene la prensa que se merece: si el *status* de los profesionales y su trabajo no se aprecian socialmente, si no se valora económicamente esta labor, pocos se animarán a comprometerse con ella, y desde luego no los mejores.

José Apezarena

I. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN

1. México tiene un retraso de alrededor de cincuenta años en el campo del derecho a la información. Nuestra legislación al respecto es muy antigua y en muchos casos omisa o inexistente.¹ Las decisiones judiciales al respecto son escasas y sin trascendencia.

Lo grave de esta situación es que afecta el buen desarrollo de nuestro sistema democrático y su efectividad plena, porque en cualquier país donde el derecho a la información no se encuentre garantizado en forma completa y, simultáneamente, protegidos los derechos de los lectores, escuchas y espectadores con otros derechos humanos, así como los de las empresas informativas y los de los profesionales de la información, y precisadas sus obligaciones, ese régimen democrático no puede funcionar bien.

En consecuencia, a partir de 1977 han existido varios intentos por legislar acerca del derecho a la información, pero los mismos se han frustrado por la oposición de algunas empresas informativas y por la de muchos comunicadores,² con el argumento de que se trataba de imponer una "ley mordaza", cuando lo único que se perseguía era actualizar nuestro régimen jurídico con instituciones que ya son una realidad, y a veces por décadas, en los países en los cuales los sistemas democráticos funcionan mejor.

No obstante esos fracasos, mucho se ha adelantado al respecto porque las discusiones han sido fructíferas y cada día más comunicadores, y de los más prestigiados, se suman a la idea de que es imperiosa la necesidad de legislar en este importante campo.

Tampoco ha existido la costumbre de recurrir a los tribunales si se considera que se han violado derechos contenidos en esta rama del orden jurídico. Sin embargo, también, esta situación está comenzando a modificarse en los últimos años.³

Más pronto que tarde, espero, México se encontrará en la gran corriente que considera a esta materia como uno de los pilares y columnas del sistema democrático y como un derecho de la sociedad a recibir información veraz y oportuna.

1 Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 122-124.

2 Carpizo, Jorge, "Constitución e información", *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 2000, pp. 44-48.

3 López-Ayllón, Sergio, *Derecho de la información*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1997, pp. 8-10.

El periodista español Bonifacio de la Cuadra ha resaltado que para el poder político constituye un enorme reto atreverse a limitar al poder económico —y político, yo agrego— que implica la información, porque al poder político le resulta más fácil pactar entre poderosos o volverse cómplice de algunos medios de comunicación.⁴ No cabe duda que es una observación aguda y, en buena parte, aplicable a nuestro país.

En México, la cláusula de conciencia de los comunicadores es desconocida tanto por la legislación, las disposiciones internas de las empresas informativas, así como por las contrataciones colectivas de trabajo. Incluso en el medio académico casi no ha sido discutida, aunque en los últimos años, algunos ensayos serios la han examinado y se va extendiendo la inquietud por conocerla con mayor profundidad. La mejor prueba de esta aseveración se encuentra en la existencia de este tema como uno de los cinco, que se analizan en este Coloquio Internacional sobre “El Derecho a la Información y los Derechos Humanos”.

2. La cláusula de conciencia de los comunicadores cumple ya casi un siglo de existir; se le encuentra en la jurisprudencia italiana desde 1901 y en normas de Austria en 1910; Hungría en 1914; Alemania en 1926 y en el Informe de la Oficina Internacional del Trabajo de 1928, en lo referente a las condiciones laborales de los periodistas.⁵

Sin embargo, es Francia en 1935, el país que precisa la cláusula de conciencia al incluirla en su Código de Trabajo —artículo L.761.7—, y con la aprobación del Estatuto de los Periodistas a través de una ley de marzo de ese mismo año. Con estas disposiciones Francia se convirtió, durante décadas, en el punto de referencia para el conocimiento y la comprensión de dicha cláusula.

Después de la Segunda Guerra Mundial, esa institución fue aceptada por más países, y a partir de 1976 —en Suecia y Portugal— adquiere nivel constitucional. En 1978, la Constitución española expresamente la

4 Cuadra, Bonifacio de la, “La prensa escrita ante la cláusula de conciencia”, *La cláusula de conciencia*, Madrid, Universitas, s.f., p. 96.

5 Frígola Vallina, Joaquín y Escudero Moratalla, José Francisco, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación. Límites y aspectos jurídicos, civiles y penales*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1998, pp. 116 y 117; Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*, México, UNAM, 1998, p. 149; Escobar de la Serna, Luis, *Manual de derecho a la información*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 278-281; Muñoz-Alonso Ledo, Alejandro, “La cláusula de conciencia en el nuevo marco constitucional”, *La cláusula de conciencia*, Madrid, Universitas, s.f., p. 13.

menciona. En América Latina, Paraguay es el único país que la ha consagrado, en 1992, al máximo nivel jurídico.⁶

3. Lluís de Carreras Serra define a la cláusula de conciencia como

la posibilidad que tiene el periodista de poner fin unilateralmente al contrato laboral que lo liga a la empresa, percibiendo la indemnización que le correspondería por despido improcedente, cuando la línea editorial o la orientación ideológica del medio de comunicación haya cambiado notoriamente, de forma tal que el periodista se considere afectado negativamente en su ideología o en su dignidad profesional.⁷

A su vez, Joaquín Frígola y José Francisco Escudero la definen como

el derecho a rescindir unilateralmente la relación jurídico-laboral que liga al periodista con la empresa editora del medio de comunicación, y que da derecho a percibir una indemnización como si se tratara de un despido improcedente, basado, por lo que al periodista se refiere, en un cambio notable en el carácter o en la orientación de la línea editorial del periódico, siempre que dicho cambio suponga una afectación a su honor, reputación o intereses morales.⁸

Estas definiciones son demasiado restrictivas porque se están refiriendo con exclusividad a la hipótesis de la legislación francesa establecida en 1935. De aquel entonces a nuestros días queda claro que para que la cláusula de conciencia cumpla con los objetivos por los cuales fue establecida, es indispensable que se amplíen considerablemente las causales de procedencia, así como los sujetos de la misma y los propios efectos de su aplicación.

Por tanto, en forma preliminar y consciente de sus limitaciones, propongo la siguiente definición: la cláusula de conciencia es la facultad que tiene el comunicador de rescindir su relación jurídica con la empresa informativa y recibir una indemnización equivalente a cuando menos a la

6 Carrillo, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Cuadernos Civitas y Generalitat de Catalunya, Madrid, 1993, pp. 23, 127-129, 150-153; Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, Cámara de Diputados-Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 32 y 33; Escobar de la Serna, Luis, *op. cit.*, pp. 278-280.

7 Carreras Serra, Lluís de, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, p. 170.

8 Frígola Vallina, Joaquín y Escudero Moratalla, José Francisco, *op. cit.*, p. 117.

de despido por voluntad de aquélla, en los casos en que la empresa afecte la reputación, la dignidad moral o el honor del comunicador”.

En esta definición tiene fácil cabida la hipótesis francesa de un cambio notable en la orientación ideológica de la empresa informativa, pero únicamente como una de las varias causales que pueden presentarse. Ésta es una tendencia actual en el derecho comparado, aunque el ámbito de la cláusula de conciencia tiende a desbordar incluso esos cauces.

Al examinar en este ensayo el artículo 3o. de la ley española sobre la cláusula de conciencia, quedará claro —espero— por qué incluso mi definición resutará estrecha en los próximos años si dicha cláusula va a cumplir con plenitud sus finalidades protectoras y tutelares.

En relación con el mencionado artículo, nuestro ponente general realiza valiosas reflexiones, a las cuales me voy a referir en el correspondiente apartado; con las mismas estoy de acuerdo, y me han auxiliado a construir una definición de la cláusula de conciencia que no corresponde a la realidad actual, pero que considero será el derrotero que seguirá en su evolución porque ya existen varios indicios importantes al respecto.

Así, en forma tentativa, mirando hacia el futuro, sostengo que la cláusula de conciencia es una protección para el comunicador si la empresa afecta su reputación, dignidad moral u honor. Según el caso, aquél podrá rescindir unilateralmente la relación jurídica con la empresa y recibir una indemnización honorable o permanecer en aquélla si por razones objetivas se niega a participar en informaciones contrarias a los principios éticos y es respaldado por el comité profesional de la propia empresa.

II. FUNDAMENTOS DE SU EXISTENCIA

1. Marc Carrillo destaca la doble dimensión del derecho a la información: la protección a la libertad y la dignidad del comunicador y el derecho del público a recibir información veraz y oportuna que auxilie a la configuración de una opinión pública libre.

Esta segunda dimensión implica que: *a)* la información que se difunda no pueda ser cualquiera, ni adquirida a cualquier precio; *b)* la veracidad en la información vede la transmisión de rumores y, por el contrario, requiera la actuación de buena fe; *c)* se refuerce el pluralismo informativo; *d)* se respeten con escrúpulo las reglas deontológicas de la profesión, y *e)* el Estado esté obligado a otorgar información a la sociedad.

En consecuencia, esta segunda dimensión de carácter social está atenta a “las condiciones en las que se ejerce el derecho a comunicar información [de] los profesionales de la misma. De como ésta se emita depende el ejercicio del derecho del público a recibirla”.⁹

Estas dos dimensiones —la individual y la colectiva, la subjetiva y la objetiva, la del comunicador y la de la sociedad— se encuentran en la cláusula de conciencia, la cual existe para garantizar al comunicador su libertad y dignidad frente a la empresa informativa con la finalidad de que la información que llegue al público sea veraz y oportuna o, en otras palabras, la mencionada cláusula se configura como una “garantía de la opinión pública libre, elemento determinante de la pluralidad en el Estado social y democrático de derecho”.¹⁰

Luego, no hay duda alguna de que esta institución se constituye como una cláusula de conciencia de la sociedad.

La cláusula de conciencia, entonces, va a armonizar la labor del informador como un agente social de la comunicación, investido de una misión pública, con el hecho de que simultáneamente es trabajador en una empresa informativa, que tiene una orientación política y una posición en el mercado.¹¹

La idea francesa en 1935 fue precisamente proteger los derechos laborales de los periodistas, pero reconociendo el carácter intelectual de la labor de los mismos y, en consecuencia, la esfera de libertad en la cual deben desarrollar sus funciones.¹²

2. En la exposición de motivos de la Ley Orgánica Reguladora de la Cláusula de Conciencia de los Profesionales de la Información española (LOCC) encontramos una serie de ideas importantes respecto al fundamento y las razones por las cuales existe dicha cláusula:

- a) Es un elemento constitutivo del derecho fundamental a recibir y comunicar información;

9 Carrillo, Marc, “Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores”, en esta misma obra.

10 Carreras Serra, Lluís, *op. cit.*, p. 167.

11 Cornu, Daniel, *Journalisme et vérité. Pour une éthique de l'information*, Ginebra, Labor et Fides, 1994, pp. 83 y 84.

12 Azurmendi, Ana, “La cláusula de conciencia en el derecho comparado. El caso francés”, *La cláusula de conciencia*, Madrid, Universitas, s.f., pp. 37 y 38. Respecto al carácter intelectual de la cláusula de conciencia, véase Escobar de la Serna, Luis, *La cláusula de conciencia como derecho fundamental en la Constitución de 1978*, *ibidem*, pp. 3 y 4.

- b) La Ley tiene el objetivo de otorgar a los comunicadores un derecho básico porque ellos son el elemento fundamental en la producción de la información;
- c) Ni los poderes públicos ni las empresas informativas pueden desconocer el indudable componente intelectual del trabajo de los comunicadores;
- d) La información no es una mercancía y el profesional de aquélla está constreñido por la disposición constitucional de veracidad y pluralismo, y
- e) Los supuestos de la Ley son principalmente dos: por una parte, que el comunicador es un agente social de la información cuya labor tiene que estar necesariamente regida por el principio de responsabilidad y, por la otra, que las empresas informativas son parte del ejercicio de un derecho constitucional que es indispensable para la existencia de un sistema democrático.

