

E. Derecho a la libertad de expresión

1. Derecho internacional de los derechos humanos

264. El derecho a la libertad de expresión está establecido en términos amplios en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹ y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.² Estos instrumentos establecen lo siguiente con respecto a la libertad de expresión:

Declaración Americana

Artículo IV. Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Convención Americana, artículo 13

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

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

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

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

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

¹ Declaración Americana, nota 63 *supra*.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*.

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

265. A efectos de asistir a la Comisión en la interpretación de esos dos artículos, la Oficina del Relator Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión elaboró una Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.³ La Declaración, aprobada por la Comisión en el curso del 108° Período de Sesiones en octubre de 2000, consiste en un conjunto de trece principios que detallan los requisitos de la libertad de expresión de acuerdo con el derecho y la jurisprudencia internacionales. Entre las disposiciones cruciales de la Declaración de Principios están incluidas las siguientes:

[...]

2. Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

4. El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

³ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en DOCUMENTOS BÁSICOS nota 13, pág. 189.

[...]

8. Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.

9. El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

266. El derecho a la libertad de expresión también está protegido por otros diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁴ el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.⁶ Una comparación del artículo 13 de la Convención Americana con cada una de las disposiciones indicadas demuestra el “el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión”⁷ y que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”.⁸

267. El respeto y la protección de la libertad de expresión es un factor fundamental del fortalecimiento de la democracia y de la garantía de los derechos humanos al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada. La fragilidad de las instituciones del Estado, la corrupción oficial y otros problemas con frecuencia impiden que las violaciones de los derechos humanos salgan a la luz y sean castigadas. En países afectados por estos problemas, el ejercicio de la libertad de expresión se ha transformado en uno de los medios principales a través de los cuales actos ilegales o abusivos que antes pasaban desapercibidos o ignorados por las autoridades o perpetrados por ellas, ahora se denuncian. Como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, nota 65 *supra*.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*.

⁶ Convención Europea sobre Derechos Humanos, nota 137 *supra*. Aunque los Estados miembros de la OEA no son parte de este instrumento, es especialmente útil incluirlo para efectos de comparación en el área de la libertad de expresión. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 10, es también útil para informar la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana en esferas que aún no han sido abordadas o elaboradas totalmente en el sistema interamericano. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta el más alto valor que se asigna a la libertad de expresión en el sistema interamericano.

⁷ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50.

⁸ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50.

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.⁹

268. La Corte Interamericana ha subrayado que existen dos aspectos del derecho a la libertad de expresión: el derecho a la libertad de pensamiento y de ideas, y el derecho a recibirlas. Por lo tanto, la restricción de este derecho por una interferencia arbitraria afecta no sólo el derecho de los individuos a expresar la información y las ideas, sino también el derecho de la comunidad en su conjunto a recibir todo tipo de información y de opiniones.¹⁰

269. La Corte Interamericana, citando una decisión de la Corte Europea, ha declarado que la protección de la libertad de expresión debe abarcar no sólo la información o las ideas favorables, sino también las que “chocan, inquietan u ofenden”, porque “[t]ales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’”.¹¹ La sofocación de las ideas y opiniones impopulares o críticas restringe un debate que es esencial para el funcionamiento efectivo de las instituciones democráticas.

270. El ejercicio de la libertad de expresión e información sin discriminación por parte de todos los sectores de la sociedad permite que sectores históricamente marginados mejoren sus condiciones. El derecho a la libertad de expresión también “es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio[.]”¹²

271. Como se indica en el capítulo introductorio sobre los derechos humanos en el presente informe, la libertad de expresión no está incluida en la lista de derechos que no son derogables en los estados de emergencia en el artículo 27 de la Convención Americana. Sin embargo, toda restricción a la libertad de expresión en el contexto de una situación de emergencia debe conformarse con los requisitos de proporcionalidad, alcance y no discriminación establecidos en el artículo 27.¹³ Al imponer esas restricciones al derecho a la

⁹ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 70.

¹⁰ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párrs. 30-32.

¹¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Handyside c. El Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Serie A Nº 24, párr. 49. Véase también Corte IDH, *Caso Olmedo Bustos y otros (“La última tentación de Cristo”)*, Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C. Nº 73, párr. 69. CIDH, Informe Annual 1994, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 rev. (1995), 204-205.

¹² Declaración de los Principios de la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, preámbulo.

¹³ Para un examen de Derogación bajo los Instrumentos de Derechos Humanos Interamericanos véase Sección II(B), párrs. 49-52.

libertad de expresión, los Estados también deben tener en cuenta la importancia de la libertad de expresión para garantizar otros derechos humanos fundamentales.

a. Censura previa

272. El artículo 13 de la Convención Americana expresamente prohíbe la censura previa excepto para la regulación del acceso a espectáculos públicos para la protección moral de niños y adolescentes.¹⁴ La Corte Interamericana ha indicado que la censura previa constituye una violación extrema del derecho a la libertad de expresión porque “por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias... En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática.”¹⁵ Sin embargo, como se indica en la sección sobre la libertad de expresión y el terrorismo, *infra*, podrían surgir en una situación de emergencia válidamente declarada algunas situaciones en que la seguridad nacional o el orden público permitirían una censura limitada.

273. No obstante la excepción explícita respecto de la protección de menores, las medidas destinadas a impedir la divulgación de expresiones violan la Convención Americana.¹⁶ Según afirmó la Comisión,

La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párrafo 4 del artículo 13, es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.¹⁷

b. Responsabilidad ulterior

¹⁴ Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(4).

¹⁵ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 54.

¹⁶ Caso Olmedo Bustos y otros, nota 649 *supra*, párr. 70.

¹⁷ Caso 11.230, Informe N° 11/96, Francisco Martorell (Chile), Informe Anual de la CIDH 1996 (en relación con la prohibición de la entrada en circulación y distribución de un libro que presuntamente era difamatorio), párr. 56.

274. El artículo 13(2) de la Convención Americana, si bien prohíbe explícitamente la censura previa,¹⁸ permite la aplicación de sanciones ulteriores en circunstancias limitadas. Esas sanciones “deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”¹⁹

275. El requisito de que la pena posterior esté “expresamente establecida por ley”, también incluido en el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, ha sido interpretado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el sentido de que significa que la base para la responsabilidad ulterior debe estar “formulada con precisión suficiente para permitir que el ciudadano regule su comportamiento: el ciudadano debe estar en condiciones -de ser necesario, con el asesoramiento pertinente- de prever, en un grado razonable en las circunstancias, las consecuencias que una determinada acción puede comportar”.²⁰ Esto no significa que la pena posterior deba estar expresamente establecida en legislación aprobada por el parlamento; puede estar contenida en el derecho consuetudinario, en reglamentos administrativos o fuentes similares. Sin embargo, debe ser razonablemente precisa y accesible para el público.²¹

276. Dos de las posibles justificaciones para la responsabilidad posterior por expresiones emitidas son relevantes en el contexto de la lucha contra el terrorismo: el orden público y la seguridad nacional. El “orden público” como ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal

¹⁸ Con la excepción establecida en el artículo 13(4) de la Convención Americana. Véase la sección anterior sobre censura previa.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

²⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido*, Sentencia del 26 de abril de 1979, Ser. A N° 30, párr. 49.

²¹ Véase por ejemplo *Ibid*, párr. 49-53 (determinando que el principio formulado en el derecho común, pero no aplicado con anterioridad en otro caso con hechos similares, era razonablemente previsible). Véase también Corte Europea de Derechos Humanos, *Rekviényi c. Hungría*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-III, pg. 423, párr. 34. (indicando que el nivel de precisión requerido depende del contenido del instrumento en cuestión, su materia, y el número y status aquellos a quienes está dirigido, y decidiendo que una disposición constitucional que contiene términos vagos era lo suficientemente precisa al ser leída conjuntamente con legislación y reglamentos administrativos complementarios); Corte Europea de Derechos Humanos, *Hashman and Harrop c. Reino Unido*, Sentencia del 25 de noviembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999-VIII, pg. 1, párr. 29-43 (decidiendo que la interferencia a la libertad de expresión no era compatible con el artículo 10 de la Convención Europea porque la definición de la ofensa era demasiado vaga y por lo tanto no estaba adecuadamente “prescrita por la ley”).

de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.”²² La Corte también ha declarado que:

[E]l mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.²³

277. La responsabilidad ulterior puede estar basada en la “seguridad nacional” si “su propósito genuino y efecto demostrable es proteger la existencia del país contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su integridad territorial contra el uso o la amenaza de la fuerza, proteger su capacidad de reaccionar al uso o la amenaza de la fuerza, o proteger la seguridad personal de los funcionarios gubernamentales principales”.²⁴ La aplicación de los conceptos de orden público y seguridad nacional en la práctica serán examinadas más profundamente en la sección sobre el derecho a la libertad de expresión y el terrorismo.

278. Con respecto al requisito de “necesidad”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que ello significa que la pena ulterior es más que “útil”, “razonable” u “oportuna”.²⁵ Más bien, el gobierno debe demostrar que esa pena debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el interés que impulsa al gobierno.²⁶ Las penas “deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13”.²⁷ Además, las disposiciones deben estar encuadradas de tal modo que “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

²² Opinión Consultiva, nota 152 *supra*, párr. 64. Véase, asimismo, Sección II (B), *supra*, párr. 55 (análisis del contraste entre el concepto de orden público con el concepto de “*ordre public*” del derecho civil).

²³ Opinión Consultiva, nota 152 *supra*, párr. 69.

²⁴ *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information* (November 1996), disponibles en <http://www.article19.org/docimages/511.htm>, visitado 11 de agosto de 2002 [en adelante Principios de Johannesburgo], *Principle 2(a)*. Para una discusión sobre la naturaleza jurídica de los Principios de Johannesburgo, see *infra* note 687. Ver, también Kate Martin y Andrzej Rzeplinski, *Principles of Oversight and Accountability, IN THE PUBLIC INTEREST: SECURITY SERVICES IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, PROJECT OF THE HELSINKI FOUNDATION FOR HUMAN RIGHTS*, Varsovia, Polonia, en cooperación con el Center for National Security Studies, Washington, D.C., 6 de enero de 1998.

²⁵ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

²⁶ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

²⁷ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.²⁸ Esta es un estándar sumamente alto y toda disposición que imponga la responsabilidad subsiguiente por el ejercicio de la libertad de expresión debe ser detenidamente examinada, utilizando esta prueba de proporcionalidad a fin de evitar limitaciones indebidas de este derecho fundamental.

c. Confidencialidad de las fuentes

279. La libertad de expresión es entendida en el sentido de abarcar el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes. Es derecho del comunicador social no revelar información o documentación que ha sido recibida en confianza o en el curso de una investigación. El fundamento principal en que se sustenta el derecho a la confidencialidad es que, en el ámbito de su trabajo, para suministrar al público información necesaria a efectos de satisfacer el derecho de informar, el periodista está cumpliendo un importante servicio público cuando recaba y divulga información que no sería conocida si no se protege la confidencialidad de las fuentes. La confidencialidad profesional tiene que ver con el otorgamiento de garantías legales para asegurar el anonimato y evitar posibles represalias que puedan resultar de la divulgación de cierta información. La confidencialidad, por lo tanto, es un elemento esencial de la labor del periodista y del papel que la sociedad ha conferido a los periodistas de informar sobre cuestiones de interés público.²⁹ La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la importancia de la protección de las fuentes periodísticas, como “una de las condiciones básicas de la libertad de prensa[.]”.³⁰ La Corte Europea declaró:

Sin esa protección, las fuentes pueden ser disuadidas de asistir a la prensa en la información al público en cuestiones de interés público. En consecuencia, el papel vital de vigilancia pública de la prensa podría verse socavado y podría verse adversamente afectada la capacidad de ésta para brindar información precisa y confiable. Teniendo en cuenta la importancia de la protección de la fuente para la libertad de prensa en una sociedad democrática y el posible efecto paralizante que podría ejercer para esa libertad una orden de divulgación de las fuentes, dicha medida no puede ser compatible con el artículo 10 de la Convención a menos que esté justificada por un interés público superior.³¹

²⁸ Opinión Consultiva, OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 46.