Esta exposición de motivos es clara: la razón para la existencia de la cláusula de conciencia de los comunicadores es doble: la protección de la independencia y la dignidad del comunicador, y como un elemento esencial del derecho a recibir y comunicar información de manera responsable, lo cual constituye una de las bases fundamentales del propio régimen democrático.¹³

3. Bonifacio de la Cuadra indica otra razón para la existencia de la cláusula: reforzar a los comunicadores como administradores directos de la información frente a los posibles riesgos de mercantilización de la empresa informativa.¹⁴

En otra ocasión he expuesto ocho razones para la existencia de la cláusula de conciencia, mismas que ya han quedado resaltadas en los párrafos anteriores; únicamente subrayo que:

- a) la empresa informativa es generalmente de carácter privado, pero cumple con una función de interés público, nada menos que proporcionar información veraz y oportuna; la ley debe asegurar que se respete esa función,

13 Carpizo, Jorge, "La ley española sobre la cláusula de conciencia de los comunicadores", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, 2000, pp. 354 y 355.

14 Cuadra, Bonifacio de la, *op. cit.*, p. 96.

b) por el interés lucrativo de la empresa informativa se llega incluso a presionar al comunicador para que proporcione la noticia en forma rápida, a veces sin haber tenido el tiempo necesario para verificarla y sin que pueda existir el necesario rigor informativo.¹⁵

4. El artículo 1o. de la LOCC señala que el objeto de la cláusula de conciencia es garantizar la independencia de los profesionales de la información en el desempeño de sus funciones como tales.

Como bien recuerda la ponencia general del Coloquio en este tema, la cláusula es un derecho del periodista y una garantía de la información libre y plural, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en su primera sentencia sobre esta cláusula del 8 de noviembre de 1999.¹⁶

Ruiz Gallardón insiste en estas ideas al escribir que aquella tiene como objeto la protección del informador profesional frente a la empresa informativa con la finalidad de salvaguardar la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional de aquél.¹⁷

III. LOS SUJETOS DE LA CLÁUSULA

1. El sujeto pasivo de esta cláusula es la empresa informativa a la cual se le exige la indemnización correspondiente.

El sujeto activo es el profesional de la información. Aquí el problema estriba en conocer qué se entiende por aquél, cuál es la amplitud de ese concepto. Cada país precisa en la legislación o en la jurisprudencia qué debe entenderse por profesional de la información. En los Estados en los cuales jurídicamente no existe tal definición, la doctrina discute acerca de los alcances del concepto.¹⁸

2. La LOCC española no define lo que es un profesional de la información. Marc Carrillo considera que ante tal omisión —que probablemente es acertada— esta delimitación la encontramos en los instrumentos de autorregulación especialmente en los estatutos de redacción, lo cual nos permite conocer si, por ejemplo, los colaboradores en la plantilla de un diario gozan del derecho a la cláusula de conciencia.¹⁹

15 Carpizo, Jorge, *Constitución e información*, op. cit., p. 53.

16 Carrillo, Marc, ponencia general, op. cit., pp. 13 y 14.

17 Ruiz Gallardón, Ignacio, "La posición de la empresa informativa ante la cláusula de conciencia", op. cit., nota 4, p. 73.

18 Véase al respecto el criterio de Carrillo, Marc, expuesto con anterioridad a la expedición de la LOCC, en su libro *La cláusula de ...*, op. cit., nota 6, pp. 162 y 163.

19 Carrillo, Marc, ponencia general, op. cit., p. 12.

Ese artículo primero ha sido interpretado —y, de acuerdo con mi criterio, acertadamente— de manera abierta y amplia, considerándose que es un concepto programático en el cual se incluyen a periodistas, fotógrafos, autores de obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, radio-difusionistas, fonogramistas, creadores de programas de computadora, etcétera.²⁰

Ante la ausencia de definición del profesional de la información en la LOCC existen múltiples preguntas sobre sus alcances. ¿Tiene derecho a la cláusula de conciencia el gerente de un medio?, ¿el director de publicidad?, ¿el confeccionador?, ¿los colaboradores? Estos últimos se manifiestan habitualmente en las páginas o en las emisiones de un medio, se identifican con el mismo, ayudan a darle perfil, crean opinión y realizan un trabajo intelectual.²¹

3. En Francia, el artículo L.761-2 del Código de Trabajo precisa quién está legitimado para invocar la cláusula de conciencia: *a)* el periodista; hay que recordar que ese artículo fue redactado en 1935, actualmente hay que interpretarlo como profesional de la información; *b)* siempre y cuando la difusión de la información sea su actividad principal, regular y retribuida; *c)* de la cual obtiene la parte principal de sus ingresos para la existencia, y *d)* que labore en una empresa informativa.

En un principio, en Francia, la cláusula se constreñía a los comunicadores políticos, pero la jurisprudencia francesa la ha ido extendiendo al universo de los profesionales de la comunicación.²²

De acuerdo con el artículo 1.1 del Convenio colectivo nacional de trabajo de los periodistas franceses, los profesionales de la información en las empresas de comunicación audiovisual gozan también de este derecho.

Al periodista profesional es asimilado: el redactor-traductor, el taquígrafo-redactor, el editor (ex corrector), el dibujante y el reportero gráfico.²³

4. Marc Carrillo desde su clásico libro *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* se ha ocupado del problema de la “cláusula inversa”; es decir, si ese derecho procede también a favor de

20 Frígola Vallina, Joaquín y Escudero Moratalla, José Francisco, *op. cit.*, p. 128.

21 Apezarena, José, *Algunas reflexiones sobre la cláusula de conciencia*, *op. cit.*, nota 4, p. 84.

22 Capseta Castellà, Joan, *La cláusula de conciencia periodística*, Madrid, McGraw-Hill y Ciencias Jurídicas, 1998, pp. 102-118; Franceschini, Laurence, *Droit de la communication*, Paris, Hachette, 1996, pp. 23 y 24.

23 Capseta Castellà, Joan, *op. cit.*, p. 107.

las empresas informativas, si la conducta del profesional de la información, dentro de ese campo, causa un perjuicio moral a la línea editorial de la empresa.

En esa obra, el distinguido autor concluyó que un planteamiento de esa naturaleza quiebra la filosofía de la cláusula de conciencia porque el profesional de la comunicación basa su acción en razones de conciencia profesional, argumento que no puede ser invocado por la empresa, la cual posee sus propias facultades dentro del derecho a la información y de la libertad de empresa, para despedir al periodista que ya no concuerda con la línea ideológica del medio.

La cláusula es un derecho que se otorga al profesional de la información en su carácter y como atributo individual.²⁴

En su ponencia general, Marc Carrillo reitera su punto de vista: las empresas informativas no pueden ser sujeto activo del derecho a la cláusula de conciencia,²⁵ criterio con el cual estoy de acuerdo.

En Francia se dio un caso de “cláusula inversa” en la sentencia que pronunció el Tribunal de Apelación de Besançon en diciembre de 1963. El periodista Bernard Ducret se presentó como candidato a senador en las elecciones de 1962, postulado por una fuerza política contraria a la posición ideológica del periódico en el cual laboraba: *L'Est Republicain*. La empresa pidió su renuncia a Ducret y éste se rehusó. Entonces, la empresa le cambió de tarea y de destino. Ducret no lo aceptó y aquélla le notificó que ya no formaría parte de su plantilla.

Ducret consideró que el despido era improcedente y demandó a la empresa. El periodista logró sentencia favorable, pero en la apelación el Tribunal le otorgó la razón a la empresa con los argumentos de que si el periodista tiene derechos de acuerdo con la cláusula de conciencia, resulta lógico que, en contrapartida, la empresa pueda formular agravios contra un colaborador que manifiesta públicamente una posición política que daña los intereses del periódico; que la postura de Ducret era “susceptible de perjudicar si no los intereses materiales, sí al menos los intereses morales del periódico” y que la elección política del periodista dificultaba —ante los lectores— la imparcialidad de su labor informativa.²⁶

24 Carrillo, Marc, *La cláusula de ...*, op. cit., pp. 145 y 146.

25 Carrillo, Marc, ponencia general, op. cit., p. 12.

26 Capseta Castellà, Joan, op. cit., pp. 118-120.

Esta sentencia ha sido muy criticada, con toda razón, porque vulnera, entre otros, derechos como los de participación política y de libertad de expresión.

Sin embargo, existen autores que sí consideran procedente la existencia de la “cláusula inversa”,²⁷ sin percatarse de que entonces la naturaleza de aquélla se desvirtúa por completo.

IV. LAS CAUSALES

1. De los tres supuestos de rescisión a los que se refiere el mencionado artículo L.761-7 del Código Francés de Trabajo, es el tercero el que recoge la institución de la cláusula de conciencia y durante décadas se identificó a la cláusula con esa única causal, a grado tal que la mayoría de las definiciones sobre esta institución se circunscribían a glosar aquélla: el cambio *notable* en el carácter u orientación de la empresa mediática que atente contra el honor o reputación del periodista y si de un modo general se afectan sus intereses morales; causal que, con cambios, recogió la LOCC española.

Este cambio *notable, sustancial* en la terminología de la ley española, se puede producir en cualquier momento sobre el contenido, la naturaleza, los compromisos y la orientación general de la publicación o del audiovisual; debe ser un cambio perceptible para todos, tanto para los colaboradores de la empresa informativa como para el público, para lo cual generalmente se necesita de un cierto tiempo para percatarse del mismo,²⁸ en virtud de que aquél, en la mayoría de los casos, no acontece de un día para el otro.

El cambio debe ser notable o sustancial para que un comunicador no vaya a utilizar la cláusula frívolamente o como pretexto para lograr una indemnización que no le correspondería si se retira voluntariamente, tal sería el caso si tuviera una oferta de trabajo que hubiera decidido aceptar.

La cláusula francesa requiere para su aplicación de un requisito subjetivo: que ese cambio afecte su honor, reputación o intereses morales. La jurisprudencia de ese país ha considerado, en múltiples ocasiones, que esta exigencia se satisface al probarse el aspecto objetivo: el cambio nota-

27 Véase Frígola Vallina, Joaquín y Escudero Moratalla, José Francisco, *op. cit.*, p. 120.

28 Derieux, Emmanuel, *Droit de la communication*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, pp. 357 y 358.

ble o sustancial en la tendencia ideológica de la empresa informativa; es decir, que todo cambio *notable* establece la presunción *iuris et de jure* de que conlleva ese atentado al honor, reputación o intereses morales del comunicador.

La legislación española no exige este requisito subjetivo para la procedencia de la cláusula.

Para el comunicador será más fácil probar el cambio *notable* o *sustancial*, si la rescisión de la relación jurídica la acompañan también varios otros de sus colegas.

Como expresaba, generalmente, una empresa informativa no cambia en forma notable su tendencia ideológica de la noche a la mañana, sino que lo realiza en un cierto lapso de tiempo, el cual es necesario especialmente para que los lectores, escuchas y espectadores se puedan percatar de ese cambio notable. En otras palabras, debe tratarse de un cambio reiterado y no circunstancial.

Asimismo, un problema difícil es, en muchas ocasiones, poder determinar cuál es la postura ideológica de una empresa informativa, porque no se cuenta con documento alguno en el cual aquélla se precise. En muchos países aún no existen los estatutos de redacción o algo equivalente. En diversas naciones encontramos empresas informativas que prefieren no definirse ideológicamente, sino conservar una ambigüedad al respecto.