²⁹ IACHR, Informe Anual 2000, vol. III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, [en adelante Informe del Relator Especial 2000] OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 20 rev., p. 24. See also Felipe Fierro Alvédez, *El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones (The law and freedom of expression in Mexico, debates and reflections)*, REVISTA LATINA DE COMUNICACIÓN SOCIAL, Dec. 2000, available at <http://www.ull.es/publicaciones/latina/04fierro.htm>.

³⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Goodwin c. Reino Unido, Sentencia del 27 de marzo de 1996, Reports of Judgments and Decisions, Nº 7, 1966-II, p.483, párr. 39.

³¹ Goodwin c. Reino Unido, nota 668 *supra*, párr.39.

280. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también indicó que la protección de las fuentes es una parte de la garantía general de la libertad de prensa, cuando aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.³² Es preciso subrayar que este derecho no constituye un deber, pues el comunicador social no tiene la obligación de proteger la confidencialidad de las fuentes de información excepto por razones de conducta y ética profesionales.³³

d. Acceso a la información

281. Como se indicó antes, el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a divulgar y el derecho a procurar y recibir ideas e información. Sobre la base de este principio, el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos y los Estados tienen la obligación de garantizarlo.³⁴ En términos del objetivo específico de este derecho, se entiende que las personas tienen derecho a solicitar documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado, en otras palabras, información que se considera es de fuente pública o de documentación gubernamental oficial.

282. “Garantizar la libertad de expresión sin incluir la libertad de información sería un ejercicio formal que negaría la expresión efectiva en la práctica y un objetivo clave que la libertad de expresión procura servir.”³⁵ El derecho a la libertad de información está estrechamente relacionado con el principio de transparencia en la administración y el carácter público de las actividades del Estado. En una democracia el Estado es un vehículo para garantizar el bien común, derivando sus poderes del consentimiento de los gobernados. En este contexto, el propietario de la información es el individuo

³² Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 8.

³³ Véase Informe del Relator Especial 2000, nota 667 *supra*, 24.

³⁴ Véase la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 4; Véase también informe del Relator Especial encargado de la cuestión de la protección y la promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión Sr. Abid Hussain, Comisión de Derechos Humanos 55º período de sesiones, ONU Doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999. El Relator Especial de la ONU sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión declaró que el derecho a procurar y recibir información “cual impone a los Estados la obligación positiva de asegurar el acceso a la información, en particular respecto de la información mantenida por el Gobierno en todo tipo de sistemas de almacenamiento y recuperación, incluidos filmes, microfichas, capacidades electrónicas, vídeo y fotografías, a reserva solamente de las restricciones mencionadas en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.” *Idem*, párr. 12.

³⁵ Toby Mendel, *Freedom of Information as an Internationally Protected Right* (2000), disponible en <http://www.article19.org/docimages/627.htm>.

que ha delegado la gestión de la cosa pública a sus representantes. El principio de transparencia requiere un enfoque orientado al servicio en la administración, suministrando toda información que haya sido previa, debida y explícitamente solicitada, a menos que esté temporariamente exceptuada del ejercicio de ese derecho.³⁶

283. Sin la información a que toda persona tiene derecho, es obviamente imposible ejercer la libertad de expresión como vehículo efectivo de la participación cívica o la supervisión democrática de la gestión de gobierno. La falta de una supervisión efectiva “da lugar a un comportamiento que va contra la esencia del Estado democrático y abre la puerta a perversiones y abusos inaceptables”.³⁷

284. Como componente fundamental del derecho a la libertad de expresión, el acceso a la información debe estar regido por el “principio de máxima divulgación”.³⁸ En otras palabras, debe presumirse que la información será revelada por el gobierno. Concretamente, como se indicó en el capítulo dedicado a la libertad y la seguridad personales, la información concerniente a personas arrestadas o detenidas debe encontrarse a disposición de sus familiares, sus abogados y otras personas que posean un interés legítimo en esa información.³⁹

285. La ley puede incluir restricciones limitadas a la divulgación, basadas en los mismos criterios que autorizan la aplicación de sanciones en el marco del artículo 13. La carga de la prueba para demostrar que las limitaciones impuestas al acceso a la información son compatibles con los estándares interamericanos sobre libertad de expresión la tiene el Estado.⁴⁰ Al igual que en el caso de las restricciones ulteriores a las expresiones, los fundamentos más frecuentemente invocados para limitar el acceso a la información en el contexto de la lucha contra el terrorismo serán examinados en la sección de este capítulo sobre la libertad de expresión y el terrorismo.

³⁶ Véase CIDH, Informe Anual 2001, Vol. II, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión [en adelante Informe del Relator Especial 2001]. OEA/Ser.L/V/II.114, Doc. 5 rev. 1, p.72; Informe del Relator Especial 2000, nota 667, *supra*.

³⁷ Véase ALICIA PIERINI Y OTROS, *HABEAS DATA: DERECHO A LA INTIMIDAD*, Editorial Universidad (Buenos Aires 1999), pág. 31

³⁸ Artículo XIX, El derecho del público a saber: Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información [en adelante, Principios sobre la libertad de información] Principio 1. artículo XIX es una organización no gubernamental mundial dedicada a fomentar la libertad de expresión y el acceso a información oficial. Sus principios sobre libertad de información han sido utilizados ampliamente por organizaciones internacionales y ONG. Véase, por ejemplo, Informe Anual 1999, Vol. III, Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, [en adelante Informe del Relator Especial 1999], OEA/Ser.L/V/II.111.Doc. 3 rev., Vol.III, pág. 88; Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/47, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 57° Período de Sesiones, Supp. N° 3, pág. 209, E/CN.4/RES/2001/47 (2001), preámbulo.

³⁹ Véase el análisis Sección II(B), *supra*, párr. 122.

⁴⁰ Ver, Principios de Johannesburgo, *supra* note 662, Principle 1(d).

286. Las restricciones deben estar expresamente definidas en la ley y deben “ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.⁴¹ Ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno de esos objetivos, sino que también debe demostrar que la divulgación constituye una amenaza “de causar substancial perjuicio a ese objetivo”⁴² y que el “perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información.”⁴³ Esta es esencialmente la prueba de proporcionalidad anunciada antes en la sección sobre responsabilidad ulterior por expresiones. Toda vez que se niegue información sobre la base del análisis que antecede, debe establecerse una oportunidad para una revisión independiente de la decisión.⁴⁴

287. Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es “la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público.”⁴⁵ Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos.⁴⁶ Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información.⁴⁷

288. Por último, los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información⁴⁸ que la Comisión, al igual que otras autoridades internacionales, considera que es una guía autorizada para interpretar y aplicar el derecho a la libertad de expresión a la luz de consideraciones sobre la seguridad nacional⁴⁹ confirman que el acceso

⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

⁴² Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 4.

⁴³ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 4.

⁴⁴ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 5.

⁴⁵ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁴⁶ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁴⁷ Principios sobre la Libertad de información, nota 676 *supra*, Principio 7.

⁴⁸ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*.

⁴⁹ Los Principios de Johannesburgo son una serie de principios voluntarios redactados por una comisión de expertos internacionales sobre derechos humanos y leyes sobre medios de difusión y han sido invocados con frecuencia por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (véase, por ejemplo, Resolución 2002/48 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 58° Período de Sesiones, E/CN.4/RES/2002/48 (2002), preámbulo; Resolución 2001/47, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, nota 676 *supra*, el Relator Especial de la ONU para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (véase, por ej., Informe del Relator Especial Sr. Abid Hussain, de conformidad con la resolución 1993/45 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, ONU, Comisión de Derechos Humanos, 52° período de sesiones, E/CN.4/1996/39, 22 de marzo de 1996, Anexo), el Relator Especial de la ONU encargado de la cuestión de la independencia
continued...

a la información indica que “toda restricción a la libre corriente de información no debe ser de naturaleza tal que contravenga los propósitos del derecho en materia de derechos humanos y el derecho humanitario. En particular, los gobiernos no pueden impedir que los periodistas o los representantes de organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales con mandato para supervisar las normas de derechos humanos o humanitarias ingresen a áreas en que existen fundamentos razonables para creer que se están cometiendo o se han cometido violaciones de los derechos humanos o del derecho humanitario.”⁵⁰ El acceso a la información también determina que los periodistas tengan acceso a las zonas de conflicto, los lugares de desastre y otros lugares, a menos que dicho acceso plantee un “claro riesgo a la seguridad de los demás”.⁵¹

e. Habeas Data

289. Aparte del derecho general de acceso a la información en manos del gobierno, toda persona tiene el derecho a acceder a información sobre sí misma, sea que esté en posesión del gobierno o de una entidad privada.⁵² Con frecuencia denominado derecho de *habeas data*, este derecho incluye el derecho a modificar, eliminar o corregir la información considerada sensible,⁵³ errónea, sesgada o discriminatoria.⁵⁴ El derecho al acceso y el control de la información personal es esencial en muchas esferas de la vida, dado que la falta de mecanismos jurídicos para la corrección, actualización y eliminación de información puede tener efectos directos en el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, los bienes y la rendición de cuentas en la reunión de información.⁵⁵

290. En años recientes, el recurso a la acción de *habeas data* se ha tornado un instrumento fundamental para la investigación de violaciones de

...continued

de jueces y abogados (véase, por ej., Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la independencia de jueces y abogados, Sr. Param Cumaraswamy, Adendo, Informe sobre la misión al Perú, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 54º período de sesiones, E/CN.4/1998/39/Add.1, 19 de febrero de 1998 introduction), y el Representante Especial del Secretario General sobre los defensores de los derechos humanos (véase, por ej., Informe presentado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre los defensores de los derechos humanos, de conformidad con la resolución 2000/61 de la Comisión, ONU Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 14).

⁵⁰ Principios de Johannesburgo, nota 662, *supra*, Principle 19.

⁵¹ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principle 19.

⁵² Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 3.

⁵³ Se entiende por “información sensible” todo lo que tenga que ver con la vida privada de la persona.

⁵⁴ Véase PIERINI Y OTROS, nota 675 *supra*, pág. 16.