Nuestro ponente general señala muy bien el significado que debe tener el cambio sustancial; habrá de ser —afirma— objetivo y reiterado, y para que no exista duda alguna, opina que la autorregulación privada puede ayudar a introducir elementos de objetivación para el caso de que un comunicador decida ejercer este derecho.²⁹

2. La LOCC española indica una segunda causal de la cláusula de conciencia: “cuando la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador”.

Esta causal ya había sido señalada por la doctrina.³⁰ Marc Carrillo al respecto escribe en su ponencia general:

La decisión empresarial de traslado del periodista puede ser expresión de su potestad de libertad de gestión derivada de la libertad de empresa. El periodista siempre podrá invocar la cláusula si dicho cambio, basado en ra-

29 Carrillo, Marc, ponencia general, *op. cit.*, p. 15.

30 Carrillo, Marc, *La cláusula de ...*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

zones objetivas de dirección del grupo empresarial al que presta servicios, genera una situación que choca con su orientación profesional. Un ejemplo lo puede ofrecer, por ejemplo, el periodista experto en información internacional que es trasladado a otro medio de comunicación a realizar información local. Sin perjuicio de las razones de gestión empresarial que expliquen dicho cambio, nada excluye que, en ocasiones, el mismo pueda obedecer a criterios subjetivos cuya motivación no sea otra que llevar a cabo algún tipo de sanción encubierta a través de medios legales.³¹

3. Es obvio que las causales señaladas en la legislación francesa y española son insuficientes para proteger las finalidades que la cláusula de conciencia persigue.

La ley austriaca de 1981 incluye como causal el derecho de los periodistas a negar su colaboración en la redacción de las informaciones que han sido conseguidas a través de métodos contrarios a sus convicciones o a los principios deontológicos del derecho a la información.³²

4. Las causales de la cláusula de conciencia se amplían, asimismo, a través de convenios laborales o de reglamentación interna en las empresas, como en el caso de los estatutos de redacción.

En las convenciones colectivas paritarias suizas se puede aplicar esta cláusula por el comunicador si no se respetan los derechos garantizados a los redactores por la carta del periódico o si la publicación se fusiona a otra.³³

En los estatutos de redacción se regulan, por acuerdo entre la empresa informativa y los periodistas, las condiciones profesionales que prevalecerán en el seno interno de aquélla siempre y cuando se respeten los términos de la ley. Las condiciones laborales generalmente no se encuentran en esos estatutos, sino en los convenios o contratos colectivos de trabajo.

El valor de los estatutos de redacción reside en que se avanza, se dan pasos hacia adelante, respecto a los mínimos establecidos en la ley. Los estatutos de redacción son a las condiciones profesionales lo que los contratos colectivos son a las condiciones laborales dentro de los marcos señalados por la norma respectiva.

En el Estatuto del periódico español *El País* se señalan tres causales para la procedencia de la cláusula de conciencia, la primera que equivale a la causal francesa y dos más:

31 Carrillo, Marc, ponencia general, *op. cit.*, p. 16.

32 Ruiz Gallardón, Ignacio, *op. cit.*, p. 72.

33 Comu, Daniel, *op. cit.*, p. 87.

a) Cuando algún miembro de la redacción al que se le imponga la realización de algún trabajo que él mismo considera que vulnera los principios ideológicos y violenta su conciencia profesional, y³⁴

b) Cuando se quiera obligar al periodista a firmar aquellos trabajos que, habiéndole sido encomendados o realizados por propia iniciativa, hayan sufrido alteraciones de fondo que no sean resultado del acuerdo previo.

El Estatuto de Redacción de *El Periódico de Cataluña* es igualmente importante que el mencionado en los párrafos anteriores, y las causales que señala para la procedencia de la cláusula de conciencia son similares a aquellas de *El País*.

5. En los diversos proyectos presentados al Poder Legislativo español con anterioridad a la LOCC, se encuentran otras causales que mayormente son las señaladas en este apartado y que en buena parte recogieron los estatutos de redacción de los dos periódicos ibéricos señalados en los párrafos anteriores. Únicamente resalto la causal de cuando se modifican las condiciones de trabajo implicándose un perjuicio grave para la integridad profesional y deontológica del comunicador.³⁵

6. Marc Carrillo había señalado otras dos posibles causales: a) el traslado arbitrario de sección informativa, y b) las decisiones de la empresa informativa que por su propia naturaleza puedan vulnerar los intereses profesionales del comunicador, causándole una violencia moral.³⁶

Esta última causal es amplia y puede abarcar situaciones diversas que escapen a una enunciación casuística. Un párrafo de tal naturaleza siempre será saludable en la ley.

7. Otras causales de la cláusula de conciencia podrían ser las siguientes:

- a) Un reportaje o editorial que el comunicador no ha realizado y sin su consentimiento se presenta con su nombre, independientemente de que esté de acuerdo con su contenido; peor si no lo está;
- b) instrucciones en el sentido de que apoye o ataque a determinadas instituciones o personas, y
- c) órdenes para que ilegítima o ilegalmente se apropie de documentos o informaciones.³⁷

34 Respecto a la Declaración de Munich, en este sentido, véase Cornu, Daniel, *op. cit.*, p. 85.

35 Carpizo, Jorge, *Constitución e información, op. cit.*, pp. 55 y 56; Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico ...*, *op. cit.*, p. 148; Escobar de la Serna, Luis, *Manual de ...*, *op. cit.*, pp. 286 y 287.

36 Véase la nota 30 de esta ponencia.

37 Carpizo, Jorge, *Constitución e información, op. cit.*, p. 56.

V. EL ARTÍCULO TERCERO DE LA LOCC

1. El artículo tercero de la LOCC española dispone que: “Los profesionales de la información podrán negarse, motivadamente, a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que ello pueda suponer sanción o perjuicio”.

Queda claro que el legislador español no consideró que el contenido de este artículo es una tercera causal de la cláusula de conciencia, porque entonces lo hubiera incluido en el artículo segundo como un inciso c.

No obstante, es un artículo extraordinariamente importante porque construye las bases para que la información se rija por principios éticos y se respete la dignidad del comunicador otorgándole el derecho de no informar si se contrarían los principios éticos de la profesión.

Para el ponente general, la remisión que el artículo 3o. hace a los principios éticos muestra la necesidad de la complementariedad entre la ley y las normas de autorregulación periodística, en virtud de que la especificación de la mayoría de esos principios éticos no se hallan en la ley, sino primordialmente en los códigos deontológicos que la propia profesión se ha otorgado.

En consecuencia, afirma Marc Carrillo, el contenido de dicho artículo 3o. no es parte integrante del objeto del derecho a la cláusula de conciencia.

Sin embargo, es posible realizar algunas reflexiones sobre tan importante artículo.

Ese artículo es parte de la LOCC, luego, el legislador lo consideró relacionado con la cláusula de conciencia. El contenido del mismo responde a la doble dimensión de la cláusula: garantizar al comunicador su libertad y dignidad frente a la empresa informativa para que la información que llegue al público sea veraz y oportuna.

Si el comunicador es sancionado, considero que sí puede ejercer su facultad a la cláusula de conciencia, la cual le representa mayores ventajas y prestaciones que la rescisión por incumplimiento del contrato imputable a la empresa.

Las leyes de la materia deberían contener, además de las causales, un precepto de naturaleza amplia que permita la aplicación de la cláusula cuando deba ser invocada en virtud de la protección que se persigue otorgar al comunicador. Si la ley es casuística corre el peligro de ser omisa.

Este artículo 3o. puede representar, en alguna medida, el papel que señalé en el párrafo anterior, porque constituye una base sobre la cual el juzgador podrá ir ampliando las causales que indica la ley. Según mi criterio, el legislador creó una norma programática que el juez podrá aplicar en casos concretos realizando una interpretación hermenéutica de esa ley. Empero, el problema reviste una mayor complejidad.

2. En un trabajo anterior³⁸ realicé una aseveración que podría parecer audaz: que el contenido del mencionado artículo 3o. debió haber sido una tercera causal de la LOCC. En tal virtud, me alegra la reflexión del ponente general Marc Carrillo en el sentido de que si esa negativa del profesional se considerara como una modalidad de la cláusula de conciencia, entonces el profesional podría continuar en la empresa informática con mayores garantías deontológico-profesionales. Expresado con otras palabras: la cláusula implicaría el derecho a permanecer en la empresa por *razones objetivas* que el conjunto de profesionales de ésta avalaría a través de su comité profesional. “Se trata, pues, de entender la negativa del profesional como un problema objetivo que se produce en el seno de un medio de comunicación. A esta filosofía responde la definición de la cláusula en la ya citada Ley austriaca de 12 de junio de 1981 y en algunos convenios colectivos de trabajo firmados en Italia en el sector de los medios de comunicación”.³⁹ ¡Bravo!, bien dicho. Esta vertiente será, probablemente, recorrida por la cláusula de conciencia para poder satisfacer las finalidades por las cuales aquélla se creó, y a las que ya me he referido. Esta es la razón y el fundamento de mi segunda definición respecto a la cláusula.

Así, la evolución de la cláusula de conciencia nos podrá llevar a distinguir entre la cláusula de conciencia en sentido estricto —tal y como la conocemos actualmente, con su indispensable desarrollo— y en sentido amplio —cuando por *razones objetivas*— el comunicador, a pesar de su negativa, permanece en la empresa.

En consecuencia, los alcances tutelares de la cláusula de conciencia habrán de continuar reforzándose. En lo concerniente a la cláusula en sentido estricto, las causales deberán de continuar ampliándose y la indemnización elevándose. En cuanto a la cláusula en sentido amplio, cada día más, irá abriéndose campo en la legislación, jurisprudencia y doctri-

38 Carpizo, Jorge, *La ley española ...*, op. cit., p. 357.

39 Carrillo, Marc, ponencia general, op. cit., p. 18.

na; su enunciación no deberá ser casuística, sino un enunciado de carácter general, como es el caso del artículo 3o. que he venido comentando.

VI. INDEMNIZACIÓN Y CONSECUENCIAS

1. La aplicación de la cláusula de conciencia implica actualmente la rescisión de la relación jurídica con la empresa por decisión unilateral del comunicador y el derecho de éste a recibir una indemnización que corresponda cuando menos a aquella por despido improcedente; es decir, a través de los convenios y contratos colectivos de trabajo dicha indemnización puede ser incrementada, nunca reducida.

2. En Francia, el Código del Trabajo indica que la indemnización será como mínima, un mes por cada año, o fracción de año, de antigüedad, hasta un máximo de quince años,⁴⁰ tomándose como base las últimas mensualidades.

En España, el Estatuto del Trabajo fija como mínimo el equivalente a 45 días de salario por cada año laborado, prorrateándose por meses los ciclos menores a un año y hasta el equivalente a 42 mensualidades.⁴¹

3. Un gran problema estriba en que con la concepción actual de la cláusula de conciencia, el comunicador salva su independencia y su dignidad, pero se queda sin trabajo, lo cual le puede representar o no una situación grave de acuerdo con la personalidad del comunicador.

Si se trata de un comunicador muy conocido que cuenta con un amplio auditorio, lo más probable es que con facilidad encuentre cabida en otra empresa informativa. Si no, quizá, su reubicación se le pueda dificultar en un mercado reducido de trabajo y porque las empresas informativas lo pueden considerar quisquilloso, problemático o extremadamente escrupuloso.