⁵⁵ Véase, Informe del Relator Especial 2001, nota 674 *supra*, 75.

derechos humanos cometidas durante las dictaduras militares del pasado en el continente. Familiares de desaparecidos han llevado adelante acciones de *habeas data* para obtener información vinculada al comportamiento del gobierno, para conocer el destino de los desaparecidos y para determinar responsabilidades. Esas acciones, por ende, constituyen un medio importante para garantizar el “derecho a la verdad”.⁵⁶

291. Con respecto a la relación entre el derecho a la verdad y el artículo 13(1) de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentó ante la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos que:

El derecho a la verdad está basado en los Artículos 8 y 25 de la Convención, por cuanto ambos son “fundamentales” en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Además... este derecho está fundado en el artículo 13.1 de la Convención, por cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información... en virtud de este artículo, es una obligación positiva del Estado garantizar la información esencial para la protección de los derechos de las víctimas, garantizar la transparencia en el gobierno y la protección de los derechos humanos.”⁵⁷

292. Además, la acción de *habeas data* impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: la obligación de utilizar datos para objetivos específicos explícitamente estipulados, y la obligación de garantizar la seguridad de los datos contra accidentes, acceso o manipulación no autorizados. En los casos en que las entidades del Estado o del sector privado obtienen datos indebida y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a esa información, aunque sea clasificada, para que las personas tengan control sobre los datos que las afectan. La acción de *habeas data* como mecanismo para garantizar la responsabilidad de los organismos de seguridad e inteligencia dentro de este contexto, ofrece mecanismos para verificar que los datos personales se han recogido legalmente. La acción de *habeas data* da derecho a la parte perjudicada o a sus familiares a determinar el propósito para el que se recabaron los datos y, si se recabaron ilegalmente, determinar si las partes responsables deben ser castigadas. La divulgación pública de prácticas ilegales en la recolección de datos personales puede tener el efecto de evitar tales prácticas por esos organismos en el futuro.⁵⁸

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Barrios Altos (*Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*) Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

⁵⁷ *Ibid*, párr. 45.

⁵⁸ Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis'. *El acceso a la información como derecho*, 10 CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO, 197, 206 (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile 2000).

293. Para que la acción de *habeas data* sea efectiva, debe eliminarse la excesiva complejidad de los trámites administrativos que complican y frustran la obtención de información y es preciso establecer sistemas sencillos, de fácil acceso, que permitan que las personas soliciten la información a bajo costo. De lo contrario, el resultado sería establecer un mecanismo formal que en la práctica no facilitaría el acceso a la información.

294. Generalmente, en lo atinente al acceso a la información cualquier restricción que impida el ejercicio del derecho de *habeas data* debe cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.⁵⁹ En la mayoría de las circunstancias no debe requerirse a las personas que ejercen la acción de *habeas data* que indiquen por qué se pide la información. La mera existencia de datos personales en los registros públicos o privados ordinariamente es razón suficiente de por sí para ejercer este derecho.⁶⁰

295. La acción de *habeas data* ha adquirido aún mayor significado con el surgimiento de nuevas tecnologías. El uso difundido de las computadoras y de Internet ha significado que el Estado y el sector privado pueden obtener rápido acceso a una cantidad considerable de información sobre las personas. Por lo tanto, es necesario garantizar que existan conductos específicos para el acceso rápido a la información, que puedan ser utilizados para corregir modificar toda información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas.

f. Protección de los periodistas y de los medios de comunicación

296. La Corte Interamericana ha señalado que es primordialmente a través de los medios de comunicación que la sociedad ejerce su derecho a la libertad de expresión.⁶¹ Por lo tanto, “las condiciones de su uso deben conformarse con los requisitos de esta libertad,”⁶² lo que significa que debe garantizarse la libertad e independencia de los periodistas y los medios de comunicaciones.⁶³ De acuerdo con la Corte Interamericana,

La libertad de expresión no está completa en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino cuando también incluye, en forma inseparable, el derecho a usar todo medio adecuado para divulgar información y garantizar que llegue a la audiencia más amplia posible....Análogamente, es fundamental que los periodistas....gocen

⁵⁹ Véase el análisis en *supra*, párrafo 286.

⁶⁰ Véase DERECHO A LA INFORMACIÓN: REFORMA CONSTITUCIONAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN, NUEVOS ASPECTOS. Ediciones Depalma, Buenos Aires (1996), pág. 114.

⁶¹ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34.

⁶² Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34.

⁶³ Opinión Consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 34.

de la protección e independencia necesarias para cumplir sus funciones plenamente, dado que son ellos los que mantienen informada a la sociedad, condición indispensable para que la sociedad pueda gozar de una amplia libertad.⁶⁴

297. En tal sentido, el Estado tiene una responsabilidad especial de proteger a los periodistas y a los medios de comunicación contra ataques, intimidaciones y amenazas.⁶⁵ El asesinato, el secuestro, la intimidación y la amenaza de periodistas, así como la destrucción de materiales de prensa, en la mayoría de los casos se llevan a cabo con dos objetivos concretos. El primero, es eliminar a los periodistas que investigan ataques, abusos, irregularidades o actos ilegales de cualquier tipo cometidos por funcionarios públicos, organizaciones o actores no estatales en general. Ello se hace para asegurar que las investigaciones no concluyan y nunca reciban el debate público que merecen, o sencillamente como forma de represalia por la propia investigación. En segundo lugar, estos actos son utilizados como instrumentos de intimidación para enviar un mensaje inequívoco a los integrantes de la sociedad civil que participan en la investigación de ataques, abusos, irregularidades o actos ilícitos de cualquier tipo. Esta práctica procura silenciar a la prensa en su función de vigilancia o hacerla cómplice de las personas o instituciones que participan en acciones abusivas o ilegales. En última instancia, la meta es mantener a la sociedad al margen de la información sobre esos hechos, a cualquier costo.⁶⁶

298. De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos internacionales, los Estados tienen la obligación de investigar efectivamente los hechos en torno a los homicidios y demás actos violentos contra periodistas y sancionar a quienes los perpetran. La Corte Interamericana ha sostenido que la investigación

...debe tener sentido y ser emprendida por el Estado como su deber jurídico intrínseco. No debe ser meramente una cuestión de interés privado que se basa en la iniciativa de las víctimas o las familias de emprender acciones o de fuentes privadas para presentar pruebas; más bien, las autoridades deben efectivamente procurar la verdad.⁶⁷

⁶⁴ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74, párrs. 147-150. En el caso de Ivcher Bronstein, la Corte indicó que “dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del Canal 2 de la televisión peruana”. Ibid, párr. 162. Además la Corte concluyó que “al separar al señor Ivcher del control del Canal 2, y excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no sólo restringió el derecho de éstos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”.

⁶⁵ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 9.

⁶⁶ Véase Caso N° 11.739, Informe N° 50/99, Héctor Félix Miranda (México), Informe Anual de la CIDH 1998.

⁶⁷ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, nota 249 *supra*, párr. 177.

299. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que cuando el Estado no cumple efectiva y cabalmente la investigación del asesinato de un periodista y no aplica las sanciones penales contra los autores materiales e intelectuales de ese acto, comete un acto particularmente grave en términos de los efectos de ello para la sociedad. Este tipo de delito tiene un efecto intimidatorio no sólo para los periodistas sino para todos los ciudadanos puesto que inspira temor de denunciar los ataques, abusos y actividades ilegales de cualquier tipo. Este efecto sólo puede ser evitado mediante una acción concertada del Estado para sancionar a los responsables de los asesinatos de periodistas. De esta manera, el Estado puede enviar un mensaje firme y directo a la sociedad en el sentido de que no habrá tolerancia para quienes cometan estas graves violaciones del derecho a la libertad de expresión.⁶⁸

2. Derecho Internacional Humanitario

a. Protección de periodistas e instalaciones de prensa durante conflictos armados

300. En la sección siguiente se examinarán las normas aplicables del derecho internacional humanitario que se relacionan con los periodistas y las instalaciones de prensa, principalmente en relación con las protecciones aplicables a los civiles y los objetos civiles. La mayor parte de estas protecciones, en particular las que tratan del principio de distinción, son aplicables a situaciones de conflicto armado internacional y no internacional.⁶⁹

301. De acuerdo con las normas y principios del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales, se considera que los periodistas son civiles y gozan de los derechos que esta condición implica, incluidos los analizados en otras secciones del presente informe.⁷⁰ Los periodistas mantienen la condición de civiles en tanto “se abstengan de todo acto que afecte su estatuto de persona civil”.⁷¹ Los

⁶⁸ Véase Miranda, nota 704 *supra*, párr.52.

⁶⁹ Véase Sección II(C), *infra* párr. 65.

⁷⁰ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 79; Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13. Véase también Sección II(C), *supra*, párr. 65 que trata de los principios de Distinción y Proporcionalidad; Decisión Tadic, AC sobre Jurisdicción, nota 163, *supra*, párrs. 117-119. Véase Gasser, H.P., “*The protection of journalists engaged in dangerous professional missions: Law applicable in periods of armed conflict*” en *INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS*, N° 232, 1983, págs. 3-21, citado en Marco Sassoli y Antoine A. Bouvier nota 162, *supra*. *How does Law Protect in War: Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1999, pág. 427. “Los instrumentos del derecho internacional humanitario no incluyen declaraciones sobre la justificación o legalidad de las actividades periodísticas en tiempos de guerra.[...] En otras palabras, el derecho humanitario no protege la función de los periodistas [sic] pero protege a las personas que se dedican a esta actividad.” *Ibid* pg. 427. (Traducción por la Comisión).

⁷¹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 79(2).

periodistas que actúan como corresponsales de guerra acreditados ante determinadas fuerzas armadas en un conflicto armado internacional tiene derecho a la condición de prisioneros de guerra si caen en poder del enemigo.⁷² Todo otro periodista que sea capturado por una potencia enemiga sólo puede ser detenido si se ha de instituir un proceso penal contra él o si razones imperativas de seguridad justifican la internación.⁷³ La condición de periodista con respecto a los conflictos armados internos no está explícitamente definida,⁷⁴ pero parece lógico que los periodistas deben ser considerados civiles en este tipo de conflicto también, en la medida en que no participen en actos hostiles o participen directamente en las hostilidades.⁷⁵ Corresponde recalcar que la divulgación de información o la expresión de opiniones a favor o en contra de una parte involucrada en un conflicto no pueden considerarse actos hostiles y no pueden transformar a la persona que expresa esos puntos de vista u opiniones en un objetivo militar legítimo.⁷⁶

302. Por supuesto que los periodistas con frecuencia asumen riesgos que los ciudadanos civiles comunes no asumen, en virtud de su profesión. De acuerdo con Peter Gasser, “Un periodista puede perder [...], no su derecho a la protección como civil, pero la protección de *facto* si permanece muy cerca de una dependencia militar [...] dado que esta dependencia es un blanco legítimo de los ataques enemigos (a menos que la norma de proporcionalidad proscriba el ataque – artículo 51, párr. 5(b)). De modo que actúa por su propio riesgo. Lo mismo se aplica a los periodistas que se acercan a objetivos militares”.⁷⁷ El punto importante es que, aunque los periodistas no cuentan con protecciones adicionales a las que se otorga a los civiles comunes, nunca deben ser objeto directo de un ataque en tanto participen en actividades profesionales, de acuerdo con el principio de distinción.⁷⁸

303. Las instalaciones de prensa, tales como las estaciones de televisión y radio, pueden tener derecho a la protección como objetivos civiles de

⁷² Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 4(A)(4).

⁷³ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 429.

⁷⁴ Artículo 3 común (común a los Convenios de Ginebra) notas 36, 67 *supra*, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁷⁵ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 427. Véase también artículos 4 y 13 del Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*.

⁷⁶ Informe de la CIDH sobre Colombia (1999), nota 110 *supra*, pág. 87, Capítulo IV, Sección C(2)(d).

⁷⁷ Véase Gasser, nota 708 *supra*, pág. 428.

⁷⁸ Véase Sección II(C), párr. 65 *supra*, en que se examina el principio de distinción. Véase también artículos 51 y 52, Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, y artículo 13, Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*. Véase también, Decisión en Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 117-119.

acuerdo con el derecho internacional humanitario.⁷⁹ Las partes en un conflicto están obligadas a distinguir entre objetivos civiles, que no pueden ser objeto de ataque, y los objetivos militares, que sí pueden serlo.⁸⁰ “Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 del Protocolo I. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.”⁸¹ Los objetivos que son normalmente considerados “objetivos civiles” pueden transformarse en objetivos militares legítimos si se les “utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar”;⁸² pero en caso de duda sobre su uso, debe presumirse que no se está haciendo ese uso militar.⁸³ Si bien las instalaciones de prensa no están específicamente mencionadas como objetivos civiles, en general deben ser consideradas como tales dado que su naturaleza y ubicación en general no está relacionada con lo militar, y dado que en general no son utilizados con fines militares ni para hacer una contribución efectiva a la acción militar. Sin embargo, si las instalaciones de prensa son utilizadas como parte de un comando y control o de otra función militar, pueden transformarse en objetivos militares legítimos, sujetos a ataques directos.

b. Derecho a conocer el destino de los familiares

304. Otro aspecto del derecho internacional humanitario que se relaciona con el derecho a la libertad de expresión en los conflictos armados internacionales, en particular con el derecho a la información, es el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.⁸⁴ De acuerdo con el artículo 122 del Tercer Convenio de Ginebra, cada parte en un conflicto, así como cada Potencia neutral o no beligerante que recibe a esas personas en su territorio, debe establecer una oficina de información oficial de los prisioneros de guerra en su poder. Esta oficina está encargada de reunir información en relación con “cambios, liberaciones, repatriaciones, evasiones, hospitalizaciones y fallecimientos” de prisioneros de guerra y responder a preguntas en relación a

⁷⁹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículos 52-56 y 85(3); Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13. Ver también Sección II(C), *supra*, párr. 65, relacionado con los principios de necesidad, humanidad, distinción y proporcionalidad.

⁸⁰ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 48. Ver también Sección II(C), *supra*, párr. 65, que trata de los principios de distinción y proporcionalidad; Decisión Tadic AC sobre jurisdicción, nota 163 *supra*, párrs. 117-119.

⁸¹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(2). Ver también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁸² Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(3). Véase también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 13.

⁸³ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 52(3).

⁸⁴ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 32.

los prisioneros de guerra.”⁸⁵ Además, debe establecerse una Agencia Central de información sobre prisioneros de guerra en un país neutral para facilitar la transferencia de información sobre los prisioneros de guerra a sus países de origen.⁸⁶ En casos de fallecimiento de prisioneros de guerra, el artículo 120 establece procedimientos específicos que deben seguirse en relación con la preparación del certificado de defunción, envío de la información a la Oficina de información sobre prisioneros de guerra, el examen médico del cuerpo y la sepultura adecuada. La Potencia detenedora debe establecer un servicio de registro de tumbas, de modo que éstas se puedan ubicar.⁸⁷ El Cuarto Convenio de Ginebra contiene requisitos similares con respecto al mantenimiento de información respecto del destino de los civiles internados en el curso del conflicto armado.⁸⁸

305. De acuerdo con el artículo 33 del Protocolo I, las partes en un conflicto tienen la obligación de buscar a las “personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa” y de suministrar la información obtenida sobre tales personas a un organismo del Comité Internacional de la Cruz Roja.⁸⁹ Las partes también tienen la responsabilidad de reunir información sobre las personas que se mantienen en cautiverio o que han muerto como resultado de las hostilidades, para facilitar el proceso de respuesta a las solicitudes de información.⁹⁰ Además, las “Partes en conflicto se esforzarán por ponerse de acuerdo sobre disposiciones que permitan que grupos constituidos al efecto busquen, identifiquen y recuperen los muertos en las zonas del campo de batalla; esas disposiciones podrán prever, cuando proceda, que tales grupos vayan acompañados de personal de la Parte adversa mientras lleven a cabo esas misiones en zonas controladas por ella.”⁹¹ Por último, el Primer Protocolo Adicional contiene una disposición que requiere el establecimiento de una Comisión Internacional de Encuesta para realizar una “investigación sobre cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave tal como se define en los Convenios o en el presente Protocolo”⁹² Estos derechos y responsabilidades complementan y refuerzan en tiempos de guerra el “derecho

⁸⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 122.

⁸⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 123.

⁸⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 120.

⁸⁸ Véase Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 136 (que requiere el establecimiento de una Oficina de Información); artículo 140 (que requiere el establecimiento de un Agencia Central de Información); artículos 129-131 y 136-141 (que fijan el tipo de información que debe registrarse, particularmente en el caso de fallecimiento de un internado, y los métodos de transmisión a la Potencia protectora o al país de origen del internado).

⁸⁹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(1) y (3).

⁹⁰ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(2).

⁹¹ Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 33(4).

⁹² Protocolo Adicional I, nota 68 *supra*, artículo 90.

a la verdad” amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, que se describió anteriormente.

c. Derecho a enviar y recibir información

306. En los conflictos armados internacionales, los prisioneros de guerra tienen derecho a escribir a sus familias inmediatamente después de la captura e informarles de su “cautiverio, dirección y estado de salud”⁹³ y a enviar y recibir postales y cartas.⁹⁴ Estas pueden ser limitadas en número si se considera necesario pero no pueden limitarse a menos de dos cartas y cuatro tarjetas postales, sin incluir la “tarjeta de captura.”⁹⁵ La Potencia detenedora puede censurar las comunicaciones.⁹⁶ En los casos en que las comunicaciones escritas no son factibles debido a la distancia u otros problemas, debe permitirse que los prisioneros de guerra envíen telegramas.⁹⁷ Las personas internadas tienen derechos similares a comunicarse con sus familiares.⁹⁸ Además, el Cuarto Convenio de Ginebra establece el derecho de “[t]oda persona que se encuentre en el territorio de una Parte contendiente o en territorio ocupado por ella” a mantener correspondencia con sus familiares⁹⁹ y requiere que las partes en el conflicto faciliten las comunicaciones entre familiares dispersos a raíz de la guerra.¹⁰⁰ Esto está sujeto a circunstancias limitadas en que puede considerarse debidamente que las personas protegidas detenidas en territorio ocupado pierden su derecho a la comunicación al amparo del Cuarto Convenio de Ginebra.¹⁰¹ Estos derechos promueven ciertos objetivos similares a los promovidos por el “derecho a la verdad” al ofrecer a los familiares medios para recibir información sobre el destino de otros miembros de la familia.

307. Los prisioneros de guerra tienen derecho a recibir “artículos destinados a satisfacer sus necesidades en materia de religión, estudio o asueto, incluso libros, objetos de culto, material científico, fórmulas de

⁹³ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 70.

⁹⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71.

⁹⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71. Véase también Protocolo Adicional II, nota 36 *supra*, artículo 5(2)(b).

⁹⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículos 71 y 76.

⁹⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 71.

⁹⁸ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art.106 (que dispone el derecho a enviar una “tarjeta de internación”); artículo 107 (que establece el derecho de enviar cartas y postales).

⁹⁹ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art.25.

¹⁰⁰ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, Art. 26.

¹⁰¹ Véase Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 5(2) (que establece que “si en un territorio ocupado, una persona amparada por el convenio fuese prendida por espía o malhechora o se sospechase legítimamente que está entregada a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos previstos en el presente Convenio”).

exámenes...y material que permita a los cautivos continuar sus estudios o ejercer una actividad artística.”¹⁰² Este derecho está también protegido en el caso de las personas internadas.¹⁰³

308. Por último, los prisioneros de guerra tienen derecho a hacer saber a sus captores o a las Potencias protectoras pedidos y denuncias sobre las condiciones de su cautiverio.¹⁰⁴ Estas comunicaciones no deben “considerarse parte de la cuota de correspondencia mencionada en el artículo 71.”¹⁰⁵ Además, inclusive si se determina que esas solicitudes o denuncias son infundadas, “no podrán dar lugar a castigo alguno.”¹⁰⁶ Los prisioneros de guerra también tienen derecho a disponer de “hombres de confianza” entre sus miembros, que los representen “ante las autoridades militares, ante las Potencias protectoras, ante el Comité Internacional de la Cruz Roja y cualquier otro organismo que los socorra”.¹⁰⁷ Los hombres de confianza podrán enviar a los representantes de las Potencias protectoras informes periódicos acerca de la situación en los campamentos y de las necesidades de los prisioneros de guerra”.¹⁰⁸ Las personas internadas también tienen derecho a presentar peticiones ante las autoridades detenedoras en relación con sus condiciones de internación, sin temor a represalias¹⁰⁹ y tienen derecho a seleccionar a los miembros de un Comité de Internados para representar sus intereses ante las Potencias detenedoras y protectoras.¹¹⁰ Estos derechos complementan y refuerzan la función de la libertad de expresión por cuanto sirven para permitir la supervisión de las actividades de las partes en un conflicto a efectos de la protección de los derechos individuales.

3. El derecho a la libertad de expresión y el terrorismo

309. El terrorismo es un problema grave que afecta al orden público y, en algunos casos, la seguridad nacional. Por lo tanto, algunas de las limitaciones ulteriores sobre la libertad de expresión o el acceso a la información en relación con el combate contra el terrorismo pueden estar justificadas como medidas necesarias para proteger el orden público o la seguridad nacional.

¹⁰² Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 72

¹⁰³ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 108.

¹⁰⁴ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

¹⁰⁵ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

¹⁰⁶ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78

¹⁰⁷ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 79.

¹⁰⁸ Tercer Convenio de Ginebra, nota 67 *supra*, artículo 78.

¹⁰⁹ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 101.

¹¹⁰ Cuarto Convenio de Ginebra, nota 36 *supra*, artículo 102.

Estas medidas deben satisfacer los requisitos estrictos exigidos en el artículo 13(2), indicado ya en este capítulo.¹¹¹

310. Como se ha reiterado a lo largo de este informe, las garantías de derechos humanos que consagran la Convención Americana, la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales se aplican plenamente en el contexto del terrorismo, a menos que exista un estado de emergencia legalmente declarado y que el derecho limitado sea un derecho derogable. Repetimos que, aunque el derecho a la libertad de expresión es un derecho derogable en estado de emergencia, los Estados que consideren la suspensión de algún aspecto de este derecho deben tener siempre en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de la democracia y la garantía de otros derechos fundamentales.

311. Entre las restricciones a la libertad de expresión que los Estados probablemente impongan en el marco de la lucha contra el terrorismo, cabe mencionar la censura previa de las publicaciones relacionadas con la actividad terrorista o las actividades antiterroristas, la responsabilidad ulterior por la publicación o divulgación de información u opiniones relacionados con tales cuestiones, la retención por el gobierno de información relacionada con tales cuestiones, la restricción del acceso a audiencias y demás reuniones gubernamentales sobre cuestiones vinculadas al terrorismo y limitaciones al derecho de los periodistas a proteger sus fuentes a fin de asistir los esfuerzos de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Esas restricciones pueden ser compatibles, o no, con el artículo 13 de la Convención Americana. Especialmente en el caso de la censura previa, la compatibilidad con el artículo 13 dependerá de que se haya declarado un estado de emergencia, con arreglo a la ley.

a. Censura previa

312. Como se señaló anteriormente, el artículo 13 de la Convención Americana contiene una prohibición prácticamente absoluta de la censura previa, prohibición que no se encuentra en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que indica la gran importancia que los redactores de la Convención otorgaban al derecho de la libertad de expresión. Si bien no hay excepciones en este artículo por razones de seguridad nacional u orden público, podrían surgir, en el contexto de una situación de emergencia válidamente declarada al amparo del artículo 27, algunas situaciones en que podría argumentarse que la seguridad nacional o el orden público admitirían una censura restringida. No existe jurisprudencia en el sistema interamericano que específicamente hable de esta cuestión, aunque algunos casos de Estados Unidos y del sistema de derechos humanos europeo demuestran el alto nivel de escrutinio que debe merecer toda censura previa.