Por esas razones, estoy de acuerdo con Bonifacio de la Cuadra cuando propone que es necesario duplicar o triplicar el importe de la indemnización con la finalidad de que el autodespido resulte caro a la empresa, especialmente si es ejercido simultáneamente por un número importante de comunicadores. Este periodista considera que lo anterior puede resultar trascendental a la empresa que cae en veleidades mercantiles o políticas y abandona unilateralmente su línea ideológica.⁴²

40 Derieux, Emmanuel, *op. cit.*, p. 361, y del mismo autor, *Droit des médias*, París, Dalloz, 1995, p. 100.

41 Capseta Castellà, Joan, *op. cit.*, p. 174.

42 Cuadra, Bonifacio de la, *op. cit.*, p. 101.

Además, hay que tener en cuenta que si la empresa no está de acuerdo en cubrir la indemnización correspondiente, el comunicador tendrá que acudir a los tribunales con todos los problemillas que un proceso judicial implica, y si no logra probar su acción, entonces se quedará sin indemnización, sin empleo y probablemente en una situación difícil para conseguir uno nuevo, por las razones expuestas en dos párrafos anteriores.

A causa de lo anterior es que difícilmente un comunicador joven, aún no suficientemente conocido, o uno que no goce de prestigio, ejerciten el derecho a la cláusula de conciencia.

El empresario puede mostrarse reticente a otorgar la indemnización sin que se acuda al tribunal, ya sea porque tiene la probabilidad de ganar el juicio; por el precedente que se establece; porque se encuentre convencido de que el comunicador está equivocado o que no está actuando de buena fe.⁴³

Por otra parte, la empresa informativa, de acuerdo con las circunstancias, puede considerar como una bendición que un comunicador ejercite dicho derecho, debido a que por una cantidad de dinero, que generalmente no representa mayor significación para la empresa, ésta va a librarse de un comunicador “incómodo” o “escrupuloso” que estorba en aquélla y se constituye en ejemplo no deseado por el dueño o directivo de la organización informativa.

Cierto es que la cláusula de conciencia no es una panacea, aún es una institución en evolución, pero constituye, y puede constituir en el futuro, una mejor protección a la independencia y dignidad del comunicador y contribuye a que la sociedad reciba información veraz y oportuna. Reitero: la cláusula es un derecho de la sociedad, y esta perspectiva no puede olvidarse. Cuando la sociedad cuida al comunicador, lo que en verdad acontece es que se está cuidando a sí misma.

José Apezarena expresa que la cláusula de conciencia no es algo apetecible para un periodista, que es un recurso extremo, una mala solución, que se aplica *in extremis*, y se cuestiona: “¿no habría hacer algo *antes* de llegar a tan extrema salida? ¿No se puede pensar en mecanismos intermedios, previos?”.⁴⁴

Desde luego que sí; uno de éstos podría ser que órganos internos de la empresa, integrados con la participación de los comunicadores, cono-

43 Carreras Serra, Lluís de, *op. cit.*, p. 171.

44 Apezarena, José, *op. cit.*, p. 81.

cieran el caso, y expidieran un dictamen obligatorio para la empresa; si dicho dictamen le fuera negativo al comunicador, éste, entonces, tendría expedita la vía judicial. Las sociedades de redactores, que ya existen en varios países de la Unión Europea, constituyen una manera de participación decisoria del cuerpo de redacción para avenir la forma y el contenido de la información con los criterios del propietario o director de la empresa y con el objetivo de que éstos no vayan a introducir fobias ni filias, menos criterios mercantilistas o partidistas que adulteren la información.⁴⁵

VII. ASPECTOS VARIOS

1. Ciertamente, la cláusula de conciencia nació como una protección para el periodista de la prensa diaria y de las revistas escritas. Las finalidades que la misma persigue, tanto a nivel individual como social, se encuentran también en los medios audiovisuales. En consecuencia, la cláusula es, asimismo, un derecho de los comunicadores que trabajan en las empresas de la radio y la televisión.

2. La cláusula de conciencia debe existir en las empresas u organismos públicos de información, porque los comunicadores en las empresas públicas necesitan las mismas protecciones que sus colegas en las privadas. La sociedad requiere que la información que se le proporcione sea veraz y oportuna, con independencia de la naturaleza de la empresa que la emita.

No existe ninguna razón válida para excluir a los comunicadores de las empresas públicas del derecho a la cláusula. El argumento de la neutralidad de aquéllas no resiste el análisis de la realidad; probablemente la posición de un comunicador sea más débil en una empresa pública, en la cual también se encuentra involucrado el poder político.

La *ratio* y la operatividad de la cláusula de conciencia, pues, son idénticas en ambos tipos de empresas, por lo que, en principio, el cambio de gobierno no significa su aplicación y la subsecuente indemnización, sino sólo cuando no se respeta la independencia y la dignidad del comunicador.

3. En el caso de la cláusula de conciencia, el comunicador no está obligado a honrar el plazo de preaviso a la empresa, como acontece en las

otras situaciones de dimisión. La razón de esta excepción se encuentra en que se considera que el comunicador no puede continuar colaborando con aquélla en virtud del grave atentado que han sufrido sus intereses morales⁴⁶ por parte de la empresa.

4. Debe existir un plazo para el ejercicio del derecho de la cláusula de conciencia. La legislación alemana y portuguesa lo señalan de un mes a partir de cuando acontece el supuesto legal; la española es omisa al respecto.

En la hipótesis de la causal francesa del cambio notable, el problema que se presenta es poder determinar a partir de qué momento ha acontecido aquél, ya que en la mayoría de las veces ese cambio es paulatino y no tan evidente en su comienzo.

5. En un proceso judicial en el cual se haga valer la cláusula de conciencia, la carga de la prueba corresponde al comunicador que hace uso de ese derecho; habrá de probar los supuestos que indique la ley para el ejercicio del mismo.

Quien ejerce la facultad de la acción procesal es quien está obligado a probar sus aseveraciones.

6. Los casos judiciales respecto a la cláusula de conciencia que se han presentado en Francia ciertamente no son abundantes. Ana Azurmendi señala diez importantes y éstos se refieren principalmente a la prensa escrita. Sin embargo, la cláusula ha sido alegada con mayor frecuencia en el ámbito interno de las empresas. Actualmente en ese país se cuestiona su eficacia.⁴⁷

En España los casos no abundan, pero hay que tener en cuenta que la LOCC fue expedida hasta abril de 1997, aunque la cláusula de conciencia, al constituir un derecho fundamental de carácter constitucional, es autoaplicativa. Recientemente se ha dictado la primera sentencia del Tribunal Constitucional al respecto.

Tampoco puede desconocerse que distinguidos tratadistas de ese país son escépticos respecto a la cláusula de conciencia o de plano consideran que ya ha sido superada. Entre otros se pueden mencionar a Soria, Urubayen, Quadra Salcedo y Azurmendi.

46 Derieux, Emmanuel, *Droit de ...*, op. cit., p. 100.

47 Azurmendi, Ana, op. cit., pp. 42-44.

VIII. PERSPECTIVAS Y EL CASO DE MÉXICO

1. Las declaraciones universales y regionales de derechos humanos suelen incluir el derecho a la información, aunque sin especificar todos los aspectos del mismo, por lo cual no mencionan la cláusula de conciencia de los comunicadores.

Sin embargo, dicha cláusula ya comienza a tener presencia en organismos internacionales, tal y como acontece en el Consejo de Europa.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en julio de 1993, aprobó la resolución 1003 respecto a los principios éticos que en el periodismo deben ser aplicados por sus Estados miembros.

El párrafo 13 expresa que el respeto legítimo a la orientación ideológica de los editores o de los propietarios está limitado por las exigencias de la veracidad de las noticias y la rectitud moral de las opiniones exigidas por el derecho fundamental de los ciudadanos a la información.

El párrafo 14 de esa resolución se refiere a la cláusula de conciencia y a la necesidad de definirla jurídicamente, aunque no lo realiza, sino que persigue que este derecho se edifique armonizando las disposiciones nacionales con el objetivo de aplicarlas en el marco más amplio del espacio democrático europeo.⁴⁸

Contémplese el énfasis en los aspectos deontológicos de la información y cómo se va ampliando la concepción de la cláusula de conciencia y se va preparando a la cláusula para cumplir mejor con las finalidades ya apuntadas y para reforzarla como cláusula de protección de los comunicadores y de la sociedad.

2. La cláusula de conciencia se encuentra en un momento importante de su evolución, porque si bien despierta escepticismo en varios sectores en virtud de que no ha sido el instrumento realmente eficaz que se perseguía en la salvaguardia de la libertad, dignidad y principios éticos del comunicador, sí logró abrir brechas importantes en tal salvaguardia.

La cláusula de conciencia puede ser muy fortalecida con nuevas ideas, nuevas reglamentaciones, nuevas interpretaciones judiciales y nuevas propuestas; todo lo anterior está aconteciendo actualmente. Contemplo la tendencia a: a) extender las causales de su procedencia, b) que las leyes respectivas contengan un precepto, redactado en forma amplia, el cual no limite las causales, sino que permita que la cláusula pueda ejer-

cerse cuando se vulneren la libertad, la dignidad y los principios morales del comunicador, *c*) reforzar a los consejos de redacción o su creación cuando no existen; una de sus funciones importantes es el dictamen interno dentro de la empresa de si procede o no la aplicación de la cláusula. De esta manera no se expone al comunicador a perder su empleo ni a un proceso judicial que probablemente no le fuera favorable, *d*) que en caso de la indemnización, ésta sea *cara* para la empresa, como podría ser dos, tres o cuatro veces el equivalente a la indemnización por despido atribuido al patrón, *e*) el establecimiento de estatutos de redacción que fortalezcan la representación de los comunicadores dentro de la empresa, ya que los propietarios y directores no son dueños absolutos de la información, ni la pueden desvirtuar por intereses propios, políticos o económicos, *f*) la ampliación de la concepción de la cláusula con ideas como la contenida en el artículo 3o. de la LOCC: la negativa motivada de los comunicadores a participar en la elaboración de informaciones contrarias a los principios éticos de la comunicación, sin que lo anterior le pueda implicar sanción o perjuicio algunos, *g*) la permanencia del comunicador en la empresa, en el supuesto expuesto en el inciso *f*, por *razones objetivas* y si recibe el respaldo del órgano interno de la empresa que cuenta con la participación de sus colegas, *h*) el interés de organismos internacionales sobre la misma e, *i*) la ampliación de su concepción protectora por parte de sectores importantes de la doctrina.

De esta forma, se puede visualizar que la evolución de la cláusula de conciencia continuará y, probablemente, con mayor rapidez que en el pasado, con la finalidad de transformarse en un mejor instrumento para la protección de la libertad, dignidad y principios éticos de los comunicadores y del derecho de la sociedad a recibir información veraz y oportuna, sin deformaciones o alteraciones.

3. Regreso a la idea con la cual comencé este ensayo: México tiene un retraso de alrededor de cincuenta años en el campo del derecho a la información.

La cláusula de conciencia es absolutamente desconocida tanto por nuestra legislación, los contratos colectivos de trabajo como por las escasas reglamentaciones internas de las empresas informativas. El interés de la doctrina por ella es incipiente.

En consecuencia, urge legislar sobre la cláusula para otorgarles a los comunicadores y a la sociedad su paraguas protector. Aprovechemos nuestro gran retraso en este aspecto para conformar una legislación de

vanguardia que contenga muchas de las nuevas ideas y tendencias de la cláusula de conciencia y a las cuales me he referido en los párrafos anteriores.