¹¹¹ Véase el análisis *supra*, párrs. 274-278, relacionado con los requisitos que impone el artículo 13(2) de la Convención Americana a efectos de imponer una responsabilidad ulterior por expresiones.

313. La jurisprudencia de Estados Unidos es de particular relevancia para este análisis porque, aparte de contener una cantidad abundante de casos sobre la cuestión de la censura previa, trata de principios que son similares a los establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana. Pese a que la Suprema Corte de Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la restricción previa por razones de seguridad nacional,¹¹² nunca emitió una orden judicial con estos fundamentos, como lo ilustra el importante caso de los “Documentos del Pentágono”, en que la Corte derogó una orden por la que se impedía la publicación de porciones de un informe clasificado del gobierno durante la Guerra de Vietnam.¹¹³ En ese caso, algunos miembros de la Corte consideraron que “la primera Enmienda no tolera absolutamente ninguna orden judicial previa fundada en la sospecha o conjetura de que puedan producirse consecuencia desfavorables”,¹¹⁴ en tanto otros consideraron que el gobierno no había satisfecho la pesada carga de demostrar que la publicación seguramente daría lugar a un daño directo, inmediato e irreparable para la nación.¹¹⁵

¹¹² *Near v. Minnesota* 283 U.S. 697 (1931). La Corte Suprema de Estados Unidos observó en un ejemplo hipotético que “nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir... la publicación de las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de tropas.” (Traducción por la Comisión). Véase también *Organization of a Better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971), conforme a la cual en los Estados Unidos, la parte que desea imponer una restricción a priori, como una orden judicial contra una publicación, conlleva la “onerosa carga de demostrar su justificación”. (Traducción por la Comisión).

¹¹³ Véase *New York Times Co. v. EE.UU.*, 403 U.S. 713 (1971). En el caso del *New York Times Co. v. Estados Unidos*, conocido como el caso “Documentos del Pentágono”, la Corte desestimó una orden judicial para evitar que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado titulado “*History of U.S. Decision-Making Process on Viet Nam Policy*.” El caso surgió en el momento candente de la guerra de Vietnam en que la oposición interna a la guerra se encontraba en su clímax. [Véase MARC A. FRANKLIN AND DAVID A. ANDERSON, *MASS MEDIA LAW: CASES AND MATERIALS* (5th ed. 1995), at 85].

¹¹⁴ *New York Times Co.*, 403 U.S., 725-26 (Brennan, J., voto concurrente).

¹¹⁵ El Juez Stewart también votó por permitir la divulgación, agregando: “no puedo decir que la divulgación de alguno de ellos dará lugar con certeza a un daño directo, inmediato e irreparable a nuestra Nación o a nuestro pueblo”. (Traducción por la Comisión). [*New York Times Co.*, 403 U.S. 728-230 (Stewart, J. voto concurrente)]. El Juez White adoptó una posición similar, afirmando que no dudaba de que la divulgación de los documentos causaría daño a los intereses nacionales, pero que “Estados Unidos no ha satisfecho la onerosa carga que debe cumplir para ameritar una orden judicial contra la publicación en estos casos”. (Traducción por la Comisión). [*New York Times Co.*, 403 U.S., 725-26 (Brennan, J., voto concurrente)]. Véase, no obstante, el caso *The Progressive* (Estados Unidos v. *Progressive, Inc.* 467 F. Supp. 990 (W.D.Wis. 1979), desestimado por falta de fundamentos 610 F.2d 819 (7th Cir. 1979). En ese caso, *The Progressive*, una revista, fue objeto de una prohibición por seis meses de publicar un artículo titulado “*The H Bomb Secret: How We Got It, Why We’re Telling It*.” El artículo contenía información sobre el diseño y la fabricación de la bomba H. Sin embargo, la revista sostenía que la información había sido reunida a partir de una serie de fuentes públicas. No obstante, el juez del Tribunal del Distrito Federal (primera instancia) comprobó que el gobierno había “cumplido la prueba enunciada por dos jueces en el caso de *The New York Times*, a saber, un daño directo, inmediato e irreparable para Estados Unidos.” (Traducción por la Comisión). Ello se debió al hecho de que la revista había reunido la información relacionada con la fabricación de la bomba en un formato que posibilitaría que otros países aceleraran su fabricación de la bomba. El juez llegó a la conclusión de que ello era análogo a la situación hipotética planteada en *Near v. Minnesota* [nota 750 *supra*]. El caso fue en última instancia continued...

314. La jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, aunque no obliga a las instituciones interamericanas, puede servir de indicador relevante de la aplicación de la cuestión de la censura previa a nivel regional, en particular considerando su abundante número de casos que tratan de la libertad de expresión. Pese a que el sistema de derechos humanos europeo no reconoce la misma prohibición absoluta de la censura previa que el sistema interamericano, sus instituciones han sido renuentes a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran los casos del “*Spycatcher*”.¹¹⁶ En esos casos, la Corte Europea rechazó las órdenes judiciales basadas en fundamentos de seguridad nacional por considerarlas incompatibles con la libertad de expresión, entendiendo que dichas órdenes no podían considerarse necesarias para proteger la seguridad nacional porque la publicación en cuestión había sido publicada en otro Estado, destruyéndose la confidencialidad del material.

315. Habida cuenta de estos ejemplos, debería quedar en claro que, inclusive en un estado de emergencia, el interés del público en recibir la información en general contrarresta la necesidad de mantenerla secreta. Además, se entiende que, una vez que la información se torna pública por alguna vía, el interés del público en tener acceso a la información generalmente prevalece sobre la necesidad de evitar una divulgación más amplia.

b. Sanciones ulteriores

316. Como se indicó anteriormente, las sanciones ulteriores por la divulgación de expresiones deben estar “expresamente fijadas por la ley y ser necesarias 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”.¹¹⁷ Estos requisitos se aplican en el contexto del combate contra el terrorismo, a menos que se haya declarado legalmente el estado de

...continued

desestimado, sin embargo, cuando un periódico de Madison, Wisconsin, publicó esencialmente la misma información. Véase *FRANKLING AND ANDERSON*, nota 751 *supra*, pág.95].

¹¹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos *Observer and Guardian c Reino Unido*, Sentencia del 26 de noviembre de 1991, Serie A N° 216 y Corte Europea de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido* (N° 2) Sentencia del 24 de octubre de 1991, Ser. A N° 217 (los casos de *Spycatcher*). “*Spycatcher*” era un libro que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (M15). El mismo versaba sobre “la organización operativa, los métodos y el personal de M15 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad”. (Traducción por la Comisión). [*Observer and Guardian, supra*, párr. II]. Los periódicos peticionantes denunciaron que una orden judicial temporal deteniendo la publicación de información obtenida en un libro constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que, dado que el libro había sido publicado en Estados Unidos, la confidencialidad del material en esencia se había destruido y la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional. En el caso de *Observer and Guardian*, la Corte concluyó que la orden era válida hasta el momento de la publicación en el exterior. *Ibid*, párr. 65.

¹¹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(2).

emergencia. Existen varios problemas que habitualmente se vinculan a las sanciones posteriores encaminadas al antiterrorismo o las basadas en general en “el orden público” o “la seguridad nacional”, principales fundamentos que se utilizan para justificar las sanciones posteriores por expresiones en el contexto del terrorismo. En primer lugar, como se indicó ya en este capítulo, el requisito de que toda sanción posterior deba estar establecida por ley significa que debe ser previsible para quien formula las expresiones que una determinada expresión puede dar lugar a responsabilidad legal. Como lo señala un autor, “un problema con las leyes sobre el orden y la seguridad es que con frecuencia pueden ser muy amplias y/o vagas. Ello significa que encierran el potencial de ser objeto de abuso por los gobiernos para eliminar críticas legítimas, y que ejercen un efecto atemorizador, pues los ciudadanos toman distancia de la zona de potencial aplicación para evitar la censura. En cierta medida, ello está en función de la dificultad de definir con cierto grado de precisión, en una ley de aplicación general, los parámetros exactos de la amenaza al orden público y la seguridad nacional en cuestión”.¹¹⁸ Una disposición demasiado amplia o vaga podría no llenar el requisito de previsibilidad y, por tanto, podría violar los términos del artículo 13(2).

317. Más frecuentemente, los problemas que enfrentan las leyes que imponen sanciones posteriores por expresiones en el contexto de la lucha contra el terrorismo se vinculan a la cuestión de la proporcionalidad de las sanciones. Con demasiada frecuencia, las penas son excesivas en relación con el tipo de perjuicio que se proponen evitar.

318. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó esta cuestión en una situación vinculada al terrorismo en el caso de Rodolfo Robles Espinoza e hijos.¹¹⁹ El General Robles sufrió numerosas consecuencias, incluido un proceso de corte marcial contra él por varios delitos, incluida la insubordinación, insulto a un superior, el socavamiento de la Nación y las Fuerzas Armadas, abuso de autoridad, declaraciones falsas e incumplimiento del deber, debido a su denuncia de abusos perpetrados por el ejército y los servicios de inteligencia peruanos en el marco de la lucha contra el terrorismo. La Comisión Interamericana llegó a la conclusión de que estas repercusiones constituían una grave violación del derecho del Gral. Robles a la libertad de expresión. La Comisión observó que “el socavamiento de las Fuerzas Armadas o el insulto a un superior son términos adecuados cuando se aplican a los delitos

¹¹⁸ Toby Mendel, *Criminal Content Restrictions*, (enero 1999), disponible en <http://www.article19.org/docimages/629.htm>.

¹¹⁹ Caso 11.317, Informe N° 20/99, Rodolfo Robles Espinoza e hijos (Perú), Informe Anual de la CIDH 1998. El General Robles fue jefe de la Escuela de Instrucción del Ejército (COINDE) y ex comandante de la Tercera Región Militar con base en Arequipa, y era técnicamente el tercer oficial de alto rango en el Ejército peruano en 1993. En mayo de 1993, reveló públicamente mediante una carta abierta la existencia de un “escuadrón de la muerte” conocido como “el Grupo Colina”, creado por el Servicio de Inteligencia Nacional del Perú (SIN) e integrado por miembros del SIN y de las Fuerzas Armadas. El “Grupo Colina” tenía como objetivo la eliminación física de terroristas.

para los cuales fueron creados, a fin de mantener un nivel de disciplina adecuado a la estructura de comando vertical necesaria en un entorno militar, pero que son totalmente inadecuados cuando se utilizan para cubrir alegaciones de delitos dentro de las Fuerzas Armadas.”¹²⁰ La Comisión observó también que el derecho a la libertad de expresión, pese a poder estar sujeto a sanciones posteriores razonables de acuerdo con los términos de la Convención, es más amplio cuando las “declaraciones formuladas por una persona versan sobre presuntas violaciones de los derechos humanos.”¹²¹ Por lo tanto, se vulneró el requisito de proporcionalidad de la pena.

319. La Corte Europea de Derechos Humanos abordó una cuestión similar en el Caso *Sürek c. Turquía* (N° 2),¹²² referente a las sanciones posteriores impuestas por la publicación de un documento que sugería faltas por parte de oficiales involucrados en políticas antiterroristas. La Corte determinó que, dada la amenaza terrorista presente en una parte del país a esa altura, dicha disposición tenía el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional, la integridad territorial y los derechos de otras personas.¹²³ Sin embargo, concluyó que la sanción no era proporcionada a los objetivos de la ley debido a la gran importancia de revelar irregularidades de los funcionarios públicos.¹²⁴

320. El análisis podría ser diferente en un caso en que la parte que tiene una obligación de confidencialidad revela la información por razones diferentes que denunciar una irregularidad de parte de los funcionarios públicos. En *Hadjianastassiou c. Grecia*,¹²⁵ por ejemplo, un caso relacionado con la venta privada por un oficial militar de datos vinculados con armas, la Corte Europea, al evaluar la razonabilidad o pertinencia de la sanción en cuestión, consideró que la divulgación de información que podía revelar un interés del Estado, su conocimiento o progreso tecnológico en la fabricación de un arma, podría causar considerable daño a la seguridad nacional. También observó que, si bien los

¹²⁰ Caso *Robles Espinoza*, nota 757 *supra*, párr. 151.

¹²¹ Caso *Robles Espinoza*, nota 757 *supra*, párr. 146.

¹²² Corte Europea de Derechos Humanos, *Sürek c. Turquía* (N° 2), Sentencia del 8 de julio de 1999, Comunicación N° 24122/94.

¹²³ Caso *Sürek*, nota 760 *supra*, párr. 29.

¹²⁴ Caso *Sürek* (N° 2), nota 760 *supra*, párr. 39. Por un lado, la Corte reconoció la importancia de proteger a los oficiales manteniendo sus identidades en secreto pero, por otro lado, reconoció que el público tenía derecho a conocer las faltas de los oficiales. Dado que alguna información ya había sido divulgada por otras fuentes, la Corte llegó a la conclusión de que la posibilidad de que los oficiales recibieran adecuada protección a raíz de la imposición de esta sanción era compensada por el interés del público en recibir la información. *Ibid*, párr. 40.

¹²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Hadjianastassiou c. Grecia*, Sentencia del 23 de noviembre de 1992, Ser. A, N° 252. El peticionario era capitán de la Fuerza Aérea y el oficial encargado de la protección del diseño y producción de un misil guiado. El oficial suministró a una empresa privada un estudio técnico que había escrito sobre el misil guiado. Fue condenado por violación de secretos militares y sentenciado a dos años y medio de cárcel, que fue reducida en instancia de apelación.

miembros del ejército gozan del derecho a la libertad de expresión, la vida militar tiene condiciones especiales y deberes y responsabilidades específicos que incumben a los integrantes de las fuerzas armadas. En consecuencia, la Corte determinó que la sanción no era irrazonable ni impropia.¹²⁶

321. También son pertinentes a la cuestión de las sanciones ulteriores las limitaciones a la divulgación de expresiones que se pueda considerar partidarias de la violencia o de grupos violentos. La Corte Europea, en casos de esta índole, ha evaluado, a la luz de las circunstancias, la posibilidad de que esas manifestaciones provoquen violencia. En *Incal c. Turquía*,¹²⁷ por ejemplo, la Corte reconoció las dificultades inherentes a la lucha contra el terrorismo, pero no obstante decidió que una pena posterior basada en la legislación antiterrorista violaba la Convención, teniendo en cuenta la severidad de la sanción,¹²⁸ el hecho de que se había procurado aprobación previa, la importancia de la libertad de expresión de los partidos políticos y la importancia de una mayor apertura a la crítica respecto del gobierno.¹²⁹ La Corte también consideró que el documento, pese a contener una crítica con palabras

¹²⁶ *Hadjianastassiou c. Grecia*, nota 763 *supra*, párrs. 45-47. Por un caso de Estados Unidos vinculado a la responsabilidad posterior por divulgar información gubernamental en relación de un deber fiduciario, véase *Snepp c. Estados Unidos*, 444 U.S. 507 (1980). *Snepp* era un ex empleado de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) que había firmado un acuerdo de que no publicaría ninguna información relacionada con las actividades de la CIA sin autorización previa. Sin recibir autorización previa de la CIA, publicó un libro sobre las actividades de la CIA en Vietnam. El Gobierno no sostuvo que la información contenida en el libro fuera clasificada ni que *Snepp* no tuviera derecho a publicarla. Sin embargo, sostuvo que “a la luz de la confianza especial que se depositó en él y del acuerdo que había firmado, *Snepp* debió haber dado a la CIA oportunidad de determinar si el material que se proponía publicar comprometería información o fuentes clasificadas.” *Ibid*, 511. (Traducción por la Comisión). La Corte Suprema reconoció que el requisito de autorización previa para la publicación era esencial para la CIA a efectos de garantizar a sus fuentes de inteligencia que toda información confidencial que suministrasen permanecería en secreto. En ausencia de tales garantías, la capacidad de la CIA para obtener información de esas fuentes se vería seriamente dificultada, lo que causaría un daño irreparable a las operaciones de inteligencia estadounidenses y, en consecuencia, al gobierno de Estados Unidos en su conjunto. De modo que la Corte admitió un fondo constructivo con los réditos del libro.

¹²⁷ *Incal c Turquía*, nota 574 *supra*, 1547. En este caso, el peticionario era miembro del Comité Ejecutivo del Partido Popular de los Trabajadores (HEP), que imprimía panfletos denunciando el tratamiento que el gobierno dispensaba a los kurdos y exhortaba a los “patrióticos democráticos” turcos y kurdos a entrar en acción contra esta situación formando “comités de vecinos basados en la propia fuerza del pueblo.” *Ibid*; párr. 10. (Traducción por la Comisión). Una muestra de los panfletos fue presentada a la policía de seguridad de Izmir, que consideró que el panfleto “contenía propaganda separatista capaz de incitar a las personas a resistir al gobierno y cometer delitos penales”. *Ibid*; párr.12. (Traducción por la Comisión). Los panfletos fueron incautados y se instituyó un proceso penal contra el peticionario y otros involucrados en la impresión por “intento de incitación al odio y la hostilidad mediante un lenguaje racista” en violación de las disposiciones del código penal, la Ley de Prevención del Terrorismo y la Ley de Prensa. *Ibid*; párr.15. (Traducción por la Comisión).

¹²⁸ Caso *Incal*, nota 574 *supra*, párr. 56. Aparte de una sentencia de penitenciaría de seis meses y 20 días, el peticionario fue multado, se le revocó temporariamente la libreta de conducir y se le proscibió del servicio civil, entre otras sanciones.

¹²⁹ Caso *Incal*, nota 574 *supra*, párr.46-59.

muy duras, no incitaba claramente “al uso de la violencia, a la hostilidad y el odio entre ciudadanos”.¹³⁰ En *Zana c. Turquía*¹³¹ en cambio, la Corte consideró que no se había violado el derecho a la libertad de expresión porque, en virtud de las circunstancias, las declaraciones impugnadas podían indicar apoyo a la violencia “y podía considerarse probable que exacerbaran una situación ya explosiva[.]”¹³²

322. La Corte Suprema de Estados Unidos ha formulado un *test* aún más estricto en este tipo de casos que tratan de expresiones que se considera partidarias de la violencia o de grupos violentos, al exigir que se demuestre no sólo la incitación a la violencia sino también una clara intención para ello. Este *test* es el resultado de varias decisiones clave, incluido el caso de *Schenck c. Estados Unidos*¹³³ *Abrams c. Estados Unidos*¹³⁴ y *Brandenburg c. Ohio*.¹³⁵ En el

¹³⁰ Caso *Incal*, nota 574 *supra*, párr.50.

¹³¹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Zana c. Turquía*, Sentencia del 25 de noviembre de 1997. *Reports and Judgments and Decisions* Nº 57, 1997 – VII, p. 2533. El caso se refería a la condena y a la sentencia de doce meses de una figura política conocida a nivel local por violación de una norma del código penal contra la defensa de “un acto castigado por la ley como un crimen grave” y por “poner en peligro la seguridad pública” *Ibid*; párr. 26. (Traducción por la Comisión). En ese momento, estaban ocurriendo graves disturbios en el área suroeste de Turquía entre fuerzas de seguridad y el Partido de los Trabajadores de Kurdistan (PKK) y diez de las once provincias en esa área se encontraban bajo control militar. El peticionario había expresado en una entrevista, que fue publicada más tarde, “Apoyo el movimiento PKK de liberación nacional; por otro lado, no estoy en favor de masacres. Cualquiera puede cometer errores, y el PKK puede asesinar a mujeres y niños por error” [...]. *Ibid*, párr. 12. (Traducción por la Comisión).

¹³² Caso *Zana*, nota 769 *supra*, párr.60. La Corte también observó que el peticionario sólo había cumplido una quinta parte de su condena, creando un nuevo argumento a favor de la proporcionalidad.

¹³³ 249 U.S. 47 (1919). Se refiere a la condena, al amparo de la Ley de Espionaje del 15 de junio de 1917, por la distribución de panfletos que se decía procuraban causar de hecho la insubordinación en el ejército y obstruir el reclutamiento y alistamiento de tropas durante la guerra contra Alemania. Al anunciar su dictamen, la Corte Suprema declaró: Admitimos que en muchos lugares, en tiempos normales, los acusados, al decir todo lo que se dijo en la circular, estarían dentro de sus derechos constitucionales. Pero el carácter de todo acto depende de las circunstancias en que se ejecuta. La protección más rigurosa de la libre expresión no protegería a un hombre que grita falsamente “fuego” en un teatro y causara pánico... La cuestión en todos los casos es si las palabras utilizadas se utilizan en tales circunstancias y son de tal naturaleza que creen un *claro y presente peligro* de que acarrearán un perjuicio sustancial que el Congreso tiene derecho a evitar. Es una cuestión de proximidad y de grado. Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que se pueden decir en tiempos de paz constituyen un obstáculo tal a sus esfuerzos que su pronunciamiento no será tolerado en tanto los hombres combaten y ninguna corte podría considerarlas protegidas por ningún derecho constitucional. Parece estar admitido que si se hubiera probado una obstrucción real al servicio de reclutamiento podría aplicarse una responsabilidad a las palabras que produjeran ese efecto”. *Ibid*, 52. (Traducción por la Comisión), se omiten notas al pie, énfasis agregado). Si bien este caso aporta una importante norma para proteger la libertad de expresión ante restricciones basadas en la seguridad nacional o el orden público, no fue clara y los tribunales con frecuencia la utilizaron para mantener restricciones a la libertad de expresión con estos fundamentos. Véase, por ej. *Frohwerk c. Estados Unidos* 249 U.S. 204 (1919) y *Debs c. Estados Unidos* 249 US 211 (1919).