Todavía es reciente la tendencia a incluir la cláusula de conciencia en las Constituciones. Considero que en México ello no es necesario; su base constitucional es clara y amplia y se encuentra en el artículo 6o. de la ley fundamental con la adición de 1977: “el derecho a la información será garantizado por el Estado”.⁴⁹

Así, en este aspecto no se debe tocar la Constitución. Únicamente se justificaría incluir una referencia a la cláusula en la ley suprema si se creara una nueva, evento que no considero posible ni deseable en el corto plazo.⁵⁰

Contemplo en el futuro mexicano la existencia de una ley específica sobre la cláusula de conciencia tal y como acontece en España, o que sea incluida en una Ley de Comunicación Social. En cualquiera de esos casos, la cláusula habrá de ser completada por otra institución inexistente en nuestro país y que —más pronto o más tarde— también deberá ser una realidad por su imperiosa necesidad: el estatuto de redacción de cada empresa informativa.

49 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 359 y 360.

50 Carpizo, Jorge, “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, pp. 100-103.

LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y LA REGULACIÓN DEL SECRETO

Humberto QUIROGA LAVIÉ

SUMARIO: I. *El secreto profesional*. II. *Protección de la intimidad y objeción de conciencia*.

I. EL SECRETO PROFESIONAL

Se entiende por “secreto” aquello que “se tiene reservado y oculto cuidadosamente”. Sin embargo, el concepto de “secreto profesional” es más amplio porque incluye también, aquello que aun no siendo de conocimiento por parte de su titular, su revelación pueda causarle daño. La doctrina nacional y extranjera tiene especificado el concepto del secreto profesional como “todo aquello que se confie al profesional bajo la condición de su divulgación”. Se trata de una noción restringida de secreto profesional, que no cubre a todo lo conocido por un tercero (en el caso de los profesionales), con motivo del ejercicio de su profesión, aunque no haya sido confiado por el titular, y al margen de condición alguna puesta en relación con su divulgación.

Para que el secreto deje de serlo debe cumplirse con una condición inexcusable, aparte de que él sea dispensado por su titular, consistente en que la respectiva cuestión, materia del secreto, pase a estar en conocimiento de un número indeterminado de personas; ello quiere decir que se debe mantener el secreto aunque su titular no sea una persona individual, sino un conjunto de personas suficientemente determinadas: es la indeterminación de los poseedores del respectivo conocimiento lo que dispensa o levanta la obligación de guardar del secreto.

No cabe duda que la protección del secreto profesional se encuentra íntimamente vinculada con la protección del derecho a la intimidad. La razón de la tutela de este secreto es la confianza que debe sentir una per-

sona para comunicarse con los profesionales que pueden prestarles sus servicios. Los médicos, abogados, eclesiásticos o periodistas no pueden creer plenamente sus profesiones, sino sobre la base de comunicaciones íntimas de verdaderas confianzas necesarias.

En la legislación española la violación del secreto profesional, por parte de abogados o procuradores, está castigada penalmente. Lo mismo la revelación de secretos por parte de funcionarios (artículos 360, 367 y 368, CP). En Argentina están, también, tipificados como delitos la divulgación de secretos que pueda causar daños por parte de quien, teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, lo revelar sin justa causa (artículo 156, CP), así como la revelación por los funcionarios públicos de hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos (artículo 157, CP). Pero en España se incluye la eximición de declarar como testigos a los obligados a guardar el secreto profesional (artículo 1247), regla no contenida en nuestra legislación.

La jurisprudencia francesa ha resuelto que toda divulgación de secretos profesionales es contraria al orden público, porque desconoce una necesidad impuesta por el interés del honor, del reposo, de la seguridad de los individuos y de la familia, por la necesidad de la libre defensa. En Francia, revelar los secretos profesionales es delito, con independencia de que se cause daño.

La obligación de guardar el secreto profesional alcanza a las confianzas facilitadas por colegas, y existe aunque no medie compromiso explícito. Como dicha obligación viene impuesta por la ley (es de orden público) y no por convenio entre partes, los clientes no pueden liberar a los profesionales de respetarla.

La inviolabilidad de la correspondencia entre abogados y clientes lleva consigo implícita la prohibición de requisa judicial. “Los despachos de los abogados sólo pueden ser requisados si dichos profesionales estuvieron incurso en delitos”. No pueden hacer prueba en juicio las declaraciones hechas en violación del secreto profesional.

El secreto profesional de los abogados está resguardado en las partidas: Ley IX, título VI, partida III, y en el Fuero Real, Ley 3, título 9, libro 1. El de los escribanos está protegido en España (artículo 274 del Reglamento Notarial; artículos 18, 32 y 35 de la Ley Notarial de 1862; artículos 367 y 368, CP). En Francia la protección viene de su jurisprudencia: París, 7 de noviembre de 1895, Rep. Gen. Not. 8907; París, 24 de julio de 1896; Rep. Gen. Not. 9333; salvo frente a otros clientes con interés legiti-

mo a conocer el secreto. El secreto médico está amparado en España sólo con responsabilidad civil (artículo 1902, CC); en Francia por su jurisprudencia: París, del 6 de febrero de 1954; JCP, 1954, II, 8107 y Tribunal Civil del Sena, 6 de junio de 1956; JPIC, 1956; JPC, 1956, II, 9521, y también en el Código Penal. El secreto sacerdotal está protegido en la legislación canónica; en España en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 263) y en Francia la sentencia del Tribunal de Lyon del 15 de julio de 1926. Los investigadores privados —podría extenderse a los periodistas— encuentran protegido su secreto profesional en Orden del 17 de febrero de 1951 de España (disposición 8) y la jurisprudencia francesa: sentencia del Tribunal de Casación francés del 20 de octubre de 1908, D. 1909, 1, 46 y s., 1909, 1, 253.

La credibilidad que genera el periodismo se apoya, necesariamente, en la veracidad de sus dichos, y esa veracidad no puede fundamentarse en el ocultamiento de las fuentes donde se obtuvo la información. La revelación de las fuentes es una función de la credibilidad que merece y necesita la prensa, como formadora de la opinión pública. En este claro principio se ha apoyado desde tiempos remotos el prestigio del periodismo anglosajón: él siempre se ha esmerado en no ocultar detalles sobre el origen de la información divulgada.

Sin embargo, no proteger el secreto profesional, de algún modo, puede llevar a la desinformación, porque el periodista se autocensurará, por miedo a los riesgos que corre si divulga una información. Dos bienes en juego: la plena información vs. credibilidad periodística y control sobre las fuentes.

El secreto profesional no exime a los profesionales, particularmente a los abogados, de su obligación de no encubrir actividades delictivas. Un abogado puede manifestar “no se” pero no puede decir sí lo se, pero no lo puedo decir, porque estoy obligado a callarlo por razón del secreto profesional. Si se prueba que sabiendo, no lo dice, cae en encubrimiento o en falso testimonio, según las particularidades del caso. En España el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exime de declarar ante los tribunales a los profesionales sobre hechos presuntamente delictivos.

De todos modos habrá situaciones enojosas: ¿la situación de necesidad en que se encuentran los individuos comprometidos en un delito, de acudir a servicios médicos, letrados o sacerdotales, no se vería agravada por la amenaza, de quedar desatendidos, frente a la evidencia de que la información que brinden puede quedar a disposición de la justicia, como

prueba fehaciente, para condenarlos? En definitiva: el compromiso de guardar el secreto ¿obliga o no?, ¿es el secreto profesional un ámbito que el derecho protege para ampliar la protección de la intimidad, en función del artículo 19, CN?, ¿le cabe a la justicia la defensa del secreto profesional?

Manuel Fraga Iribarne da respuesta parcial al asunto, sosteniendo que si ha mediado un grave delito que ponga en peligro la seguridad del Estado —el terrorismo, por ejemplo— el secreto profesional no puede invocarse para eludir la responsabilidad de ocultar pruebas o informaciones de utilidad en las investigaciones. Es difícil distinguir a tenor de delitos graves o “beniales”. O prevalece el orden público sobre el derecho de los particulares, o no prevalece. Siempre que haya delito de acción pública se afecta el orden público: siempre las distinciones serán difíciles de justificar.

Es indiscutible que el secreto profesional configura una garantía de plena información en favor de la sociedad, pues sin tal secreto la desinformación se generaliza, nadie da información para que se sepa que él la dio. Si se cierran las fuentes habrá menos información en circulación: esto es obvio. Pero, y la necesidad social de defenderse de la actividad delictuosa: ¿qué interés público debe prevalecer: el de la plena información o el de la plena justicia? pensamos que debe prevalecer el postulado de plena información, porque a la justicia —como interés social supremo— habrá que llegarse por otros medios. Una sociedad plenamente informada será más fuerte para defenderse del delito. No es forzando a los periodistas como se logrará ganar en calidad y cantidad de información. A la postre, una sociedad con periodistas más informados garantizará una sociedad mejor informada, que una sociedad que constriña al periodista a confesar la fuente de información de la cual se valió. De no ser así la función de control que tiene la prensa se encontraría seriamente afectada.

Claro está que lo que venimos señalando no puede significar que le esté permitido al periodista divulgar información reservada por interesar a la defensa del país. Los secretos de Estado no pueden ser vulnerados, tampoco los secretos judiciales. No toda información puede circular libremente. El derecho al secreto profesional se convierte, en este caso, en la obligación del silencio. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española “exime de responsabilidad” a los que obran en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 8.11).

¿Corresponde hacer excepción con los delitos contra la seguridad del Estado, cuando un periodista oponga el secreto profesional como argumento para negarse a dar información? ¿Cuándo la seguridad del Estado

no quedará confundida con la “seguridad del gobierno”? ¿O no será invocada la primera cuando está en juego la segunda? Es preferible no hacer diferencias pues, una vez más, el remedio puede ser más dañoso que la enfermedad. Fracturar el secreto puede cegar el acceso a la información, patrimonio común de todos, y perjudicar seriamente la transparencia del sistema democrático, que, sin información no puede consolidarse.

El periodismo no puede convertirse en un cuerpo de “soplones de la justicia”, tampoco en funcionarios judiciales: la calificación dependerá de la valoración que merezca la situación en la cual se coloca a los trabajadores de prensa. También es cierto que el periodismo debe ser lo más transparente posible cuando se trate de precisar el origen de la información; en tal caso deberá precisar el ámbito del cual proviene —policía, vecindario, tal o cual oficina pública— pero no deberá individualizar al informante: tanto la intimidad de este último, como evitar que se cierren los canales de información, son los dos argumentos fuertes para dar apoyo a la tesis que defendemos.

Si la información es inequívocamente falsa, en tal caso el periodista puede quedar liberado del secreto profesional: nadie puede pretender quedar amparado en el anonimato si ha sido un falsario y ha llegado a calumniar, como consecuencia de ello. Lo que el periodismo debe cuidar es no cegar las fuentes veraces de la información. Quien miente a sabiendas, no debe tener premio.

El secreto profesional debe amparar, también, al ámbito interno de la empresa periodística. Esto significa que, en principio, quien es responsable por lo que se escribe es el director, en tanto que el redactor de la noticia queda bajo los beneficios del anonimato: una forma concreta de evitar la autocensura (el miedo) en el ejercicio de la prensa. En estos casos, como el editor responsable no es el autor material de la noticia, no podrá ser pasible de responsabilidad penal, todo quedaría limitado al *quantum* de la responsabilidad.

El secreto profesional a ultranza puede convertirse en un *Bill* de indemnidad respecto de acciones desviadas o informaciones deformadas en favor de intereses sectoriales o, incluso, para encubrir actividades delictivas. En esos casos extremos lo lógico es no hacer del secreto profesional un dogma. Resulta claro que el secreto profesional tiene dos caras: encomiable frente a la autoridad para preservar las fuentes de información y su fluido desenvolvimiento, negativo, cuando la prensa se engolfa en la pretensión de encierro, frente a las demandas de la sociedad de que se

divulgue una información retenida o que se corrija una información deformada. Silenciar las fuentes, valor no discutible por su inspiración, no puede justificar el cierre del flujo informativo por parte de los medios, invocando, sobre todo, una mal entendida libertad de prensa.