¹³⁴ 250 U.S. 616 (1919). El Juez Holmes, en su famoso voto disidente en el caso de *Abrams c. Estados Unidos*, argumentó en favor de una interpretación más rigurosa de la norma que se aplicaría igualmente en situaciones de guerra o emergencia, teniendo en cuenta los peligros
continued...

caso Brandenburg, la Corte rechazó los dictámenes de varios casos anteriores que habían mantenido condenas basadas en la mera promoción de la violencia o una actividad ilegítima, por oposición a la incitación real.¹³⁶ La Corte afirmó que “las garantías constitucionales de la libre expresión y la libertad de prensa

...continued

específicos que planteaban esas situaciones. Expresó: Los Estados Unidos pueden constitucionalmente sancionar expresiones que producen o intentan producir un claro e *inminente* peligro de acarrear ciertos perjuicios sustanciales que Estados Unidos puede constitucionalmente tratar de evitar. El poder es sin duda mayor en tiempos de guerra que en tiempos de paz, porque la guerra plantea peligros que no existen en otros momentos. Pero, tanto sea ante los peligros peculiares de la guerra como ante otros peligros, el principio del derecho a la libre expresión es siempre el mismo. Es sólo el peligro presente de un perjuicio *inmediato* o el intento de crearlo que da fundamento al Congreso para fijar un límite a la expresión de las opiniones cuando no están afectados derechos privados”. *Ibid*, 627-28, Holmes, J. (voto en disidencia). (Traducción por la Comisión). Y continuaba: “Pienso que debemos estar eternamente vigilantes contra los intentos de controlar la expresión de opiniones que detestamos y consideramos cargadas de muerte, a menos que amenacen de manera tan inminente con interferir inmediatamente con los propósitos legítimos y acuciantes de la ley que se requiera un control inmediato para salvar al país. *Ibid*, 630. (Traducción por la Comisión).

¹³⁵ 395 U.S. 444 (1969). El acusado en Brandenburg era un líder del grupo Ku Klux Klan condenado en virtud de la Ley del Sindicalismo Criminal de Ohio de “defender el deber, la necesidad y pertinencia del delito, el sabotaje, la violencia o métodos ilegítimos de terrorismo como medios de lograr la reforma industrial o política y para reunirse voluntariamente con cualquier sociedad, grupo o conjunto de personas formadas para impartir o defender las doctrinas del sindicalismo criminal”. *Ibid*, 444-45. (Traducción por la Comisión). El acusado habló en una manifestación del Ku Klux Klan que fue filmada y difundida en la televisión local y nacional. La película muestra pasajes en que participantes en la manifestación quemaban una cruz y formulan declaraciones racistas y antisemitas. Algunos de los participantes, aunque no el acusado, portaban armas de fuego. En cierto momento, el acusado pronunció un discurso en el que habló del volumen del Klan y de las marchas proyectadas en Washington, D.C., St. Augustine, Florida y Mississippi. También declaró “No somos una organización vengativa, pero si nuestro presidente, nuestro Congreso y nuestra Corte Suprema sigue eliminando a los blancos, a la raza aria, es posible que se tome alguna venganza”. *Ibid*, 447. (Traducción por la Comisión).

¹³⁶ En el caso Brandenburg específicamente se revocó la decisión en *Whitney c. California*, 274 U.S. 357 (1927). En ese caso, la Corte consideró la legitimidad de una condena al amparo de la Ley de Sindicalismo Criminal de California, similar al estatuto en Brandenburg. En el Tribunal Inferior se llegó a la conclusión de que el acusado organizó y asistió en la “organización, y fue, es y conscientemente se transformó en un miembro de una organización, sociedad, grupo y conjunto de personas organizadas para defender, impartir, ayudar y fomentar el sindicalismo criminal”. *Ibid* 360. (Traducción por la Comisión). Los cargos derivaron de la integración de la acusada en una rama “radical” del Partido Socialista. Asistió a la Convención Nacional del Partido Socialista en 1919, en que el grupo “radical”, del que era miembro, formó el Partido Comunista de los Trabajadores (CLP). El CLP adoptó una Plataforma y un Programa Nacionales que defendían “un movimiento unido de la clase trabajadora revolucionaria” para “derribar el dominio capitalista”. *Ibid* 363. Primordialmente defendió el uso de la huelga para conseguir estos fines. En una convención posterior para organizar una filial local del CLP, la acusada fue miembro del comité de resoluciones y en esa condición apoyó una resolución que procuraría alcanzar las metas del CLP mediante medios políticos tradicionales. La resolución propuesta fue rechazada en favor de la Plataforma y el Programa Nacionales. Whitney siguió siendo miembro del Partido y atestiguó en el juicio “que no era su intención que el Partido Comunista de los Trabajadores de California fuera un instrumento del terrorismo o la violencia.” *Ibid*, 366. (Traducción por la Comisión). La Corte, al mantener la condena, no examinó los hechos, sino que sostuvo que el estatuto era constitucional conforme había sido aplicado, dando gran peso a la determinación del Parlamento de que los actos prohibidos planteaban un grave peligro para la paz y seguridad del Estado.

no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto en los casos en que esa defensa esté orientada a incitar o producir una acción ilegítima inminente y pueda incitar a dicha acción o producir dicha acción.¹³⁷ De modo que, a efectos de imponer responsabilidad ulterior por expresiones, el enfoque actual de Estados Unidos específicamente requiere la intención de incitar a una actividad ilegal y la probabilidad de éxito¹³⁸ lo cual concuerda más con los términos de la Convención Americana, en oposición a otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

323. El artículo 13 de la Convención Americana estipula claramente que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar”.¹³⁹ Sin embargo, las leyes que penalicen la defensa pública (apología) del terrorismo o a personas que puedan haber cometido actos de terrorismo, sin un requisito adicional de que se demuestre el intento de incitar a la violencia y o cualquier otra acción ilegal similar¹⁴⁰ y una posibilidad de éxito, son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión.¹⁴¹

324. Aparte de imponer sanciones ulteriores al autor de una expresión particular, el Estado en algunos casos ha impuesto sanciones a periodistas o a otros que transmiten ideas o información que el Estado ha determinado es sancionable. Sobre la cuestión, la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso de los “*Greenjackets*”,¹⁴² concluyó que la pena era desproporcionada con el objetivo buscado e indicó que “el castigo de un periodista por asistir en la divulgación de expresiones de otra persona en una entrevista obstaculizaría notablemente la contribución de la prensa al debate de

¹³⁷ *Brandenburg*, 395 U.S. 447.

¹³⁸ Una doctrina de Estados Unidos relacionada con la doctrina de “peligro claro e inminente” es la doctrina de las “palabras combativas” establecida en el caso *Chaplinsky c. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Las “palabras combativas” fueron definidas por la Corte como “aquellas que por su mera pronunciación infligen daño y tienden a incitar a un quebrantamiento inmediato de la paz.” *Ibid*, 572. (Traducción por la Comisión). En este caso, *Chaplinsky* fue enfrentado por un Alguacil de la Justicia cuando distribuía panfletos. En el curso de la discusión posterior, *Chaplinsky* llamó al Alguacil “maldito mafioso” y “maldito fascista”. (Traducción por la Comisión). *Ibid*, 569. La doctrina de las “palabras combativas” sigue siendo válida, pero no ha sido utilizada para fundar una condena desde el caso *Chaplinsky*.

¹³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61, *supra*, artículo 13 (5).

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Véase, Informe de la Comisión Internacional de Juristas sobre la administración de justicia en Perú, nota 561 *supra*, pág. 24.

¹⁴² Corte Europea de Derechos Humanos, *Jersild c. Dinamarca*, Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Ser. A Nº 298. En ese caso, el peticionario, un periodista, transmitió una entrevista de televisión con varios jóvenes que eran miembros de los *Greenjackets*, un grupo racista y antiinmigrantes. En el curso de la entrevista, el joven formuló una serie de declaraciones abusivas y humillantes sobre los inmigrantes y grupos étnicos en Dinamarca. El peticionario fue hallado culpable de asistencia e incitación a la divulgación de insultos y expresiones degradantes por parte de los *Greenjackets* acerca de grupos raciales o étnicos, delito previsto en el Código Penal.

cuestiones de interés público y no deben ser restringidas excepto que existan razones particularmente sólidas para ello.”¹⁴³

325. Varios principios importantes emergen del análisis anterior, que deben ser aplicados por los Estados cuando formulan una legislación antiterrorista que establece sanciones ulteriores a ciertas expresiones. En primer lugar, la base para la responsabilidad posterior debe definirse con precisión suficiente. En segundo lugar, los Estados deben aplicar un *test* de

¹⁴³ Caso Jersild, nota 780 *supra*, párr. 35. Véase también los Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 8, en que se afirma que “la expresión no puede ser impedida o sancionada meramente porque transmite información emitida por o acerca de una organización que el gobierno ha declarado amenaza la seguridad nacional o un interés conexo”. (Traducción por la Comisión). Este caso podría contrastarse con un grupo anterior de casos declarados inadmisibles por la Comisión Europea de Derechos Humanos por no caracterizar una violación en virtud de la Convención Europea. En cuestión en los casos de Purcell c. Irlanda. [Comisión Europea de Derechos Humanos, Purcell y otros c. Irlanda, Admisibilidad, Comunicación N° 15404/89, 70 Dec. Rep. 262 (1991) Brind y otros c Reino Unido. Comisión Europea de Derechos Humanos. Brind y otros c Reino Unido, Admisibilidad, Comunicación N° 18714/91, 77A, Dec & Rep. 42 (1994) y McLaughlin c. Reino Unido, [Comisión Europea de Derechos Humanos McLaughlin c. Reino Unido, Admisibilidad, Comunicación N° 18759/91 (1994) referida en el caso Brind, nota 262 *supra*, y disponible en <http://www.hudoc.echr.coe.int>] estaban las restricciones a comunicadores radiales del Reino Unido por las que se les impedía irradiar entrevistas con personas vinculadas a una organización proscrita (es decir, una organización terrorista) o de personas vinculadas a Sinn Fein, un partido político constituido legalmente que apoya al Ejército Republicano Irlandés, organización proscrita. En Purcell, se prohibió también a sus comunicadores informar sobre entrevistas de ese tipo [Purcell *supra*, p. 265]. En otros casos, la ley regía sólo para la transmisión directa de esas entrevistas y no para informar de las mismas.[Caso Brind, *supra*, p. 43-44; Caso McLaughlin, *supra*]. El gobierno sostuvo que estas restricciones impedirían la posibilidad de que los terroristas o grupos terroristas utilizaran los medios de difusión para afirmar la legitimidad de su acción, instar a apoyarlos y transmitir mensajes codificados. La Comisión observó en el caso Purcell que “en una situación en que la violencia por motivaciones políticas plantea una constante amenaza a la vida y a la seguridad de la población y en que los defensores de esta violencia procuran acceder a los medios de comunicación de masas con fines de publicidad, es particularmente difícil encontrar un equilibrio entre los requisitos de proteger la libertad de información y los imperativos de proteger al Estado y al público contra conspiraciones armadas que procuran derribar el orden democrático que garantiza esta libertad y otros derechos humanos.” [Caso Purcell, *supra*, p. 279]. (Traducción por la Comisión). La Comisión llegó a la conclusión de que las restricciones eran aceptables en virtud de la Convención debido a la gravedad de la amenaza terrorista y a que las limitaciones en realidad no restringían la información a que el público tenía acceso, sino que limitaban el formato en que la información se podía transmitir. Debe anotarse antes que nada que en muchos de los casos indicados no es clara la distinción entre responsabilidad posterior, la que puede ser permitida en algunas circunstancias según el artículo 13 de la Convención Americana, y censura previa, que no es permitida. Las normas disputadas en los casos Purcell, Brind y McLaughlin parecen tener los mismos efectos que una restricción previa. Además, debe notarse una vez más que a pesar de que se utilizan casos del sistema europeo de derechos humanos a título ilustrativo, las normas del sistema interamericano de derechos humanos con respecto a la libertad de expresión fueron dirigidas a proveer un nivel de protección más alto a la libertad de expresión que aquellas del sistema europeo, tal como se explica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que indicó que “[La] comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *minimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”. Opinión consultiva OC-5/85, nota 152 *supra*, párr. 50. Si algunos de estos casos se hubiesen presentado en el sistema interamericano, podrían haber sido decididos de una forma más favorable a la libertad de expresión.