En definitiva, desde el estricto punto de vista penal, el deber de conciencia del informador público de no indicar las fuentes de donde proviene la información, se convierte en un factor discriminatorio del dolo específico requerido para que se configure un encubrimiento, un falso testimonio a una desobediencia basada en su negativa a colaborar con la justicia. También la obediencia debida entra a operar como eximente de responsabilidad. Temas todos para el debate de los especialistas; aquí sólo hacemos señalamientos.

II. PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Se entiende como “derecho a la objeción de conciencia” la salvaguarda que tiene todo individuo de no pasar por un estado de su conciencia frente al imperio de la ley o a los requerimientos de la autoridad, sea ésta pública o privada, a la hora de exigir su cumplimiento. Se trata de una nueva confrontación entre el orden público que determina el *imperium* de la legalidad y la intimidad que alberga en la conciencia de cada individuo, ámbito donde se despliega su identidad como persona. El tema ha revestido ribetes trascendentes cuando, por invocación de creencias religiosas y también filosóficas, los ciudadanos se han negado a prestar sus obligaciones cívicas más detonantes: caso del cumplimiento del servicio militar, de la honra que se debe a los símbolos patrios o de otras cargas públicas de carácter equivalente. También se aplica esta reserva al caso de la negativa de aceptar contra su voluntad la realización de determinados tratamientos médicos (operaciones o transfusiones de sangre), por ello viola sus principios religiosos o filosóficos, y a la negativa de los periodistas a tener que escribir las columnas que se les encomienden en sus periódicos, de acuerdo con la orientación que le impone la dirección del medio y no de acuerdo con sus propias convicciones.

En el derecho comparado la objeción de conciencia ha sido consagrada por la Ley Fundamental de Bonn, cuando sostiene que “nadie podrá ser obligado contra su conciencia a prestar el servicio militar con las ar-

mas” (artículo 4.3).¹ En España se prevé a la objeción de conciencia como posible causa de excepción al servicio militar (artículo 30.2). Portugal incorpora la institución en su artículo 275.3 y Chipre lo hace en el artículo 10.3. b. Pero, la mayoría de los Estados europeos, a falta de previsión constitucional, han regulado la protección de la objeción de conciencia por ley.

En el derecho latinoamericano “es ilegal y punitorio oponer la fe a la creencia religiosa, a la revolución... al deber de trabajar, a defender la patria, a reverenciar sus símbolos y los demás deberes constitucionales” (Cuba, artículo 54; Paraguay dispone, con otra redacción, una norma equivalente en su artículo 70). En Venezuela se dispone dicha prohibición del reconocimiento de la objeción de conciencia “para eludir el cumplimiento de la ley o impedir el ejercicio de los derechos” (artículo 65). Esta orientación negativa a la cláusula de conciencia ha sido revertida en Brasil, donde su última reforma constitucional de 1988 protege a la objeción de conciencia de las creencias religiosas, políticas o filosóficas (artículo 143.1), pero la invocación de este derecho no puede liberar del cumplimiento de las prestaciones alternativas que fije la ley (artículo 5o., VIII).

En Argentina, frente al silencio del texto histórico, la doctrina de la Corte ha sido oscilante en relación con el reconocimiento de la objeción de conciencia. En el caso Lopardo se negó a reconocer a la objeción de conciencia como un derecho implícito a la libertad de cultos consagrados en la Constitución, reconociendo la eximisión del servicio militar por dicha razón sólo a los ministros, novicios o religiosos de los cultos legalmente reconocidos, porque sólo a ellos les alcanza la excepción en los términos de la legislación vigente (leyes 17531 y 21745). Sostuvo el alto tribunal que no se puede interpretar que los derechos a la libertad religiosa y a la intimidad estén en pugna con el deber que impone el artículo 21, CN, de armarse en defensa de la patria, de conformidad con el objetivo de proveer a la defensa común enunciado en el preámbulo. La Corte agregó que no se debe olvidar que los derechos que emanan de cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras:² esto significa que la propia Constitución ejerce un poder de policía intranormativo, que tiene una fuerza de convicción mucho más constrictiva, dado

1 En Alemania se dictó, como consecuencia de su Constitución, la Ley del Servicio Civil de los Objetores de conciencia del 9 de agosto de 1973, modificada el 2 de marzo de 1974.

2 Fallos 1: 297; 277: 213; 279: 128; 281: 170; 296: 372.

que el control de razonabilidad de los deberes constitucionales no se hace a partir de un desnivel normativo, sino de normas de igual nivel.³

En el detonante caso Portillo, la Corte Suprema declaró, por primera vez en su historia como guardián de la Constitución, que “cabe reconocer, como principio, el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción pueda ser incumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y de conciencia”.⁴ Lo trascendente de este fallo está en que, no sólo dejó de lado los precedentes, ya recordados, donde no se admitían la objeción de conciencia invocada por parte de un testigo de Jehová con objeto de no cumplir el servicio militar activo sin que, en este caso, el ciudadano que interpuso “la objeción” era un católico apostólico romano, invocando, para justificar su derecho, el quinto mandamiento “no matarás”.

El argumento de base de la Corte para hacer lugar al pedido de Portillo de no prestar el servicio militar con armas, sino alguna variante de servicio civil, no fue que la libertad religiosa consagrada en el artículo 14, CN, desplaza a la obligación de armarse en defensa de la patria (artículo 21, CN), sino que la excepción resultaba propia, encontrándose acreditados cabalmente los motivos de la objeción, en razón de que si la Ley del Servicio Militar Obligatorio preveía otras excepciones al mismo (razones físicas, ser clérigo o encontrarse en una determinada situación familiar), es irrelevante que no hubiera previsto expresamente la motivación religiosa como causal de excepción, pues los derechos individuales deben ser hechos valer obligatoriamente por los jueces, aun sin mediar ley. De este modo la Corte vino a hacer extensivo el carácter operativo de los derechos constitucionales, a tenor de la jurisprudencia del caso Siri, en favor de un derecho no enumerado.

Insistimos: lo que ha hecho la Corte es declarar la operatividad del derecho constitucional de la libertad religiosa, con respecto a una excepción, a una obligación legal: creando la excepción por imperio de la propia norma constitucional, encontrando que ella se encuentra implícita en el texto de la ley fundamental. Sin embargo, el caso merece un análisis aun más profundo.

En primer lugar, nosotros creemos que lo que está detrás de la objeción de conciencia como causa de eximisión a la obligación legal de cum-

3 Véase el caso Lopardo, Corte *de facto* publicado en ED, 104: 737.

4 Véase el caso de los jueces Fayt, Petracchi y Bacque, LL, t. 1989-C, p. 401.

plir el servicio militar con armas, no es una cuestión de derecho, sino una cuestión de hecho: la imposibilidad psicológica de usar las armas por parte del objeto (equivalente a la imposibilidad física). El fallo en su punto 12 da fundamento a esta interpretación: “obligaciones legales que existen y no pueden hacerse cumplir... son, como diría Holrnes, fantasmas que se ven en el derecho, pero que resultan inasibles”. También en el punto 17 de la sentencia se sostiene que “...a la sola luz de la ley fundamental no asiste derecho, sobre la base indicada, para eximirse de dicho servicio de conscripción”. Por ello la Corte exige que la objeción se encuentre “acabadamente acreditada”. Es que poner la defensa de la patria a cargo de prestaciones de cumplimiento imposible o deficiente, no resulta adecuado a la trascendencia del fin que implica dicha defensa.

En consecuencia de lo expuesto, será, caso por caso, la única forma de poder decidir si la objeción cabe. No se puede establecer una regla general: “todos los católicos pueden invocar la objeción de conciencia”. En rigor, a Portillo se le exceptuó, no por haber invocado ser católico, sino porque creó, en la convicción de sus jueces, la certeza de que no podía cumplir prácticamente con la obligación legal.

En segundo lugar, también resulta claro que el “derecho a invocar la objeción de conciencia” no tiene carácter absoluto, porque lo dice expresamente la Corte en el punto 11 de su fallo “en el caso no existe peligro grave a los intereses del Estado, porque el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempo de paz... distinta sería la solución si el país se encontrara en guerra, pues en tal caso nadie dudaría del derecho de las autoridades a reclamarle a los ciudadanos la responsabilidad de defender a la República”. En este punto hay una contradicción en el fundamento de la Corte y un exceso en su competencia. Una contradicción porque, si es cierto que la objeción es operante por razones de hecho (la imposibilidad de prestar servicios), cómo es posible que se acepte que en caso de guerra dicha imposibilidad no sea válida para la eximición de la carga. También hay un exceso en la competencia porque sólo el poder político está en condiciones de establecer si la defensa de la patria puede hacerse de un modo u otro: no es el caso, *a priori*, de sostener que debemos esperar la inminencia de la guerra para disponer quiénes y cuántos deben ser los capacitados militarmente.

En resumen, el caso de los objetores de conciencia en relación con el servicio militar, es un tema vinculado con la irrazonabilidad de exigir dicha prestación a quien no se encuentra en condiciones de satisfacerla (a

un lado las fabulaciones) y con la correlativa razonabilidad de estipular prestaciones alternativas compatibles con la situación en que se encuentra el obligado. Cuestión de la ley, sin duda, pero que bien pueden suplir los jueces, frente a un típico supuesto de inconstitucionalidad por omisión del legislador.

Claro está que los otros supuestos en los que suelen encontrarse los objetores: no honrar los símbolos patrios; negarse a transfusiones de sangre; negarse un judío ortodoxo a cerrar un comercio el domingo, o no dejar que lo cierren el sábado;⁵ no otorgarle el beneficio de desempleo a los adventistas que se negaban a trabajar el sábado;⁶ negarse a enviar a los niños a colegios públicos después del octavo grado;⁷ pues, estos supuestos ya no implican, puramente, una cuestión de hecho, en cuanto a la viabilidad de cumplir con la prestación exigida, sino significan la denegación de un derecho (beneficio de desempleo), a no sufrir una sanción (por no honrar el himno) o cumplir prestaciones vinculadas con la rutina diaria (abrir los comercios o enviar a los niños al colegio). En estos casos ya no se trata de violentar la *psique* del objetor (el caso de las transfusiones de sangre lo analizamos aparte), sino de ubicarlo como favorecido o perjudicado frente al reparto de premios y castigos.

Dirimir la situación a partir de la prevalencia de la ley religiosa o del imperativo de cada conciencia individual, dejando de lado a la ley del Estado implica, a nuestro juicio, aceptar la existencia de dos ordenamientos jurídicos (el estatal y el religioso) dentro del Estado; rompiendo la unidad del sistema (y tratando desigualmente a los ciudadanos, sin razonabilidad suficiente) o fundar el sistema jurídico con el anárquico postulado según el cual la creencia y los valores de cada uno pueden desplazar el orden de valores creado por el grupo de pertenencia que, por otra parte, le asegura al pretensor los bienes y servicios básicos para su sobrevivencia (paz, orden, seguridad, solidaridad y justicia).

Por otra parte, se debe considerar que no sólo es lícito (para el Estado), sino también debido (para el objetor) que se establezca una compensación de cargas que le impida a él resultar beneficiado como consecuencia de su posición. Si no existe dicha compensación la objeción de conciencia podría ser utilizada para obtener ventajas personales (se produciría una clara violación

5 En Estados Unidos el Fallo Braunfeld vs. Brown, 366 US 1.

6 Cfr. Sherbert vs. Verner, 374 US 398.

7 Cfr. Wisconsin vs. Yoder, 406 US 205.

ante la ley); es por ello que la compensación debe corresponder lo más posible a la carga que pesa sobre los demás afectados, para que el objetor no logre alguna ventaja o resulte perjudicado (tampoco deben resultar perjudicados los demás ciudadanos que no invocan la objeción).