balance para determinar la proporcionalidad de la sanción en comparación con el daño que se procura evitar. Los resúmenes de los casos ilustran la manera en que se puede aplicar en la práctica la prueba de proporcionalidad que exige el derecho internacional de los derechos humanos. Entre los factores que se deben considerar caben mencionar los peligros que plantean las expresiones en el contexto de la situación (guerra, combate al terrorismo, etc.); los cargos de las personas que formulan las expresiones (militares, personal de inteligencia, funcionarios, ciudadanos particulares, etc.) y el nivel de influencia que puedan tener en la sociedad; la gravedad de la sanción en relación con el tipo de daño causado o que podría ser causado, la utilidad de la información para el público y el tipo de medio de difusión utilizado. Un periodista u otro tercero que meramente transmite declaraciones de otra parte no debería estar sujeto a sanciones excepto en circunstancias muy restringidas. Además, las declaraciones que implican al gobierno en actos irregulares merecen un alto nivel de protección dado que el escrutinio público del accionar del gobierno es uno de los valores democráticos más importantes. Inclusive en los casos en que la persona que revela la información la haya obtenido a través de una revelación confidencial, la persona no podría ser sancionada si el interés del público en recibir la información es mayor que el daño que produce su divulgación.¹⁴⁴ Finalmente, debe evitarse una legislación que penalice ampliamente la defensa pública (apología) del terrorismo¹⁴⁵ sin exigir una demostración adicional de incitación a la “violencia o cualquier otra acción ilegal similar.”¹⁴⁶

c. Protección de las fuentes

326. En el contexto de la lucha contra el terrorismo fuera de un estado de emergencia, la confidencialidad de las fuentes es objeto del mismo nivel de protección que se le asigna normalmente.¹⁴⁷ Para imponer la divulgación, debe haber una “relación razonable de proporcionalidad entre el fin legítimo que se persigue con la orden de revelación y los medios empleados para lograr ese fin”¹⁴⁸ La divulgación debe ser “necesaria” dentro de los términos del artículo 13(2) de la Convención.

d. Acceso a la información y *habeas data*

327. En el contexto de la lucha contra el terrorismo, los gobiernos con frecuencia tratan de restringir el acceso a amplias categorías de información

¹⁴⁴ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 15.

¹⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 13(5).

¹⁴⁶ Véase *supra*, párr. 323.

¹⁴⁷ Véase análisis en párrs. 279, 280 *supra* sobre la protección de las fuentes. Véase también los Principios de Johannesburgo, nota 662, *supra*, Principio 18, que establece que no se puede invocar la seguridad nacional para obligar a un periodista a revelar las fuentes confidenciales.

¹⁴⁸ Caso Goodwin, nota 668 *supra*, párr. 46.

relacionadas con la investigación de los sospechosos de terrorismo, la reunión de inteligencia y la ejecución de medidas policiales y militares. En algunos de estos casos, el gobierno puede tener una necesidad legítima de mantener en secreto la información para proteger la seguridad nacional y el orden público. Al mismo tiempo, la necesidad de información por parte del público es más importante ahora pues las medidas antiterroristas pueden estar sujetas a abuso y el público y la prensa son algunos de los controles más sustanciales de un comportamiento abusivo del Estado.

328. Los Principios de Johannesburg sobre Seguridad Nacional, Libertad de Expresión y Acceso a la Información¹⁴⁹ ofrecen orientación sobre cómo equilibrar estos dos intereses encontrados. El Principio 1(2) establece:

Toda restricción a la expresión e información que un gobierno procure justificar con el fundamento de la seguridad nacional debe tener un propósito genuino y un efecto demostrable de proteger un interés legítimo de la seguridad nacional.

329. Los Principios de Johannesburg definen la legitimidad de los intereses legítimos de seguridad nacional afirmando

a. El intento de establecer una restricción sobre la base de la seguridad nacional no es legítimo excepto que su propósito genuino o efecto demostrable sea proteger la existencia del país o su integridad territorial contra el uso o amenaza de uso de la fuerza, sea de origen externo, como una amenaza militar, o de origen interno, como una incitación a derribar por la violencia al gobierno.

b. En particular, la intención de establecer una restricción con el fundamento de la seguridad nacional no es legítimo si su propósito genuino o efecto demostrable es proteger intereses no relacionados con la seguridad nacional, incluyendo, por ejemplo, la protección del gobierno contra situaciones comprometidas o contra la revelación de irregularidades, u ocultar información sobre el funcionamiento de sus instituciones públicas, o defender una ideología particular o sofocar la intranquilidad laboral.¹⁵⁰

330. La mayor parte de las leyes sobre acceso a la información contienen excepciones que permiten al Estado negar la divulgación de información con el fundamento de que ello podría perjudicar la seguridad nacional del Estado o su capacidad para mantener el orden público. Estas excepciones deben aplicarse sólo a la información que claramente afecta a la seguridad nacional definida por el principio que antecede. Además, la restricción

¹⁴⁹ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*. Para un análisis del valor autorizado de los Principios de Johannesburg al interpretar el derecho a la libertad de expresión bajo los instrumentos internacionales de derechos humanos, véase parr. 228 *supra*.

¹⁵⁰ Principios de Johannesburgo, nota 662 *supra*, Principio 2.

no sólo debe servir para proteger la seguridad nacional o el orden público, sino que debe también requerir que la información se divulgue a menos que el daño para algún interés legítimo de éstos sea sustancial.¹⁵¹ De manera que, de acuerdo con los Principios de Johannesburg, la siguiente podría considerarse una restricción adecuada con base en preocupaciones por la seguridad nacional en tanto existan las demás garantías que exige el acceso a la información.¹⁵²

Un órgano puede negarse a indicar si tiene en su poder o no un registro, o negarse a comunicar información cuando hacerlo *podría*, o *probablemente podría*, causar *grave* perjuicio para la defensa de la seguridad nacional de [insertar nombre del Estado].¹⁵³

¹⁵¹ Principio sobre la Libertad de Información, nota 676 *supra*, Principio 4.

¹⁵² Véase párrs. 285-286 *supra* del presente informe donde figura un análisis de los requisitos para garantizar el acceso a la información, por ejemplo, limitaciones temporales a las restricciones, revisión independiente de las decisiones que niegan el acceso y posibilidad de separar la información no restringida de los documentos que contienen información restringida.

¹⁵³ Un Modelo de Legislación sobre la Libertad de Información (julio 2001), disponible en: <http://www.article19.org/docimages/1112.htm> (subrayado agregado), Sección 30. La Legislación modelo fue redactada por el artículo 19, en consulta con un gran número de expertos internacionales y de otras personas empeñadas en la promoción de la libertad de información. Compáresele con las siguientes disposiciones sobre seguridad nacional de leyes internas sobre acceso a la información de varios Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, la Legislación Mexicana sobre Transparencia Federal y Acceso a Información Pública del Gobierno, promulgada el 10 de junio de 2002, que establece:

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

Sección VI. Información reservada: Aquella información que se encuentra temporalmente sujeta a alguna de las excepciones previstas en los artículos 13 y 14 de esta Ley;

[...]

Sección XII. Seguridad nacional: Acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional;

[...]

Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

[...]

1. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;

La Ley sobre Libertad de Información de los Estados Unidos, 5 USC § 552, establece:

(b) La presente Sección no se aplicará a cuestiones que son:

(1)(A) específicamente autorizadas, bajos los criterios establecidos por una orden Ejecutiva, de mantenerse en secreto por el interés de la defensa nacional

continued...

331. En los Principios de Johannesburg se reconoce que en situaciones de emergencia los Estados pueden imponer restricciones adicionales al acceso a la información pero “sólo en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación y sólo cuando no sean incongruentes con las demás obligaciones que impone al Estado el derecho internacional”.¹⁵⁴ En estos casos, sobre los Estados recae la carga de la prueba de la necesidad de esas restricciones. Como se dijo antes, en situaciones de emergencia declaradas como tales con arreglo a la ley los Estados deben tener en cuenta la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de la democracia y la garantía de otros derechos fundamentales cuando se pondere la suspensión de las garantías consagradas en el artículo 13 de la Convención.¹⁵⁵

332. Al igual que el derecho general de acceso a la información en poder del Estado, el derecho de *habeas data* puede quedar sujeto a restricciones necesarias para proteger la seguridad nacional o el orden público y que sean proporcionales al daño que se evite manteniendo en secreto esa información. En el estado de emergencia, el Estado podrá imponer restricciones adicionales durante el tiempo y en la medida que lo exija la situación.

e. No discriminación

...continued

o la política exterior y (B) de hecho debidamente denominadas documentos clasificados en concordancia con dicha orden Ejecutiva;

[...]

(c)(3) Cuando una petición hecha involucra el acceso a documentos mantenidos por la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) sobre inteligencia exterior, contrainteligencia o terrorismo internacional, y la existencia de dichos documentos constituyese información confidencial bajo los términos de la Subsección (b), artículo (1), la FBI podrá, mientras la existencia de dichos documentos fuese información confidencial, manejar los documentos como si no estuviesen sujetos a los requisitos de la presente Sección. (Traducción por la Comisión).

La Ley 6 de Panamá del 22 de enero de 2002, que dicta normas sobre transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones (Gaceta Oficial N° 24,476 de 23 de enero de 2002) dispone:

Artículo 14. La información definida por esta Ley como de acceso restringido no se podrá divulgar, por un período de diez años, contando a partir de su clasificación como tal, salvo que antes del cumplimiento del período de restricción dejen de existir las razones que justificaban su acceso restringido. Se considerará de acceso restringido, cuando así sea declarado por el funcionario competente, de acuerdo con la presente Ley:

1. La información relativa a la seguridad nacional, manejada por los estamentos de seguridad;

¹⁵⁴ Principios de Johannesburg, nota 662 *supra*, Principio 3.

¹⁵⁵ Véase el análisis *supra*, párr. 310.

333. Evidentemente, todas las normas mencionadas deben ser observadas sin discriminación por razones de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social,”¹⁵⁶ conforme a la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. En el presente informe también se abordó, en la sección sobre privacidad, los problemas con diferentes tipos de supervisión de personas, inclusive en casos en que no existen sospechas razonables de que estén vinculados a la actividad terrorista. No es necesario a esta altura un análisis muy prolongado, pero es preciso señalar que este tipo de actividades también tienen efectos en el pleno goce del derecho a la libertad de expresión.

Las investigaciones injustificadas de expresiones políticas y de disidencias pueden tener un efecto debilitante para nuestro sistema político. Cuando las personas ven que esto puede ocurrir, se tornan cautelosas de vincularse a grupos que disienten con el gobierno y más cautelosos de lo que puedan decir o escribir. El efecto es socavar la eficacia del autogobierno popular. Si las personas están inhibidas de expresar sus opiniones, el gobierno nacional se divorcia cada vez más de la voluntad de sus ciudadanos.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, nota 641 *supra*, Principio 2. Para un análisis de la autoridad de esta Declaración, véase *supra* párr. 265.

¹⁵⁷ Philip B. Heymann *Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11*, 2002 Harv.J.L. & Pub. Pol’y 441, 444.