Desde este último punto de vista, el objetor no podrá sostener que la satisfacción de la compensación le puede producir también una coacción moral, dado que a él no le produce perjuicio alguno (Stein).⁸ Es por ello que el Tribunal Constitucional de Alemania Federal ha declarado que no es lícito rechazar (objetar) también el servicio civil sustitutivo.

De conformidad con la obligación de cumplir la carga compensatoria, será lícita la aplicación de sanciones por la negativa a satisfacer dicha carga. Pero dicha sanción no podrá tener carácter discriminatorio alguno en su perjuicio, y deberá ser aplicada con el carácter general de las sanciones penales administrativas aplicables a quienes incumplen cargas públicas equivalentes.

El derecho, por otra parte, no podrá descuidar la importancia que tienen las otras sanciones sociales a los objetores de conciencia. Ellos tendrán que afrontar, de un modo muy explícito, el aislamiento a que se verán sometidos por el grueso de la comunidad, como consecuencia de su negativa a cumplir las prestaciones que la propia comunidad ha impuesto en beneficio de todos. Por ello, deberá disponer de la más amplia difusión de quienes son los objetores de conciencia, para que asuman su responsabilidad social por haber preferido actuar de acuerdo con su conciencia individual, pero en confrontación a la conciencia de la sociedad objetivada en las prestaciones exigidas por el Estado.

En Francia la Ley 63-1255 del 21 de diciembre de 1963 ha establecido un Estatuto para los objetores de conciencia. Allí se crea una Comisión Jurisdiccional integrada por magistrados y personalidades, encargada de resolver las demandas y calificar su procedencia. Se ha resuelto por dicha Comisión que la objeción de conciencia procede siempre que no exista intencionalidad política en la pretensión —por ejemplo, denuncias sobre el autoritarismo— sino una auténtica y sincera actitud subjetiva y personal contra el uso de las armas; ello ha llevado a la Comisión a rechazar demandas incluidas en cartas reproducidas en mimeógrafo, de acuerdo con un modelo común.⁹ Sin embargo, hasta 1972 el Consejo de Estado

8 Cfr. Stein, E., *Derecho político*, Aguilar, p. 213.

9 Véase Coillard, *op. cit.*, p. 410.

se mostró exigente en la valoración de los motivos para eximir el servicio armado, a partir de 1973 tornó a aceptar las reclamaciones pacifistas formuladas en términos demasiado vagos y redactados en términos idénticos por una veintena de solicitantes.¹⁰

La Corte de Casación francesa ha resuelto que es punible todo acto dirigido a incitar a otro a reclamar el uso del Estatuto de los objetores de conciencia.¹¹

¿Pueden los cónyuges católicos sostener que la obligación de contraer matrimonio dispuesta por la ley civil ofende su libertad de conciencia, afirmando que el único matrimonio válido para ellos es el religioso? Tamaña pretensión fue desechada por la Corte en una decisión lógica, invocando no sólo la potestad de regular todo lo referente al matrimonio civil, sino reivindicando la obligación de tutela que a él le concierne respecto de la formación del matrimonio.¹²

No podemos coincidir con Germán Bidart Campos cuando sostiene que el sistema legal argentino es inconstitucional en razón de que el único connubio reconocido es el civil.¹³ Menos aún podemos coincidir a partir de su argumento de que ello es así, en relación con los matrimonios canónicos, debido a la obligación constitucional del Estado de sostener el culto católico. Bidart Campos sostiene que si la Constitución le da dicho reconocimiento preferencial al culto católico, ello implica otorgarle efectos jurídicos a las únicas nupcias que dicho culto reconoce. El equívoco de esta argumentación radica en suponer que los efectos del matrimonio canónico pueden ser efectos civiles o jurídicos dentro del Estado argentino, y no comprender que dichos efectos son sólo de carácter ético, para no incurrir en la violación al sexto mandamiento de la ley de Dios.

Es por ello que se ha producido la divulgada práctica de ambos matrimonios en nuestro medio, pues los contrayentes saben bien para qué vale la ley de Dios (para imponer un orden de conciencia recíproca entre los contrayentes, vinculada a la moral de la Iglesia) y para qué vale la ley civil (para hacerla valer ante los tribunales civiles y no ante los canónicos) porque no hay dos Estados en el ámbito donde se ejerce la soberanía nacional; no hay dos investiduras superpuestas con pretensión de validez

10 *Cfr.* Chambre Criminale, 27 de mayo de 1974; *Gaz Pal*, 23-27 de agosto de 1974.

11 *Cfr.* *Arret Jumel*, CE, del 14 de febrero de 1973, *rec.*, pp. 113-131; Corte Suprema, 12 de agosto de 1982.

12 Corte Suprema, 12 de agosto de 1982.

13 Véase Bidart Campos, Germán, en su nota en *ED*, 100, p. 471.

simultánea, sino dos órdenes autónomos de la conducta humana (el jurídico y el religioso), que no pueden ni interferirse ni superponerse. La preferencia que efectúa la Constitución respecto de la Iglesia católica tiene un carácter organizacional —sin que ello implique convertir a la Iglesia en la religión del Estado— de carácter presupuestario, como estímulo y reconocimiento del constituyente a una institución arraigada en el espíritu del pueblo argentino.

Bidart Campos sostiene que el régimen de matrimonio civil argentino se contradice porque, por un lado, declara que los matrimonios celebrados en el extranjero no tendrán valor si son contrarios a la religión del Estado¹⁴ —en este punto nosotros consideramos inconstitucional dicho artículo, porque la religión del Estado no está dispuesta en el derecho argentino— y por otro le niega validez al matrimonio canónico, el mismo que sirve para validar los matrimonios celebrados en el extranjero. Nos parece que se trata de cuestiones distintas —una cosa es definir la validez de los matrimonios celebrados en el país, imputando la misma a la exclusividad de la validez de la ley del Estado, y otra cosa es definir los alcances, en el país, de los matrimonios celebrados en el extranjero que, por no estar regulados por la ley nacional, además deben ser compatibles con el orden moral consagrado en la religión que se reconoce como prevaleciente en el país: para integrar el concepto de moral pública y de buenas costumbres, con el perfil que le prodiga la religión prevaleciente. Cuestión discutible de *lege ferenda*— pero, no contradictorias.

El argumento fuerte de Bidart Campos lo expone cuando se pronuncia a favor del pluralismo matrimonial religioso, por inscripción en el Registro Civil del acta nupcial emanada del culto ante el cual se casaron los contrayentes. En este caso lo que estamos haciendo es la función notarial en la administración de los cultos privados; ello parece razonable en orden a la conveniencia de aligerar el funcionamiento administrativo del Estado. Si los cultos no cumplen con responsabilidad esta función, los daños de la omisión serán sufridos, injustamente, por los contrayentes. No olvidar que la competencia nupcial habría que otorgársela a todos los cultos y no sólo a la Iglesia, para evitar un tratamiento desigualitario.

Lo que llevamos dicho no significa que sea pertinente o constitucional negarle los beneficios provisionales a quien sólo ha contraído matrimonio religioso. La prestación alimentaria debe tener reconocimiento aun

14 Así lo dispone el artículo 14 de la Ley 2393.

frente a las uniones de hecho, cuanto más en el caso de las uniones religiosas, debido a que el deber de subsistencia (derecho a la vida, a la salud) son prevalentes (en ellas debe prevalecer la verdad material a la formal), frente a las cuestiones vinculadas a intereses patrimoniales o al estado civil de las personas, donde el orden formal constituye la esencia misma de la seguridad jurídica.

La Corte Suprema ha entendido que la religión de la madre (testigo de Jehová), cuestión propia de su decisión personal de conciencia (intimidad), aun habiéndose exteriorizado con efectualidad sobre sus hijos (determinó la expulsión de ellos del Colegio), no parece haber influido en la instrucción de los mismos. El Tribunal entendió, que la intimidad ajena al control de los magistrados es aquella que no tiene exteriorización relevante que afecte al orden público¹⁵ que otra apreciación importaría adelantarse a comportamientos eventuales o futuros.¹⁶ A partir de estas consideraciones la Corte dispuso no retirarle a la madre la tenencia de sus hijos, según era la pretensión del padre. La decisión puede resultar razonable a partir de la conveniencia de que los menores permanezcan con su madre por razones de mejor ambientación psicofamiliar; sin embargo, sostener que la exteriorización de la religión de la madre resulta inocua con relación a la instrucción de los hijos, es algo difícilmente aceptable. En los hechos la Corte le ha reconocido a la madre el derecho a determinar la religión a la cual debían ser introducidos los hijos (frente a la oposición del padre) y no es cierto que ello resultaría inocuo para la instrucción de los menores.

Lo importante de este fallo es que reconoce que la religión de la madre —aun no siendo la prevaleciente en el medio social— no es óbice para que los hijos continúen con ella, cuando las razones de ambientación psicofamiliares lo hacen aconsejable. La Corte —aun sin decirlo en forma expresa— se ha pronunciado positivamente sobre tan delicada cuestión. En el caso no ha habido un problema de intimidad, sino de comportamientos exteriorizados que no afectan la moral ni el orden público: una forma indirecta de constitucionalizar el desenvolvimiento en nuestro medio de la secta religiosa testigos de Jehová.

El cristianismo siempre ha sostenido su negativa a aceptar que los gobiernos se encuentran facultados para forzar a sus súbditos a actuar contra

15 Fallos 302: 604 y sentencia de la Corte del 3 de noviembre de 1983.

16 Caso SRE del 3 de noviembre de 1983.

su conciencia. Esa clara posición cristiana fue la causa para que los emperadores romanos persiguieran a los cristianos. Lo cierto es que el martirio a que se les sometió, lejos de extinguir al cristianismo lo fortaleció y aseguró su consolidación y continuidad con la historia. Este pensamiento de Toynbee¹⁷ otorga sustento a la defensa que, desde el liberalismo católico, se hace de la objeción de conciencia como derecho merecedor de reconocimiento constitucional.

No sólo razones religiosas o filosóficas otorgan sustento a la objeción de conciencia. También hay razones de índole profesional —particularmente en el caso de los periodistas—, circunstancia que ha determinado la reivindicación de aquello que en el ámbito de la prensa se conoce como “cláusula de conciencia”. Esta cláusula significa el derecho del periodista de negarse a escribir con una determinada orientación, contraria a sus convicciones personales, por así ordenarlo la dirección del medio de prensa, sobre todo si ha cambiado la orientación que tenía cuando él ingresó.

En Francia el periodista tiene derecho a ser indemnizado cuando media una situación de afectación a sus principios de conciencia, que lo lleven a la necesidad de rescindir su contrato de trabajo: para ello tiene que haber flagrante violación de sus intereses morales (artículo 29.e. del Código del Trabajo francés). Lo que se exige en ese país es el cambio de orientación del periódico, pero, ¿la cláusula de conciencia no puede ser invocada frente a una contradicción aislada entre los principios de la dirección y el periodista? Y en ambos casos ¿no se puede presentar la misma situación entre los funcionarios públicos frente a las autoridades políticas de turno, de forma tal que aquellos pudieran negarse a contrariar sus convicciones frente a las exigencias de la autoridad? ¿Y no se pueden presentar casos análogos con motivo al ejercicio de la libertad de cátedra, o con un simple operario pacifista que se encuentra haciendo tanques en lo que fue su ex fábrica de automóviles?

Los casos pueden multiplicarse y, también, darse en sentido inverso: quienes cambian no son la empresa ni las autoridades, sino los periodistas o las otras personas en relación de dependencia ¿será ello o no causal de despido justificado, para proceder de tal forma sin indemnización? No lo creemos: deberá haber indemnización, porque el riesgo de que se cambie de manera de pensar lo debe asumir la empresa. Ello en especial en la pren-

17 Cfr. Toynbee, *A Study of History*, vol. VI, p. 202.

sa, porque ésta incita en su función la libertad de pensamiento. En los demás casos deben operar las reglas usuales en la indemnización por despido.

En la declaración sobre medios de comunicación de masas y los derechos del hombre del Consejo de Europa, de 1970, se dispone que “la organización interna de los medios de comunicación debe garantizar la libertad de expresión de los redactores cuya independencia editorial debe ser preservada” (artículo 6o.). El mismo principio se encuentra contenido en el Código Latinoamericano de Ética Periodística (Caracas, 1979). La ley austríaca del 12 de junio de 1981, llamada de “defensa de opinión”, reconoce el derecho de los informadores a rechazar y prestar su colaboración a la redacción de informes contrarios a sus convicciones “deontológicas”.

Si la información pertenece a los lectores de un periódico, el cambio en la orientación los afecta, entonces, siendo los periodistas intermediarios entre la información y sus destinatarios, pueden, agrupadamente, negarse al cambio de orientación dispuesta por la nueva conducción de la empresa. Dejemos de lado la gran dificultad probatoria para poder determinar, en un juicio, cuando se ha producido un cambio sustancial en la orientación del periódico, que afecta las convicciones de los lectores. Aun así, estaríamos afirmando el principio del gobierno del diario por los periodistas y no por el propietario o por la dirección por él designada. Si esto pasara a convertirse en ley, seguramente los capitales no fluirían fácilmente hacia la actividad periodística: una tensión permanente entre dirección y cuerpo periodístico llevaría a cooperativizar el sistema.

Si así no son las cosas, y, sin embargo, se consagrara el postulado de conciencia en la actividad periodística, una oposición “gremial” al cambio de conducción obligaría a los nuevos propietarios a indemnizar masivamente a todo el personal, situación que incidiría, ciertamente, en la vida económica de la empresa periodística. Pensamos, por otra parte, que no resulta desatinado sostener que una forma equitativa de reivindicar la “cláusula de conciencia”, sea como “doble cláusula de conciencia” o como “cláusula de conciencia a la inversa”, de modo tal que no sólo el periodista tenga derecho a no ser compulsado a orientar sus notas en forma contradictoria con la orientación tradicional del medio, sino que tampoco la empresa se encuentre constreñida a mantener a un personal en su plantel que ha cambiado de manera de pensar y expresa sus pensamientos en forma contradictoria con la línea de pensamiento que lo llevó a ser incorporado como colaborador de aquella. En ambos casos, sólo la justi-

cia puede resolver esta ardua cuestión de recíprocas pretensiones. En caso alguno se puede mal invocar la cláusula de conciencia para negarse a cubrir una nota, por el simple hecho de que el tema no guste (salvo que implicare un cambio de sección dentro del medio, en violación al estatuto profesional, al contrato de incorporación o a la práctica utilizada).

En España se ha sostenido por un sector de la doctrina que la cláusula de conciencia es sólo un derecho de los periodistas, en caso alguno de la empresa. Para ésta sólo cabría el reconocimiento de “derecho de edición”, el cual cubriría todo lo referente al ejercicio pleno de la libertad de prensa, en cabeza de la empresa.¹⁸

La cláusula de conciencia para la prensa tiene regulación legal en Austria desde 1910, en Francia desde hace 55 años (el famoso informe Brachard de 1935 dio lugar al Estatuto del Periodista), en Italia desde tiempos más recientes. En España sólo en la Constitución hay un reconocimiento positivo no recogido aún en la ley. En Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania Federal y Holanda no existe legislación en la materia.¹⁹

Está claro que no podemos llegar a extremos cuando se trata de la cláusula de conciencia. Un periodista no puede invocarla a su favor cuando su comportamiento no se encuentra involucrado, sino la línea editorial de la empresa; esto es, si cambian las editoriales y al periodista no se le lleva a pronunciarse por el cambio (en tal caso otros periodistas son los que acuden a la nueva línea). Salvo que ello sea materia de contrato o de regla estatutaria —como ocurre con el Estatuto periodístico del diario *El País*, de Madrid— nos parece que esta circunstancia no puede considerarse cubierta por la cláusula de conciencia. Sin embargo, todos estos razonamientos: ¿o pasan de ser meras especulaciones teóricas, a la hora de hacerlos realidad? porque: ¿están en condiciones los periodistas de encontrar nuevo trabajo, luego de haber hecho un planteo de conciencia en un medio? Ellos habrán logrado indemnización, como reparación en aras a su independencia de pensamiento, pero ¿el mercado laboral se mantendrá abierto para el periodismo independiente, sobre todo en un medio social con tanta tradición autoritaria como la que existe en Argentina?

Toda publicación periodística o todo medio de prensa posee una orientación establecida desde su fundación, por los responsables de la empresa periodística propietaria, y todo aquel que se vincule a ella asu-

18 Cfr. Desantes, Nieto y Urabayen, *La cláusula de conciencia*, Pamplona, EUNSA, 1978, p. 260.

19 Luca de Tena, Guillermo, *AEDE*, Madrid.

me, de una u otra manera, un compromiso que debe ser respetado. En ello radica la cláusula de conciencia: la obligación de respetar —por ambas partes de la relación periodística— el contrato de incorporación; su no cumplimiento implica responsabilidades recíprocas.

Un problema real se presentará toda vez que la definición ideológica del medio se pronuncie a favor de la independencia en el tratamiento de los temas públicos que aborde y, más aún, si se hace expresa declaración de pluralismo interno, reservándose solamente las columnas editoriales como tribuna orientada y definida, y haciendo expresa profesión de respeto al contenido de las notas individuales firmadas por cada columnista. En estos casos, difícilmente se puede invocar la cláusula de conciencia por parte de los periodistas, cuando se vean discriminados y no respetados por razón de su orientación de pensamiento, en abierta violación al compromiso editorial.

Algunos consideran que los derechos emanados de la cláusula de conciencia alcanzan, no sólo a los periodistas que encuentran en la concreta situación de tener que escribir notas que contradigan sus propias convicciones, sino a todo el personal que trabaje en la empresa: escriban o no. Esto implica definir el alcance que se le debe asignar a la función periodística. Quien hace la limpieza en un diario no es un periodista; quien trabaja de mensajero, tampoco. Habrá zonas grises: los fotógrafos plantearán casos de dudas, sobre todo si ellos fueron contratados para tomar notas gráficas indiscriminadas y no sólo aquellas que coincidan con el tenor o gusto del profesional.

Pensamos que estas materias deben ser reguladas de forma explícita en los respectivos estatutos de trabajo; a falta de regulación los jueces no podrán forzar la interpretación sobre lo que debe entenderse como “plafón de conciencia”; por lo general siempre es importante publicar las notas gráficas; quizá, la violación a la “cláusula” se producirá cuando la empresa “no quiera publicar una determinada foto” (discriminación inversa), pero, en estos casos se estaría afectando, no cabe duda, la libertad de prensa de la dirección del diario y la responsabilidad de conducción que le compete, difícilmente desmentida en los estatutos de funcionamiento de cada periódico.

¿También los accionistas de la empresa periodística podrían reclamar reparación pecuniaria, por invocación a la cláusula de conciencia? Para nosotros esta cuestión se debe resolver dentro de los parámetros comunes al desenvolvimiento del derecho comercial. El riesgo por la marcha de la

empresa lo deben correr todos los accionistas. Si algunos de ellos no han podido incidir en la conducción, a la hora de la elección de los órganos directivos, es, simplemente, porque no poseían un capital mayoritario. No puede haber quejas e invocación de derechos en un supuesto de tal naturaleza.

La cláusula de conciencia es un contrapeso del pleno derecho que tiene el editor de intervenir en el diseño final de la publicación. El *news editing* es la facultad de la dirección del medio de “manipular lingüísticamente” los textos para que puedan ser difundidos.²⁰ Frente al pleno derecho del editor, en los términos señalados, el periodista puede contraponer su derecho a no violentar sus propias convicciones a la hora de redactar, pero, que quede claro: la cláusula de conciencia no puede llevar a que el periodista se niegue a que la dirección le modifique su texto —salvo que él lo firme—, pues su función es acercar libremente el material que él considera oportuno. De lo contrario, sería el periodista el verdadero director de la publicación.

La cláusula de conciencia opera como derecho a resolver la relación laboral, pero no a imponer sus propios criterios sobre la dirección del periódico. Esto salvo el caso de convenios explícitamente formulados en sentido contrario, esto es, a favor del más amplio pluralismo editorial (asignación de espacios con plena libertad de publicación), pero, en tal caso, lo publicado debe ser firmado por quien lo escribió.

El secreto de las fuentes de información periodística.

La prensa de nuestro país encuentra notablemente fortificado el ejercicio de su libertad de expresión, mejorando, no cabe duda, la amplia protección de la Constitución histórica. Se trata de impedir, a partir de la nueva prescripción constitucional, la virtual autocensura de todos aquellos que tuvieren informaciones útiles a la función informativa e investigativa que debe cumplir la prensa, por temor a encontrarse incluidos en algún tipo de responsabilidad, penal o civil, o de ser objeto de represalias como consecuencia de haber facilitado los datos que luego la prensa hace públicos. Es verdad, entonces, que sin una cláusula garantizadora del secreto de las fuentes de información periodística, el ejercicio de la libertad de prensa puede convertirse, de hecho, en ilusorio.

Como puede apreciarse, hacemos una interpretación amplia de la tutela de las fuentes de información periodística: no sólo en relación con la

20 Cfr. Martínez Albertos, José Luis, publicación de *AEDE*, p. 92.

no procedencia del *habeas data* para tener acceso a las mismas, sino también, interpretando que hay una virtual causa de justificación penal constitucional, que libera de responsabilidad al periodista por el delito de encubrimiento. Si no se efectúa esta interpretación, el objetivo de la tutela no cumplirá el objeto para el cual fue incluido en la Constitución.

Sin embargo, la causa de justificación penal no puede alcanzar a la difamación, pues el periodista no puede prevalerse de su condición de tal para acusar falsamente a alguien de haber cometido un delito (calumnia): en este caso, si el periodista quiere salvar su responsabilidad no tendrá más remedio que dar a conocer la fuente que hace responsable a quien se siente difamado, para salvar su propia responsabilidad sobre lo dicho.

Resulta interesante recordar la jurisprudencia del caso *Branzburg*, en los Estados Unidos, donde el tribunal sostuvo que la confidencialidad sólo alcanza a lo recibido como información, pero no a lo observado personalmente en la tarea periodística (conforme marihuana; en el mismo sentido, Corte de Massachussets, en un caso del grupo terrorista Las Panteras Negras).

Para finalizar, el análisis de este último punto referido al secreto de las fuentes de información periodística, debemos señalar que nosotros consideramos que una regulación constitucional de esa naturaleza, no extensiva a las otras actividades profesionales, implica una real y efectiva violación al postulado de igualdad de trato por parte de la regulación constitucional. En efecto, no sólo las fuentes periodísticas merecen dicha protección, sino todos los profesionales implicados por el secreto: médicos, sacerdotes, abogados, etcétera, que obligados a recibir informes reservados o secretos, deberían, del mismo modo que los periodistas, encontrarse amparados por una protección constitucional equivalente. Sin embargo, no consideramos que el alcance de una tutela del secreto profesional de todos los profesionales hubiera debido tener el alcance amplio que le damos a la tutela de los periodistas; no pensamos que los restantes profesionales hubieran podido eximirse de su responsabilidad penal invocando el secreto, sino solamente la improcedencia del *habeas data*.